

Scienze assicurative

13

*Collana: Scienze Assicuratrice*  
*Book Serie: Insurance Sciences*

*Collana diretta da (Directors Board):*

Augusto Bellieri dei Belliera, Paoloefisio Corrias, Helmut Heiss, Sara Landini, Lucia Vitali

*Comitato Scientifico (Scientific Comitee)*

Antonella Antonucci, Albina Candian, Roberto Calvo, Vincenzo Ferrari, Marco Frigessi di Rattalma, Marcello Maggiolo, Anna Carla Nazzaro, Massimo Paradiso, Claudio Russo, Fabio Grasso, Marco Zecchin, Marcello Galeotti, Anna Rita Bacinello, Paolo De Angelis, Piera Mazzoleni, Riccardo Ottaviani, Vincenzo Urciuoli, Luigi Vannucci, Michael Gill, Jerome Kullmann, Herman Cousy, Birgit Kuschke, Joannis Rokas, Samin Unan, Keiko Tanimoto, Manfred Wandt, Pedro Pais de Vasconcelos, Rob Merkin, Torjorn Ingvarsson, Edoardo Mangialardi, Marcus Frederico B. Fernandes, Mauricio Jaramillo e Lorenzo Mezzasoma.

Le pubblicazioni della presente collana sono sottoposte a un procedimento di revisione finalizzato a verificare la corrispondenza del lavoro a un elevato livello di qualità scientifica.

#### *1. Pubblicazione di monografie*

Per la pubblicazione di un volume monografico occorre la presentazione di un direttore (direttore proponente) e la revisione da parte di altri due direttori e/o membri del comitato scientifico. I revisori sono liberi di accettare o rifiutare la proposta di revisione da parte del direttore proponente. Accettata la proposta di revisione, il direttore proponente comunica l'inizio del procedimento a tutti i componenti della direzione ed invia ai revisori, in formato elettronico o cartaceo, il lavoro proposto per la pubblicazione. Il direttore proponente invierà il lavoro a tutti gli altri componenti la direzione che ne facciano richiesta, fino alla conclusione del procedimento di revisione. I revisori valutano il testo presentato entro e non oltre quaranta giorni dalla ricezione. Trascorsi quaranta giorni dalla ricezione del testo, il direttore proponente chiede ai revisori di trasmettere tardivamente la propria valutazione entro i successivi dieci giorni. L'esito della revisione è comunicato anche solo telematicamente, con motivazione anche sintetica, a tutti i direttori. Per l'ammissione alla pubblicazione è necessaria l'approvazione di entrambi i revisori. In caso di giudizio negativo di uno dei revisori il direttore proponente può chiedere alla direzione di pronunciarsi collegialmente. I revisori ricevono il testo da valutare senza indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità dei revisori.

#### *2. Pubblicazione di volumi collettanei*

Per la pubblicazione di volumi composti da raccolte di scritti di più autori, il volume sarà curato da almeno un componente la direzione, il quale assume la funzione di revisore.

All'esito dell'approvazione il direttore proponente invia il lavoro ai componenti del comitato editoriale, i quali provvedono sollecitamente alla sua rilettura con la finalità di verificare la conformità ai criteri formali della collana.

*Comitato editoriale:*

Federico Cappai, Elisabetta Piras, Caterina Silvestri, Ilaria Gianneccchini

I contratti di assicurazione  
come strumento di pianificazione  
del passaggio generazionale  
e di gestione del patrimonio familiare

*a cura di*

VINCENZO BARBA e SARA LANDINI



**Edizioni Scientifiche Italiane**

The papers collected in the present book are an output of GoinEuPlus Project Cofunded by European Union's Justice Programme 2014-2020. The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein

BARBA, Vincenzo e LANDINI, Sara (a cura di)  
I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare  
Collana: Scienze assicurative, 13  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2020  
pp. 000; 24 cm  
ISBN 978-88-495-4331-5

---

© 2020 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla siae del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

# Indice

<i>Introduzione</i>	
VINCENZO BARBA	7
<i>Prefazione</i>	
SARA LANDINI	13
VINCENZO BARBA	
<i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	19
SARA LANDINI	
<i>Acquisto del terzo beneficiario</i>	67
FRANCESCO LA FATA	
<i>Àmbito di applicazione dell'art. 1923 e qualificazione delle polizze linked</i>	105
CARLA PERNICE	
<i>Polizze vita, atti mortis causa o inter vivos? La questione dell'applicabilità del regolamento europeo sulle successioni</i>	125
ISABELLA MARTONE	
<i>Polizze vita e successioni</i>	161
LUCA PERRIELLO	
<i>Effetto segregativo delle polizze vita e trust collegato</i>	187
	5

CARLO PETTA	
<i>Morte del mutuatario e polizze vita</i>	213
MARCO RIZZUTI	
<i>Divorce insurance e accordi pre-crisi</i>	249
GIOVANNI BERTI DE MARINIS	
<i>La valutazione di adeguatezza nelle polizze vita con finalità successorie</i>	267
ANDREA MARIA GAROFALO	
<i>Polizze vita e tutela dei soggetti disabili nella “legge sul dopo di noi”</i>	291
ABEL VEIGA COBO	
<i>Polizze linked in Spagna</i>	327

VINCENZO BARBA

## Introduzione

È opinione ricorrente nella letteratura giuridica che il diritto delle successioni per causa di morte sia inadeguato per realizzare un passaggio generazionale della ricchezza

Le ragioni che si adducono a sostegno di questa opinione sono molteplici sebbene ruotino intorno a due poli fondamentali: il divieto di patti successori e la forte tutela dei legittimari.

Per un verso, si afferma che la proibizione dei patti successori, contenuta nell'art. 458 c.c. italiano, impedendo che si possa disporre tra vivi della delazione, impedisce una modernizzazione del diritto ereditario, che richiederebbe una pianificazione successoria affidata anche al contratto, di modo da poter superare la forte conflittualità tra gli eredi.

Si afferma, infatti, che la forte litigiosità che generalmente si lega al fenomeno successorio, sia in caso di successione testata, sia in caso di successione intestata, determina una ardua situazione di incertezza, con l'ulteriore aggravante che la stessa amministrazione dei beni ereditari diviene assai problematica. Inutile dire che quando la eredità, come accade sovente nella realtà economica italiana, la cui economia è basta sulla piccola e media impresa, abbia a oggetto una azienda, l'attività di impresa connessa ne risulta fortemente indebolita. Al punto che secondo degli studi economici, il fallimento della attività di impresa nel passaggio generazionale dipende più dalla conflittualità tra gli eredi, che non dalla eventuale inadeguatezza degli eredi a proseguire l'attività imprenditoriale avviata dal proprio ascendente.

Per altro verso, si afferma che la forte protezione prevista a tutela dei legittimari costituisce non soltanto un grave ostacolo alla libertà di disporre per testamento, che compromette, spesso la possibilità di realizzare una pianificazione successoria coerente alla situazione familiare e alla qualità dei propri familiari, ma, soprattutto, un forte osta-

colo alla circolazione immobiliare. La esorbitante misura della quota di legittima prevista nel nostro ordinamento giuridico, che riduce ai minimi termini la quota disponibile, in uno con il principio per cui la quota di legittima spettante ai figli debba dividersi tra loro sempre in parti eguali, senza possibilità di ripartire almeno una parte di essa in modo differente, come, a esempio, accade in tutti gli ordinamenti iberoamericani che conoscono la *mejora*, finisce con impedire al *de cuius* la possibilità di pianificare la propria successione come sarebbe preferibile. A meno, infatti, che non abbia un patrimonio iper-diversificato e assai cospicuo questi due elementi costituiscono un forte deterrente a una pianificazione successoria adeguata.

A ciò si aggiunga che nell'ordinamento giuridico italiano la quota di legittima è *pars valoris bonorum*, sicché i legittimari non soltanto hanno diritto a una parte del valore della eredità, ma godono anche di una protezione reale in guisa che, attraverso l'azione di riduzione, l'azione di restituzione contro eredi, legatari e donatari e l'azione di restituzione contro terzi acquirenti, possono pretendere la restituzione di beni di cui il *de cuius* ha disposto per testamento o, addirittura, per donazione a favore di altri.

A mio credere la disciplina di tutela dei legittimari, molto di più che il divieto dei patti successori, costituiscono ragioni sufficienti per confermare che il diritto ereditario italiano richiederebbe una forte innovazione.

In attesa che la tanto agognata riforma del diritto ereditario e in attesa che il legislatore elimini o riduca la effettività del divieto dei patti successori, riduca sensibilmente le quote di patrimonio riservate ai legittimari, trasformi la legittima da *pars valoris bonorum* a *pars valoris*, e preveda la possibilità di diseredare il legittimario che abbia violato il dovere di solidarietà familiare, gli interpreti hanno dovuto individuare strumenti che potessero offrire risposte plausibili adeguate per far fronte alle esigenze di pianificazione successoria che, a mano a mano, trovano emersione nella nostra contemporaneità.

Considerando la scarsa possibilità di incidere, in via interpretativa, sulla misura delle quote di riserva dei legittimari e sulla funzione della legittima, lo sforzo degli interpreti si è sostanzialmente sviluppato in due direzioni. Per un verso, attraverso la individuazione di strumenti capaci di realizzare veri e propri *spin-off* ereditari e, per altro verso,

limitando la portata applicativa del divieto di patti successori e ampliando i margini di validità dei contratti *post mortem*.

Si tratta di due interventi molti diversi tra loro. Lo strumento dello *spin-off* ereditario serve per superare la disciplina di tutela dei legittimari. Si tende, infatti, a un sostanziale svuotamento del patrimonio del causante, di modo che alla sua morte i vincoli dipendenti dalla successione necessaria non abbiano una efficacia determinante nella pianificazione successoria. Inutile dire che si tratta di tecniche di articolazione del patrimonio della persona molto complesse e sovente molto costose, sicché non soltanto non sono facilmente accessibili, ma richiedono anche costi per la sua realizzazione abbastanza ingenti. Sicché finiscono per essere tecniche elitarie destinate soltanto alla protezione di grandi patrimoni.

Il secondo tipo di intervento è, invece, molto più agile e si profila di straordinarie potenzialità. L'intervento prevede, per un verso, una lettura più restrittiva del divieto di patti successori e, per altro verso, una indagine su tutti i negozi che possono essere utilizzati come idonei strumenti per la realizzazione della pianificazione ereditaria.

Il tentativo di ridurre l'ambito applicativo del divieto di patti successori non costituisce una novità degli ultimi anni, giacché già dallo studio monografico di Maria Vita de Giorgi del 1976 l'indagine si è svolta in questa direzione. Certamente, può segnalarsi che negli ultimi anni gli studi sul tema si siano particolarmente ravvivati e sono formulate proposte significativamente riduttive. Tra queste, ovviamente quella di uno dei curatori di questo volume, che considera il divieto volto a escludere la sola validità degli atti tra vivi dispositivi della delazione.

Al di là della riduzione del divieto, non c'è dubbio che bisogna sperimentare tutte le possibilità che l'ordinamento giuridico offre, sicché il negozio *post mortem* è, senza meno, uno strumento di grande utilità, il quale non può non tenere conto, però, di figure e istituti che in questo orizzonte diventano indispensabile.

L'indagine, dunque, non può non tener conto del contratto a favore del terzo, specie nel caso in cui la prestazione debba essere eseguita dopo la morte dello stipulante, del contratto assicurativo sulla vita, che, per definizione, presuppone una prestazione *post mortem* e, ovviamente, di tutti gli strumenti assicurativi più attuali.

Questo libro ha l'aspirazione di mettere a sistema questi ultimi aspetti, verificando le potenzialità del contratto assicurativo, come contratto a favore del terzo *post mortem* per realizzare una pianificazione successoria.

I profili coinvolti sono numerosi e non facili da mettere a sistema, dal momento che non si tratta soltanto di offrire una perimetrazione del divieto dei patti successori o di analizzare l'ammissibilità in generale dei negozi *post mortem*, ma è necessario mettere a sistema la disciplina del contratto di assicurazione recata negli artt. 1920, 1921, 1922, e 1923 c.c. con la disciplina successoria, con il regolamento europeo, dando sempre uno sguardo anche alle figure di contratti di assicurazione che trovano emersione nella contemporaneità.

Il compito non era facile, ma il risultato mi sembra molto interessante.

I contributi raccolti sono, infatti, tutti fortemente interconnessi e ognuno di essi apporta un contributo specifico che aiuta a ordinare e sistemare questa difficile materia, offrendo, nella complessità un quadro di sintesi sulle interessanti potenzialità del contratto assicurativo in funzione successoria.

L'art. 1920, comma 3, c.c. sembra affermare che il terzo beneficiario di una polizza vita acquista il diritto *iure proprio* e non *iure successionis*, mentre la norma di cui all'art. 1923 c.c. stabilisce, lasciando adito a pochi dubbi, che i premi pagati sono soggetti non soltanto alla disciplina della revocazione, ma anche alla disciplina tipica delle liberalità successorie e, dunque, alla disciplina della imputazione, riduzione e collazione. L'immagine restituita è dunque, quella di Giano bifronte: da un lato il diritto del beneficiario sembra sottratto alla disciplina successoria, dall'altro i premi sono perfettamente calati dentro di quella disciplina. Di qui l'indagine sia sull'acquisto del terzo, indagando le modalità della sua designazione, sia sulla disciplina applicabile ai premi e, dunque sulla profonda interrelazione con la disciplina del diritto comune delle successioni.

Ed entrambi i temi sono particolarmente delicati, specie se consideriamo la importante disciplina del Regolamento Europeo in materia di successioni che risulta applicabile soltanto ai rapporti giuridici successori in senso stretto.

Acquisto del diritto da parte del terzo beneficiario, che in sé im-

plica anche i problemi connessi alla sua designazione, alla revoca e alla modificazione e la disciplina sui premi assicurativi impongono di ripensare alla stessa qualificazione della polizza in termini di atto *inter vivos e mortis causa*.

D'altra parte, non si può trascurare che, dal versante della impresa assicurativa si realizza una sostanziale segregazione del patrimonio, ossia delle somme che sono dovute all'assicurato e/o al beneficiario. Di qui anche le possibili interconnessioni con lo strumento classico del *trust*, come strumento di segregazione e di amministrazione del patrimonio.

Ovviamente non poteva mancare un riferimento alla protezione delle persone con disabilità, viepiù quando si consideri che la legge dopo di noi, per quanto abbia una forte rilevanza sul piano fiscale, ha finito con il promuovere la protezione della persona anche attraverso strumenti volti a garantire attribuzioni patrimoniali in funzione della tutela della persona.

Da ultimo non poteva mancare un riferimento alla esperienza iberica che, nell'ultimo decennio, molto più di altre esperienze europee, costituisce un fondamentale punto di riferimento. La ricchezza del diritto iberico, anche in ragione del convivere di quasi sette ordinamenti giuridici di diritto civile (oltre al diritto comune, i diritti autonomici di Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Islas Baleares, senza dimenticare la esperienza consuetudinaria valenciana) deve costituire un momento di riferimento importante.

Il risultato di sintesi mi sembra molto interessante, per almeno due ordini di ragioni. Per la opportunità di offrire una prima interpretazione sistematica della disciplina delle polizze assicurative con funzione *post mortem*, utile anche per le ricadute pratico-applicative, e per avviare un dibattito su temi tradizionalmente propri del diritto civile e del diritto delle assicurazioni, che qui deve trovare un suo punto di avvio.

C'è negli autori la consapevolezza che siamo in presenza di un sistema ordinamentale in cui è indispensabile affrontare i problemi nella loro complessità, al fine di individuare una disciplina del caso concreto che sia ragionevole. C'è, quindi, la convinzione che ogni interpretazione deve essere attenta sia agli interessi concreti, bilanciando principi e valori coinvolti. La complessità non può, né deve ri-

solversi in semplificazione. Si direbbe che c'è la piena consapevolezza che la interpretazione è a fini applicativi ed assiologica e, soprattutto, che non può darsi una frattura tra ricerca e prassi.

Questo libro credo che avvii, in modo proficuo, il dialogo ideale tra contratto di assicurazione e diritto delle successioni, per cui un grazie sentito deve rivolgersi a tutti gli autori che si sono raccolti attorno a questo progetto con impegno e dedizione. Il grazie è ancora più sentito perché questo libro testimonia una coraltà della ricerca scientifica che continua in questo momento di confinamento e di grande difficoltà per l'intero paese.

SARA LANDINI

## Prefazione

Il volume prende spunto dai risultati della ricerca condotta all'interno del progetto GoinEuPlus, cofinanziato dalla Commissione Europea cui partecipano l'Università di Valencia, l'Università di Coimbra, l'Università Elte di Budapest, l'Associazione Italiana degli avvocati matrimonialisti, il Consiglio Superiore della Ricerca Francese, la Fondazione del Notariato e la Fondazione De Gasperi.

La ricerca mira a promuovere la conoscenza dei Regolamenti Europei in materia di successioni (650/2012) e di patrimoni familiari (1103 e 1104/2016) e a sviluppare prassi applicative tra gli operatori. Nello sviluppo del progetto abbiamo avvertito come uno strumento di gestione dei patrimoni familiari sia costituito dalle polizze vita rimasto inosservato dal legislatore europeo nell'ambito della disciplina dei rapporti successori e patrimoniali familiari. Tale distanza trova giustificazione, come vedremo, nel fatto che i problemi affrontati dai regolamenti suddetti non toccano direttamente le polizze vita. Ciò non toglie che, nelle questioni relative alle successioni e ai patrimoni familiari, asset assicurativi-finanziari possano venire in luce e possano interagire con i regolamenti ad esempio per quanto riguarda la possibilità per l'erede di utilizzare il certificato successorio europeo davanti alla compagnia per dimostrare la sua qualità di erede-beneficiario.

GoinEu Plus propone di ampliare, con una prospettiva innovativa, la portata del primo progetto GoInEu sulla legge sulle successioni, avviato il 1 ° ottobre 2017 per la durata di due anni, anche a problemi connessi riguardanti il riconoscimento e l'applicazione delle decisioni in questioni relative ai regimi patrimoniali tra coniugi e regimi patrimoniali delle unioni registrate, concentrandosi in tal modo sulla gestione legale di diversi statuti ereditari in caso di famiglie transnazionali con un nuovo focus speciale sui crescenti problemi di integrazione delle diverse culture in Europa.

GoinEu Plus mira a contribuire alla riduzione dei conflitti sociali promuovendo un'analisi dell'impatto della migrazione sul diritto europeo in materia di famiglie e successioni, con particolare riguardo all'applicazione dei regolamenti europei 1103 e 1104 emanati nel 2016 coordinati con il regolamento 650/2012.

Come è noto, i modi in cui una persona distribuisce i suoi beni, dopo la morte o durante la sua vita, potrebbero avere implicazioni rispetto ai valori sociali relativi al sostegno familiare; inoltre le politiche fiscali del governo e le leggi sulla successione hanno implicazioni sugli effetti reali per il modo in cui i beni sono trasferiti (K. Bulcroft, *Uno studio transnazionale sulle leggi della successione e dell'ereditarietà: implicazioni per le dinamiche familiari*, 2 JL & Fam. Stud. 1 (2000)).

I valori sociali sono strettamente correlati alla cultura, che ha principalmente una dimensione nazionale, e anche alla legge nazionale.

Il regolamento 1103 e 1104 insieme al regolamento 650 cercano di trovare una soluzione per facilitare il principio della libera circolazione dei cittadini europei.

Per garantire alle coppie sposate la certezza del diritto in merito alla loro proprietà e offrire loro un certo grado di prevedibilità, tutte le norme applicabili ai regimi patrimoniali tra coniugi dovrebbero essere coperte in un unico riferimento normativo. Al fine di consentire ai coniugi di godere in un altro Stato membro dei diritti che sono stati creati o trasferiti loro a seguito del regime patrimoniale tra coniugi, il regolamento 1103 prevede meccanismi di adattamento. Analoghe previsioni sono contenute con riferimento alle coppie di conviventi.

Su questo punto è importante considerare il ruolo dell'autonomia privata nella regolazione delle situazioni di potere e dovere relative a situazioni di *ius in rem* anche in sistemi legali, come l'Italia, ordinati sulla base del principio di tipicità di *iura in rem*. Le parti potrebbero quindi disciplinare, nell'accordo sulla scelta della legge applicabile, all'interno degli spazi lasciati alla loro autonomia privata, l'adattamento di un diritto reale, *sconosciuto*, al diritto equivalente più vicino ai sensi della legge di tale altro Stato membro.

È anche necessario considerare il cambiamento nel concetto di ricchezza attualmente più spostato verso strumenti finanziari che possono rappresentare sistemi reali per l'allocazione della ricchezza familiare.

Il regolamento 1103 riguarda solo i regimi patrimoniali tra coniugi e non dovrebbe applicarsi ad altre questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un matrimonio, che continuino ad essere disciplinate dalla legislazione nazionale degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato.

L'autonomia privata svolge un ruolo rilevante nella scelta della legge che regola il regime patrimoniale tra coniugi.

Ai sensi dell'articolo 22, i coniugi o i futuri coniugi possono concordare di designare o modificare la legge applicabile al loro regime patrimoniale tra coniugi, a condizione che tale legge sia una delle seguenti:

(a) la legge dello Stato in cui i coniugi o i futuri coniugi, o uno di essi, sono abitualmente residenti al momento della conclusione dell'accordo; o

(b) la legge di uno Stato di nazionalità del coniuge o del futuro coniuge al momento della conclusione dell'accordo.

Qualcosa di simile è previsto dal Regolamento 1104/2016 che attua una cooperazione rafforzata nell'area della giurisdizione, legge applicabile e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di conseguenze patrimoniali delle unioni registrate.

Secondo l'art. 22 del Regolamento 1104, i partner o i futuri partner possono concordare di designare o modificare la legge applicabile alle conseguenze patrimoniali della loro unione registrata, a condizione che tale legge attribuisca conseguenze patrimoniali all'istituzione della unione registrata e che tale legge sia una delle seguenti:

a) la legge dello Stato in cui i partner o i futuri partner, o uno di essi, sono abitualmente residenti al momento della conclusione dell'accordo

b) la legge di uno Stato di nazionalità del partner o del futuro partner al momento della conclusione dell'accordo, oppure

c) la legge dello Stato ai sensi della quale è stata creata l'unione registrata.

Solo in caso di assenza di un accordo di scelta della legge ai sensi dell'articolo 22, la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi è determinata secondo criteri secondari quali: la prima residenza abituale comune dei coniugi dopo la conclusione del matrimonio, e in caso di *partnership* la legge dello Stato ai sensi della cui legge è stata creata l'unione registrata.

Sia per quanto riguarda il matrimonio sia per la convivenza, è previsto che l'applicazione di una disposizione della legge di qualsiasi Stato specificato dai regolamenti possa essere rifiutata solo se tale applicazione è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico (*ordre public*) del foro.

Entrambi questi regolamenti sono collegati al regolamento 650 poiché alcuni diritti di successione derivano dal regime patrimoniale del matrimonio o della società di persone. Tali regolamenti costituiscono un quadro unificato che richiede una lettura combinata e che penetra nei sistemi nazionali che trovano un rinnovamento.

Va detto che in realtà le polizze vita parrebbero non comprese dal regolamento 650/2012 che all'art. 1 nel regolare il proprio ambito di applicazione sancisce che «Il presente regolamento si applica alle successioni a causa di morte. Esso non concerne la materia fiscale, doganale e amministrativa.... Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento: i diritti e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, quali le donazioni, la comproprietà con reversibilità a favore del comproprietario superstite, i piani pensione, i contratti di assicurazione e accordi analoghi, fatto salvo l'articolo 23, paragrafo 2, lettera i)».

Va detto che il tema si collega alla natura *mortis causa* o *inter vivos* delle polizze vita a favore di terzo rinnovando una questione sopita nel tempo che ritrovate nei saggi qui raccolti.

Rimane inoltre il collegamento degli strumenti assicurativi con la gestione della ricchezza familiare. Le polizze come strumento di investimento rappresentano da sempre uno strumento per le esigenze di pianificazione e protezione del patrimonio. Per quanto in tal caso il problema della legge applicabile sia di norma regolato dal contratto e i regolamenti 1103 e 1104 non trovino applicazione, riteniamo che il ruolo delle polizze vita necessiti di essere considerato come contratto di regolazione in funzione gestoria dei patrimoni familiari.

Non è peraltro infrequente tutelare il patrimonio con polizze assicurative. L'avanzare dell'età, l'eventuale matrimonio, l'arrivo di figli, sono eventi che spingono a sottoscrivere una polizza sulla vita, pura o caso morte che sia. Anche vantaggi fiscali e tutele giuridiche (si pensi all'effetto segregativo di cui all'art. 1923, alla disciplina della previdenza complementare) sono spesso elementi che convincono una famiglia a

detenere all'interno del proprio portafoglio una polizza assicurativa. Vi è anche l'utilizzo delle polizze assicurative "key man" per far fronte al rischio di premorienza dell'amministratore dell'impresa familiare, il più delle volte, nelle piccole realtà, anche socio. Per quanto non siano polizze assicurative, nel novero degli investimenti in questione possono essere fatti rientrare, per come talvolta impropriamente vengono percepiti, anche i piani della previdenza integrativa o i vitalizi.

I prodotti assicurativi interessati sono quelli del ramo vita che vedono una forte differenziazione. In base alla dicotomia delineata dall'art. 1882 l'assicurazione sulla vita è un contratto con cui l'assicuratore verso il pagamento di un premio si impegna a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

Attraverso tale contratto l'assicuratore assume su di sé un rischio rappresentato dalla probabilità di accadimento di un particolare evento connesso alla vita umana.

Oltre a tale rischio 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.

Il rischio assicurato nell'assicurazione sulla vita finisce, pertanto, per incidere sulla stessa natura dell'operazione posta in essere attraverso tale contratto distinguendola dall'assicurazione contro i danni, in cui l'assicuratore si impegna a corrispondere all'assicurato un indennizzo onde coprire il danno eventualmente sopportato dall'assicurato a seguito del verificarsi di un evento futuro ed incerto.

La natura mista del rischio nell'assicurazione sulla vita era chiaramente individuata già a fine '800 dalla dottrina (Vivante, *Il contratto di assicurazione: Le assicurazioni sulla vita*, III, Milano, 1887) che cercava di ricondurre tale operazione al contratto di assicurazione sebbene non risultasse facile rinvenirvi la funzione indennitaria tipica del contratto di assicurazione.

Attraverso l'assicurazione sulla vita a prestazioni fisse, infatti, l'assicuratore si impegna a corrispondere una determinata somma che calcolerà in base a quello che prevede sarà l'ammontare dei premi al momento in cui statisticamente dovrebbe verificarsi l'evento assicurato oltre agli interessi che prevede di ricavare, durante tale tempo, da un impiego fruttifero di quanto è stato presso di lui depositato.

Il contratto di assicurazione sulla vita a prestazioni fisse è stato superato nel tempo dalle polizze indicizzate e dalle polizze a prestazioni variabili, in cui le prestazioni vengono rivalutate annualmente sulla base dell'indice ufficiale dell'aumento del costo della vita. Si tratta comunque di polizze che mantengono ancora integralmente il rischio del risparmio a carico dell'assicuratore e non sono in grado di offrire pertanto una redditività competitiva rispetto agli altri strumenti finanziari presenti sul mercato, in cui il rischio del risparmio è a carico dell'investitore.

Anche tali polizze sono state progressivamente sostituite da contratti di assicurazione sulla vita che ancorano la variabilità delle prestazioni dell'assicuratore all'andamento di un fondo in cui è investito il premio (c.d. unit linked) oppure ad un indice (c.d. index linked).

L'offerta di prodotti assicurativi del ramo vita si è ampliata anche grazie alle operazioni di capitalizzazione inserite nel ramo V. Si tratta di operazioni mediante le quali l'assicuratore si impegna a versare all'assicurato il capitale che risulterà ad una data scadenza e che sarà costituito dal capitale stesso maggiorato degli interessi ad un certo tasso garantito. In caso poi di premorienza dell'assicurato rispetto alla data stabilita si prevede talvolta che la somma capitalizzata a quella data spetti al terzo beneficiario da lui designato.

Nei contratti di assicurazione sulla vita particolare è la posizione che soggetti terzi possono acquistare rispetto al rapporto assicurativo. Sarà infatti possibile che il terzo rivesta la posizione di assicurato oppure di beneficiario. Il primo caso si pone per le assicurazioni sulla vita del terzo (previo suo consenso *ex art.* 1922), il secondo per le assicurazioni a favore (art. 1919 c.c.).

Proprio in ragione di questi ultimi aspetti le polizze vita, come ben evidenziato dall'introduzione di Vincenzo Barba al volume, possono rappresentare uno strumento per il passaggio generazionale della ricchezza che consente ad un tempo politiche di investimento.

VINCENZO BARBA

## Divieto di patti successori e contratto *post mortem*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sulla categoria degli atti a causa di morte. – 3. Il divieto di patto successorio nella dottrina e giurisprudenza italiana. - 3.1. Premessa. - 3.2. La prima fase. - 3.3. la seconda fase. - 3.4. patti successorie divieto di disposizione della delazione. – 4. Il diritto delle successioni tra tutela di interessi patrimoniali e tutela di interessi personali. – 5. I negozi *post mortem*. - 5.1. premessa. - 5.2. Il mandato *post mortem*. - 5.3. Contratti *post mortem* in alcune applicazioni della giurisprudenza italiana. - 5.4. Conclusione

### 1. *Introduzione*

La figura del negozio *post mortem*, creata attraverso una sua giustapposizione alla categoria degli atti a causa di morte è sostanzialmente servita nella tradizione giuridica italiana per limitare l'ambito di efficacia del divieto dei patti successori. Si trattava, infatti, della unica possibilità di allentare le strette maglie della norma di cui all'art. 458 c.c., che statuisce un divieto assai rigido e stabilisce la nullità di tutti i patti successori. Sia i patti istitutivi, ossia quelli aventi ad oggetto la istituzione di erede o di legato, sia i patti dispositivi, ossia quelli con i quali un soggetto dispone di una eredità che non ha ancora ricevuto, sia i patti rinunziativi, ossia quelli con i quali un soggetto rinunzia a una eredità o ai diritti connessi a una eredità prima della che questa gli sia devoluta.

Non può essere un caso che gli ordinamenti giuridici che non conoscono il divieto dei patti successori o nei quali il divieto non è tanto rigido come accade in Italia, dove è vietato, perfino, il testamento reciproco e qualunque atto con il quale un soggetto rinunzi alla facoltà di revocare il proprio testamento, il tema dei negozi *post mortem* ha avuto un rilievo e una importanza decisamente minore, finendo sostanzialmente per tradursi in una indagine di carattere piú dogmatico-speculativo che non sostanziale e con ricadute applicative.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la figura del negozio *post mortem* ha sostanzialmente costituito l'occasione per consentire, seppure entro determinati limiti, la regolamentazione di rapporti giuridici per il tempo successivo alla morte attraverso lo strumento del contratto. Movendo, infatti, dalla antica figura del mandato *post mortem*, la categoria è andata estendendosi anche ad altri tipi contrattuali, spingendosi anche a occupare anche il territorio dei negozi unilaterali.

Il costo di questa operazione concettuale non è di poco conto e, nonostante la espressione "*negozio post mortem*" si debba considerare largamente acquisita nella tradizione giuridica italiana, non sempre risultano delineati con precisione i contorni della figura, l'ambito applicativo e gli interessi concretamente suscettibili di una regolamentazione.

Le ragioni sono differenti per ciascuno dei profili indicati e, complessivamente, influenzate dalla evoluzione storica della figura nella nostra esperienza giuridica.

La delimitazione dei contorni della figura sconta, infatti, l'idea che la categoria degli atti a causa di morte si possa e debba contrapporre alla categoria degli atti tra vivi. Il risultato, come è ovvio non è sempre chiaro, dacché oltre a casi nei quali è abbastanza semplice stabilire se un atto appartenga alla categoria degli atti tra vivi (es. contratto di compravendita) o alla categoria degli atti a causa di morte (es. testamento), esistono figure di confine nelle quali la distinzione diventa molto complicata. Si pensi non solo alla c.d. donazione a causa di morte o al patto successorio, ma anche al contratto *post mortem*.

Le incertezze sull'ambito applicativo della figura dipendono, invece, dalla interpretazione della norma sul divieto dei patti successori e, ancor di più, dal significato, a livello di principi che si ricava da questa norma, calata nel complesso del sistema del diritto ereditario. Gli interpreti, per lungo tempo, hanno spiegato la norma e il senso del divieto da essa posto, facendo riferimento alla sua *ratio* o, più precisamente, alle ragioni che possono giustificare la proibizione. Con il risultato di diversificare il fondamento del divieto dei patti successori a seconda che si abbia riguardo ai patti istitutivi, a quelli dispositivi o a quelli rinunziativi, e perdere, sostanzialmente, di vista, il principio alla base del divieto.

Infine, quali interessi e rapporti giuridici potessero affidarsi al ne-

gozio *post mortem*, è questione notevolmente influenzata dalla concezione schiettamente patrimoniale del diritto delle successioni. Lo spazio che la dottrina italiana ha storicamente riconosciuto agli interessi non patrimoniali è stato ridotto, in guisa da considerare rilevante, in termini di atto giuridico, solo quello a contenuto patrimoniale.

Il complesso di queste tre circostanze ha fortemente influito sullo sviluppo del contratto *post mortem*, sicché un suo ripensamento, anche allo scopo di volerne delineare i contorni, l'ambito applicativo e gli interessi, richiede una valutazione attenta su ciascuno di questi tre profili, nella piena consapevolezza che è importante considerare anche le prime applicazioni che della figura sono state ipotizzate.

Nel tentativo di offrire delle risposte e proporre qualche suggerimento ispirato a chiarezza e semplificazione del tema analizzerò, pur se in modo succinto, dapprima il rapporto tra atto tra vivi e atto di ultima volontà; poi la natura del divieto dei patti successori e, infine, la contrapposizione tra interessi patrimoniali e non patrimoniali, per formulare alla fine alcune considerazioni sulla categoria del negozio *post mortem*.

## 2. Sulla categoria degli atti a causa di morte

L'idea che la categoria degli atti a causa di morte si possa o debba contrapporre a quella di atti *inter vivos*, è foriera di un equivoco e merita di essere ripensata.

Facendo tesoro dell'insegnamento di Giorgio Giampiccolo<sup>1</sup>, la lettura del cui volume è stata spesso travisata<sup>2</sup>, risulta chiaro che alla categoria degli atti *inter vivos* non si può contrapporre quella degli atti *mortis causa*, bensì quella degli atti di ultima volontà.

<sup>1</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 s.; ID., *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 s.

<sup>2</sup> È frequente leggere che il libro di Giampiccolo sia importante per le considerazioni sul contenuto atipico del testamento. In verità questo profilo, nella economia complessiva è molto marginale, dacché si tratta di un libro che fonda la categoria degli atti di ultima volontà.

La coppia di categorie contrapposte è, dunque: atti tra vivi - atti di ultima volontà.

Da un lato, gli atti tra vivi, ossia quella classe di atti giuridici identificati in ragione della loro idoneità a produrre, sin dal loro compimento, una vicenda di rapporto giuridico, ancorché si tratti di un effetto prodromico o, meramente, interinale (come nel caso di negozio sottoposto al *dies mortis*, o a condizione di premorienza)<sup>3</sup>; dall'altro gli atti di ultima volontà, ossia gli atti giuridici unilaterali e unipersonali, destinati a produrre effetti soltanto dopo la morte del loro autore<sup>4</sup>, senza che, prima di quel momento, possano produrre alcun effetto<sup>5</sup>, ove pure essi risultino conosciuti o indirizzati agli stessi destinatari.

<sup>3</sup> Si tratta, infatti, dell'unico criterio capace di individuare i connotati di questa figura, dal momento che l'espressione «tra vivi» non può, ovviamente, né individuare tali atti in ragione del loro compimento da parte di viventi, considerando che ogni atto giuridico è, di necessità, compiuto da soggetti vivi; né idonea a riferirsi, in ragione del plurale usato nell'espressione, ai soli negozi plurilaterali, dacché ne sarebbero esclusi gli atti unilaterali, che la legge, espressamente, considera inclusi (cfr. art. 1324 c.c.).

<sup>4</sup> M.V. DE GIORGI, *Patti successori, compatibilità della legge straniera con l'ordine pubblico e tutela dei legittimari*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Atti del 11° Convegno Nazionale 5-6-7 maggio 2016, Napoli, 2017, p. 418 s., scrive: «non ritenevo, né ritengo a maggior ragione ora, che il divieto dell'art. 458 c.c. fosse una deprecabile limitazione di libertà, che se si fosse riusciti a cancellarlo si creerebbero assembramenti di *de cuius* davanti agli studi di speranzosi notai per stipulare patti e che sia quel divieto la ragione per cui non si procede ai famosi accordi sul passaggio generazionale della ricchezza. È che alla morte, se ci si riflette, pensiamo in solitudine, valutando i rapporti intercorsi, i misteriosi momenti di felicità, i malumori, sentimenti e risentimenti, che nel testamento possono trovare il loro suggello».

<sup>5</sup> Si potrebbe obiettare che il testamento produce un effetto prima della morte del suo autore e nei suoi confronti, in quanto esprime un certo assetto di interessi che, in difetto di revoca, è destinato, seppur dopo la morte del suo autore, a regolare la successione della persona. La circostanza che esso debba essere revocato lascerebbe ipotizzare che esso produce, comunque, un certo effetto. Deve, tuttavia segnalarsi che prima della morte del suo autore non produce alcun effetto neppure nei confronti dell'autore, con avvertimento che la sua revoca serve, semplicemente, a evitare che il progetto di pianificazione ereditaria che esso esprime in potenza, possa tradursi in atto. La circostanza che debba essere revocato e che in assenza di revoca è destinato a regolare la successione non è affermazione né necessaria né sufficiente per dire che tale atto sia produttivo di

Da ciò derivano conseguenze di disciplina straordinariamente significative.

Gli atti tra vivi, unilaterali o bilaterali, proprio in ragione della loro immediata idoneità a produrre un effetto giuridico, ancorché si tratti di effetto c.d. preliminare o prodromico rispetto a quello sostantivo (qualora quest'ultimo fosse differito a un momento futuro, mercé l'apposizione di un termine iniziale o una condizione sospensiva) sono capaci di generare un affidamento giuridicamente rilevante in capo al destinatario dell'atto o dell'effetto<sup>6</sup>. Affidamento che è massimo nel caso di contratto, nel quale le parti stanno sul medesimo piano e in posizione contrapposta, mentre minimo, ma pur sempre rilevante, in caso di negozio unilaterale non recettizio, nel quale la controparte è destinataria di un effetto, ancorché l'atto sia efficace a prescindere dalla conoscenza che quella ne abbia avuta. Negozi, dunque, la cui interpretazione deve, di necessità, tener conto, pur con diversa gradualità, secondo che si tratti di contratti o di negozi unilaterali e, in questo secondo caso, di negozi recettizi o no, della volontà dell'altra parte o dell'intenzione del destinatario dell'atto o del rapporto.

un effetto in senso tecnico, ossia di una vicenda di rapporto giuridico. La revoca, dunque, non è atto che priva di effetti un atto che ha prodotto un qualche effetto, ma atto che impedisce la produzione di un effetto che l'atto non ha ancora prodotto. Sotto questo profilo, sembrerebbe doversi parlare, rispetto all'atto di ultima volontà non di revoca, ma di ritiro. Secondo J.B. JORDANO BAREA, *Com. Art. 675*, cit., p. 1680, occorrerebbe distinguere un doppio stadio di rilevanza giuridica nel testamento: per la sfera giuridica del testatore e per tutti gli altri. «El testamento se nos aparece, en la esfera interna o de cara a su autor, como negocio perfecto, cumplido, acabado, que adquiere carácter definitivo para aquel, apenas se forma; para la generalidad (llamados y demás terceros supervivientes), en cambio, el testamento es como tal jurídicamente irrelevante en la etapa anterior a la muerte». Più ampiamente, J.B. JORDANO BAREA, *Teoría general del testamento*, in *Libro homenaje al Dr. Serrano*, I, Valladolid, 1965, p. 431 ss.

<sup>6</sup> V. le interessanti considerazioni di C. CACCAVALE, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corresponsività condizionale*, Napoli, 2014, pp. 17, 40, 49, 18 ss., il quale rileva l'inadeguatezza dello strumento testamentario ogni qual volta l'attribuzione sia fatta allo scopo di conseguire un contro-risultato, ove pure il medesimo non si debba costruire in termini di corrispettivo, da di promessa premiale.

Dall'altro lato stanno gli atti di ultima volontà, che sono fisiologicamente incapaci di generare un qualsivoglia affidamento in capo al destinatario dell'atto o dell'effetto, ove pure quest'ultimo possa averne conoscenza. In ragione di ciò, tali atti sono sempre liberamente revocabili<sup>7</sup> e debbono essere interpretati avendo esclusivo riguardo alla determinazione volitiva del loro autore, lasciando sullo sfondo dell'irrelevanza volizioni e determinazioni estranee al suo autore<sup>8</sup>. Questo spiega perché, mancando un'organica disciplina sull'interpretazione, è stato necessario procedere alla sua difficile e non ancora definitivamente compiuta ricostruzione<sup>9</sup>, movendo dalle regole sull'interpretazione del contratto.

Ragionando in questa prospettiva, che vuole contrapporre alla categoria degli atti tra vivi quella degli atti di ultima volontà, ne viene che la categoria degli atti a causa di morte rimane svincolata dalla prima e dalla seconda.

Il suo tratto caratterizzante sta nel considerare la morte del disponente non già quale mero accadimento al quale si riportano, soltanto, i motivi dell'agire o gli effetti dell'atto, bensì quale accadimento in grado di caratterizzare l'atto sotto un profilo oggettivo-funzionale.

<sup>7</sup> Di recente, sulla revocazione dell'atto di ultima volontà, G. D'AMICO, *Revocazione delle disposizioni testamentarie e disciplina applicabile*, in *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, cit., p. 69 ss.

<sup>8</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico*, cit., p. 114, «l'atto di ultima volontà e la più solitaria fra tutte le manifestazioni non recettizie; quella che meno comporta un qualsiasi movimento verso l'esterno: perché, se è vero che il diritto è *relatio ad homines* e che ogni atto presuppone la destinazione *ad alterum*, l'atto di ultima volontà, in quanto destinato essenzialmente ai posteri, non richiede altre attività del dichiarante, perché sia compiuto, se non è il segnale in forma idonea, a memoria di quelli che verranno, la propria volontà».

<sup>9</sup> J.B. JORDANO BAREA, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958; ID., *El testamento y su interpretación*, Granda, 1999; ID., *Com. Art. 675*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1697 ss.; D. ESPIN CANOVAS, *Com. Art. 668*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, 1991, p. 1680 ss.; A. CAÑIZARES LASO, *Com. Art. 668*, en *Código Civil comentado*, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, II, p. 288 ss.; ID., *Com. Art. 675*, en *Código Civil comentado*, Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, II, p. 307 ss.; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Notas sobre la voluntad del testador*, en *RJUAM*, 2002, p. 153 ss.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 1 ss.

Mentre la categoria degli atti tra vivi e degli atti di ultima volontà trova il suo profilo qualificante nel tempo di efficacia, quella degli atti a causa di morte trova il suo tratto caratterizzante nel profilo causale.

La categoria degli atti *mortis causa* è, dunque, definita in ragione della sua idoneità a regolare rapporti o situazioni giuridiche che, alla morte del disponente, vengano a costituirsi in via originaria, o a trarne una loro autonoma qualificazione. In guisa che i due indici rivelatori della natura *mortis causa* dell'atto starebbero nell'aver a oggetto<sup>10</sup> il *quod superest*, o un singolo bene considerato nella misura in cui *superest*, e quale beneficiario un soggetto<sup>11</sup> considerato a condizione che sopravviva al disponente<sup>12</sup>.

In questa prospettiva, la categoria degli atti a causa di morte non si

<sup>10</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 41, «considerazione dell'oggetto dell'attribuzione come entità commisurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza, modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente».

<sup>11</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 42, «considerazione della persona del beneficiario come esistente in quello stesso momento [quello della morte dell'attribuente]».

<sup>12</sup> Può senz'altro leggersi un pieno accoglimento della teoria di Giampiccolo nella decisione di Cass., 16 giugno 1966, n. 1547, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1513 ss. e in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1353 ss., relativa alla qualificazione di una donazione con clausola *si praemioriar*, per effetto della quale, Tizia, socia fallita di una società di fatto che ella aveva con il di lei marito mancato ai vivi, aveva proceduto alla divisione e assegnazione ai suoi quattro figli dei suoi beni, stabilendo che «le assegnazioni e le divisioni come sopra disposte avranno effetto per la proprietà e per l'usufrutto, dopo la morte» della donante. Il curatore del fallimento della società agisce contro questo atto, allo scopo di far accertare la nullità del contratto, in quanto integrante gli estremi del patto successorio. La Corte di appello, esclude che il contratto possa essere considerato un patto successorio, mentre il Supremo collegio cassa la decisione del merito. In particolare, si legge nella motivazione: «l'elemento che caratterizza la donazione con la clausola *si praemioriar*, e la differenza, rendendola ammissibile, dalla donazione *mortis causa* e del patto successorio, vietati dalla legge, è dato dalla funzione che assume nella prospettiva delle parti l'evento della morte del donante, dal fatto, cioè, che tale evento non è considerato od elevato dalle parti *a causa* dell'attribuzione, sicché prima del suo verificarsi, il negozio non debba produrre alcun effetto, bensì come evento condizionante la produzione degli effetti definitivi propri del negozio, senza escludere la produzione di effetti limitati o prodromici, peculiari del contratto sottoposto a condizione sospensiva, consistenti nell'aspettativa, tutelata dalla legge (art. 1356 cod. civ.), dell'acquisto del diritto».

può contrapporre a quella degli atti *inter vivos*, dacché non v'ha dubbio che si possano ipotizzare, a prescindere dalla loro validità, negozi che sono, nel contempo, a causa di morte e *inter vivos*. A tal riguardo, è sufficiente pensare al patto successorio istitutivo, che è, certamente, un atto tra vivi, in ragione della sua idoneità a produrre effetti sin dal suo compimento e della sua idoneità a vincolare le parti, ingenerando un legittimo affidamento sull'assetto di interessi divisato; ma è, insieme, un atto a causa di morte, perché regola un rapporto giuridico che trova la sua causa proprio nella morte di una delle sue parti. Non può giovare, neppure, la contrapposizione tra atti *mortis causa* e atti di ultima volontà, dacché se è vero che i secondi sono, tendenzialmente, anche atti *mortis causa*, non è vero che tutti gli atti a causa di morte sono anche atti di ultima volontà. A tal proposito torna, nuovamente, utile l'esempio del contratto successorio istitutivo, che pur essendo, senza meno, un negozio a causa di morte non è, certamente, un atto di ultima volontà.

Posta la dicotomia tra atti *inter vivos* e atti di ultima volontà, ne viene che la categoria degli atti a causa di morte può intersecarle entrambe, senza pregiudizio della ricostruzione teorica, proprio perché ciascuna di queste categorie riguarda profili distinti.

In questa prospettiva risulta chiaro che i patti successori sono atti tra vivi e atti a causa di morte e che il divieto non si può spiegare in ragione della natura a causa di morte, ma deve individuare il fondamento. Sotto diversa prospettiva non c'è dubbio che il contratto *post mortem* è un atto tra vivi, rispetto al quale occorre accertare se sia anche a causa di morte.

### 3. *Il divieto di patto successorio nella dottrina e giurisprudenza italiana*

#### 3.1. *Premessa*

Il pensiero della letteratura giuridica italiana sul divieto di patti successori<sup>13</sup>, pur con sacrifici di sfumature e non senza qualche esem-

<sup>13</sup> Per un più ampio approfondimento, v. V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2018.

plificazione, che pecca d'ingenuità, ma che aiuta a comprenderne la storia, può idealmente suddividersi, in due momenti.

Un primo, nel quale lo sforzo della dottrina è orientato a individuare un comune fondamento del divieto dei patti successori e a offrire una nozione di questi patti, anche allo scopo di individuarne i tratti caratterizzanti. In questa fase, nella quale si registra un importante dialogo tra dottrina e giurisprudenza, viene anche proposto un elenco di elementi caratterizzanti, attraverso i quali è possibile individuare i patti successori.

Nella seconda fase si avverte, invece, la necessità di distinguere il fondamento del divieto, in relazione ai diversi tipi e l'indagine si concentra, prevalentemente, nello studio di tutte quelle figure negoziali, diverse dai patti successori, che consentono la regolamentazione di interessi *post mortem*. In questa seconda fase si avverte una insofferenza, via via crescente, nei confronti del divieto dei patti successori, il quale viene considerato un ostacolo alla modernizzazione del diritto ereditario e alla trasmissione generazionale della ricchezza.

L'insoddisfazione tendenziale verso lo strumento del testamento, reputato -a mio credere ingiustamente- inadeguato a soddisfare le esigenze della contemporaneità e il radicato convincimento che un moderno diritto delle successioni debba valersi di strumenti contrattuali, induce la dottrina a sperimentare le potenzialità offerte dai negozi *post mortem*. Questo tentativo si realizza, per un verso, riducendo l'ambito di applicazione del divieto e, dunque, tentando di offrire interpretazioni più restrittive e, per altro verso, offrendo un catalogo, sempre più ampio di strumenti contrattuali capaci di regolare aspetti e interessi successori della persona. Si tratta, dunque, del momento in cui la figura del contratto *post mortem* trova il suo pieno sviluppo.

### 3.2. *La prima fase*

In un primo momento, immediatamente prossimo alla approvazione del codice civile del 1942, nel quale, diversamente da quanto era accaduto nel codice del 1865<sup>14</sup>, il divieto era raccolto in un unico

<sup>14</sup> Nel Codice civile del 1865, il divieto era sparso in una pluralità di dispo-

articolo, si prova a giustificare il divieto in modo unitario. Si dice, dunque, che il fondamento del divieto risiede nel *votum captandae mortis*, nel carattere aleatorio del negozio, nella illiceità della causa<sup>15</sup> o, altrimenti, nella violazione della libera formazione della volontà del *de cuius*<sup>16</sup>.

Il tentativo di individuare un fondamento unitario del divieto di patti successori è destinato a uno scarso esito, non appena si consideri che gli stessi autori che si provano a individuare un fondamento unitario, finiscono per indicare una pluralità di ragioni. Per questo motivo, l'indagine dalle numerose *rationes* politico-legislative si sposta all'individuazione di una ragione tecnica, provando a individuare i caratteri essenziali tipici dei patti successori.

In questa prospettiva, si afferma che «comune alle tre figure è che esse hanno per oggetto una successione non ancora aperta di cui si dispone mediante contratto»<sup>17</sup>, chiarendo che «con l'art. 458 [...] si vuol colpire oltre la forma anche la sostanza»<sup>18</sup>.

L'indagine coglie nel segno e si riflette in una delle prime sentenze della Cassazione<sup>19</sup>, destinata ad avere una influenza significativa. La Corte dichiara la validità di una clausola statutaria di consolidazione societaria ed esclude che possa considerarsi un patto successorio, affermando che manca non soltanto l'intenzione dei contraenti, ma,

sizioni e, in particolare, all'art. 1118, in tema di oggetto del contratto, all'art. 954, in tema di rinuncia all'eredità, all'art. 1380, in tema di matrimonio, e all'art. 1460, sulla vendita.

<sup>15</sup> Così, A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli, Libro delle successioni per causa di morte e delle donazioni*, Torino, 1940, p. 13.

<sup>16</sup> Così, W. D'AVANZO, *Delle successioni, Tomo I, Parte generale*, Firenze, 1941, p. 69. Adesivo a questa motivazione, è G. VALLILLO, *Sul patto successorio*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1952, II, p. 548.

<sup>17</sup> A. CICU, *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, cit., p. 294.

<sup>18</sup> A. CICU, *Le successioni. Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, cit., p. 295. L'argomento della natura sostanziale del divieto sta alla base anche della soluzione offerta da Cicu in tema di donazione a causa di morte. ID., *Il testamento*, cit., p. 43.

<sup>19</sup> Cass., 17 marzo 1951, 17 marzo 1951, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 216 e in *Foro it.*, 1952, I, c. 1580.

soprattutto, «la stessa obiettività» del patto successorio, dato che «il carattere che li distingue è appunto quello di avere per oggetto unico l'eredità di una persona vivente»<sup>20</sup>. Nella stessa linea, la Cassazione, due anni dopo, dice che deve considerarsi patto successorio «ogni convenzione che abbia per oggetto di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta, e faccia sorgere un *vinculum iuris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca l'adempimento o il presupposto, a seconda che si riferisca alla successione propria o di altri»<sup>21</sup>.

Si giunge così alla delimitazione della figura attraverso la indicazione del suo contenuto, al punto che la stessa dottrina recepisce questa idea<sup>22</sup> e, in continuità rispetto a questa proposta interpretativa, individua un'unica giustificazione del divieto e propone un'elencazione di requisiti, in presenza dei quali è possibile affermare che un certo atto debba considerarsi un patto successorio.

Questa dottrina, la cui influenza<sup>23</sup> sulla giurisprudenza successiva è straordinaria<sup>24</sup>, dopo aver precisato che il fondamento del divieto dei patti

<sup>20</sup> Cass., 17 marzo 1951, in *Riv. dir. comm.*, cit., p. 217 e in *Foro it.*, cit., c. 1580. Nella stessa linea si colloca Cass., 26 maggio 1953, n. 1559, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, c. 548, e in *Giust. civ.*, 1953, II, p. 1740.

<sup>21</sup> Cass., 26 maggio 1953, n. 1559, in *Giur. it.*, cit., c. 548 e in *Giust. civ.*, cit., p. 1740. Il concetto, per verità, era stato espresso anche da una precedente decisione e, in specie, Cass., 4 agosto 1951, n. 2372, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1952, II, p. 547 s., nella quale si legge che il patto successorio «si sostanzia in una convenzione che abbia per oggetto una vera e propria disposizione relativamente a beni di una successione non ancora aperta o per lo meno (nei patti successori istitutivi, come sarebbe quello di specie) faccia sorgere un *vinculum iuris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca, in concreto, l'adempimento».

<sup>22</sup> C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legitime*, in *Comm. del Cod. civ.*, a cura di magistrati e docenti, Torino, 1959, p. 19 ss.

<sup>23</sup> Vale la pena segnalare che Carlo Giannattasio risulta Consigliere di Cassazione, nella prima Sezione civile, sin dal gennaio del 1958. Assume la Presidenza della prima Sezione civile nel dicembre del 1969 e vi rimane fino al dicembre del 1976. Successivamente, dal gennaio del 1977 e fino all'ottobre del 1978 assume, di ruolo, la Presidenza della terza Sezione civile.

<sup>24</sup> Questa è divenuta costante nella giurisprudenza sino ai giorni nostri. A mero titolo esemplificativo, si pensi all'importante e pluri commentata decisione di Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, p. 511. Questa sentenza afferma questo principio di diritto: «configurano un patto successorio

successori è di «mantenere integra sino all'estremo della vita del testatore la libertà di testare»<sup>25</sup>, afferma che «patti successorî vietati dalla legge non sono soltanto quelli che hanno per oggetto una vera e propria istituzione di erede, rivestiti della forma contrattuale, ma anche ogni convenzione che abbia per oggetto di costituire, modificare, trasmettere o estinguere diritti relativi a una successione non ancora aperta, o per lo meno, (nei patti istitutivi) faccia sorgere un *vinculum iuris* di cui la successiva disposizione testamentaria costituisca in concreto l'adempimento o il presupposto, a seconda che si riferisca alla successione propria o di altri»<sup>26</sup>.

In conclusione, si afferma che i patti successori presentano i seguenti caratteri: «a) che sia stata conclusa una convenzione anteriormente all'apertura della successione; b) che la cosa oggetto della convenzione, debba essere compresa in una successione futura o sia considerata nella stipulazione come facente parte di una futura successione; c) che il promittente abbia voluto provvedere alla propria successione; d) che l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto a quella successione; e) che l'oggetto della convenzione debba trasferirsi al promissario *mortis causa*, cioè a titolo di eredità o legato»<sup>27</sup>.

Si tratta di un momento straordinariamente significativo nella ricostruzione del divieto del patto successorio in Italia, dacché si assiste a una forte influenza reciproca di dottrina e giurisprudenza.

[...] sia le convenzioni aventi ad oggetto una vera istituzione di erede rivestita della forma contrattuale, sia quelle che abbiano ad oggetto la costituzione, trasmissione o estinzione di diritti relativi ad una successione non ancora aperta, tali da far sorgere un *vinculum iuris* di cui la disposizione ereditaria rappresenti l'adempimento». Allo stesso modo, più di recente, Cass., 21 novembre 2017, n. 27624, in *Leggi d'Italia*, che riprende, letteralmente, questo principio di diritto.

<sup>25</sup> C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, cit., p. 20. Le parole sono riprese, in modo quasi letterale, nella motivazione di Cass., 22 luglio 1971, n. 2424 in *Giur. it.*, cit., c. 1098, «nell'intento legislativo di preservare fino all'estremo limite della vita la libertà di testare».

<sup>26</sup> C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, in *Comm. del Cod. civ.*, cit., p. 20.

<sup>27</sup> C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, cit., p. 21. Occorre, tuttavia precisare, che questa ricostruzione proposta da Giannattasio trova una sua prima formulazione proprio in una decisione di una sentenza della Cassazione e, in specie, Cass., 2 agosto 1941, n. 2614, in *Foro it.*, 1942, I, c. 150 ss., relativa a una promessa di disporre per testamento.

Giannattasio, utilizzando i risultati raggiunti dalla Cassazione nel 1951 e 1953, offre ulteriori nuovi spunti che verranno utilizzati in una decisione della Cassazione del 1971, che rappresenta una delle decisioni piú importanti nella materia, al punto che la giurisprudenza odierna continua a richiamare quella decisione e il principio di diritto in essa affermato ogni qual volta deve stabilire se il singolo contratto possa, o no, considerarsi un patto successorio.

In questa importante decisione<sup>28</sup> si afferma che, indipendentemente dalla classificazione dei patti successori in istitutivi, dispositivi e rinunciativi, per stabilire se un accordo debba considerarsi patto successorio occorre accertare: «1) se il *vinculum iuris* con essa creato abbia avuto la specifica finalità di costituire, modificare, trasmettere od estinguere diritti relativi ad una successione non ancora aperta; 2) se le cose o i diritti formanti oggetto della convenzione siano stati considerati dai contraenti come entità della futura successione o debbano, comunque, essere compresi nella stessa; 3) se il promittente abbia inteso provvedere in tutto od in parte alla propria successione, privandosi, così dell'*ius poenitendi*; 4) se l'acquirente abbia contratto o stipulato come avente diritto alla successione stessa; 5) se il convenuto trasferimento dal promittente al promissario avrebbe dovuto aver luogo *mortis causa* e, cioè, a titolo di eredità o di legato».

Questa sentenza del 1971, insieme a una sentenza del 1974, che per vero è meramente riprodotiva della sentenza del 1953 (che, pertanto, meriterebbe di essere richiamata, in luogo di quella del 1974), costituiscono, ancora oggi, un significativo punto di riferimento, tanto da poter, perfino affermare, che hanno rappresentato un ostacolo

<sup>28</sup> Il caso che la Corte di Cassazione deve decidere era il seguente: Fulano aliena il fondo al figlio Mengano, per il prezzo di tre milioni di lire. Due mesi dopo, con scrittura privata, Fulano, dopo aver premesso di «aver venduto il fondo non per disporre di una somma liquida da ripartire con i figli per le loro necessità e per far sí che il fondo fosse attribuito a Mengano, che era il solo a dedicarsi alla sua coltivazione, assegna ai propri figli Mengano, Zutano, Ciclano e Esperanzejo la somma di lire cinque milioni, che dichiara proveniente dal prezzo effettivo della vendita del podere. Successivamente, probabilmente pentitosi dell'operazione economica compiuta, Fulano chiede l'accertamento della nullità delle due scritture, assumendo che le medesime, in collegamento, tra loro, integrassero gli estremi di un patto successorio.

a una diversa interpretazione del divieto di patti successori e, dunque, a una sua modernizzazione.

### 3.3. *La seconda fase*

Lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza successiva, anche per merito dello studio di Giampiccolo e delle sue feconde intuizioni sul contratto sotto modalità di morte<sup>29</sup>, non si centrano tanto sulla funzione del divieto, la quale si frammenta in ragione dei tipi, né sui requisiti del patto successorio, che risultano sostanzialmente segnati dalle sentenze del 1953 e del 1971, quanto sugli spazi che il divieto può lasciare al contratto.

L'indagine può prendere le mosse dalla ricostruzione proposta da Messineo<sup>30</sup> nel 1962, che rappresenta un momento di passaggio. Il fondamento del divieto viene differenziato a seconda del tipo di patto successorio, ma l'attenzione ai casi in cui il contratto può regolare interessi *post mortem* è limitata e non va al di là delle considerazioni già svolte da Giampiccolo. Secondo Messineo la nullità del patto successorio istitutivo deriva dalla violazione del principio sulla libertà di disporre<sup>31</sup>, mentre la nullità dei patti dispositivi e dei patti rinunziativi piú «ad ossequio alla tradizione, che a ragione sostanziale»<sup>32</sup>.

L'A. inizia, però, il lungo percorso dottrinale teso a limitare la portata del divieto. Il tentativo si compie in due direzioni: per un

<sup>29</sup> Sulla distinzione tra contratto sotto modalità di morte e contratto *post mortem* nella teoria di Giampiccolo v. nota n. 71.

<sup>30</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, 1962, IX ed., p. 104 ss.

<sup>31</sup> F. MESSINEO, *o.u.c.*, p. 104, precisa che il divieto del patto successorio istitutivo «è il portato del principio della *libertà di disporre*: ossia, della *revocabilità* del testamento, sino al momento della morte (*arg. 679*) ...; il quale sarebbe vulnerato dal vincolo obbligatorio, derivante al testatore dal patto successorio». In questo senso, si era già espressa, Cass., 5 maggio 1956, n. 1427, cit., p. 1249, nella cui motivazione si legge che il fondamento del divieto sta in qualsiasi «menomazione di quella piena e assoluta libertà testamentaria che il legislatore ha voluto assicurare fino all'estremo della vita», in guisa che in ciò «è riposta la ragione del divieto dei patti successori, sancito dall'art. 458 c.c.».

<sup>32</sup> F. MESSINEO, *O.u.c.*, p. 106.

verso, nega che il divieto di patti dispositivi e rinunziativi abbia una ragione sostanziale e, per altro verso, afferma la validità del patto successorio istitutivo confermativo<sup>33</sup>.

Non diversamente la tesi è riproposta da altra dottrina<sup>34</sup> che torna a considerare il fondamento del divieto del patto istitutivo nella libertà di testare, mentre il fondamento degli altri due tipi di patti successori, nella protezione di “giovani inesperti”, che potrebbero dilapidare le ricchezze e, in ogni caso, nella sostanziale immoralità e pericolosità sociale dei patti successori, anche in ragione del *votum corvinium*.

La svolta decisiva nel modo di studio si compie con la monografia di De Giorgi<sup>35</sup>, la quale, assunta piena consapevolezza della differenza strutturale e funzionale dei patti successorî istitutivi, dispositivi e rinunziativi, e sostanzialmente paga del risultato identificatorio raggiunto dal circolare dialogo tra la dottrina e le Corti, avverte come problema fondamentale, non piú quello dell’individuazione delle *rationes* del divieto, quanto piuttosto di determinare il suo confine con i negozi sotto modalità di morte, piú comunemente detti, oggi, negozi *post mortem*.

Questa dottrina, dopo aver ribadito che c’è una diversità causale tra patti successorî istitutivi, da una parte, e i patti successorî dispositivi e rinunziativi, dall’altra, precisa che il divieto dei patti del primo tipo è posto a garanzia della libertà di testare e, dunque, della spontaneità e revocabilità del volere del causante<sup>36</sup>, mentre il divieto dei patti

<sup>33</sup> F. MESSINEO, *O.u.c.*, p. 107, «È valido il c.d. patto successorio confermativo, come quello che, istituendo erede, o coerede, *un soggetto, che ne ha diritto* (ad es., perché legittimario), non va contro la *ratio*, ispiratrice del divieto di cui all’art. 458».

<sup>34</sup> L. FERRI, *Successioni in generale, Artt. 456-511*, cit., p. 81 ss. Vale la pena di precisare che qualche anno prima, nel 1965, viene pubblicato il volume XII del Novissimo digesto (*Noviss. Dig.*, vol. XII, Torino, 1965, p. 730). Nel quale manca una voce specifica sul patto successorio. Il volume XII sotto la voce patto successorio rinvia alla voce *Successione (Parte generale) (Diritto civile)*, affidata a P. Schlesinger. Voce che compare nel volume XVIII del 1971.

<sup>35</sup> M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976; Id., voce *Patto successorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 533 ss.

<sup>36</sup> M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 60 ss. Aderisce R.

di secondo tipo è connesso a un vizio del loro oggetto, ricostruibile in termini di illiceità<sup>37</sup>.

La importanza del contributo di questa dottrina sta, però, nel mutamento di prospettiva. Non si pone attenzione sul divieto, in quanto tale, ma si sceglie di esaminare tutte quelle figure di confine rispetto alle quali può porsi un problema di validità, per contrarietà al divieto<sup>38</sup>. In particolare, l'attenzione si concentra sulle figure più classiche: la donazione *mortis causa*; la donazione a termine e a condizione; il contratto a favore di terzi; il mandato *post mortem*; le clausole statutarie relative alla morte del socio; le prestazioni di lavoro contro la promessa d'istituzione ereditaria; i patti relativi alle indennità o altri diritti per morte spettanti al lavoratore<sup>39</sup>.

Viene proposto, per la prima volta, un compiuto catalogo di ipotesi controverse, che verrà ripreso, talvolta arricchito di qualche ulteriore figura, da tutta la letteratura successiva, diventando un significativo punto di riferimento anche della giurisprudenza, sebbene quest'ultima non sempre sia riuscita a cogliere le reali implicazioni concettuali, le connessioni sistematiche e gli spunti ricostruttivi di questo complesso studio.

LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 1215 s.

<sup>37</sup> M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 84 ss. Questa idea è ripresa da B. TOTI, *La nullità del testamento esecutivo del patto successorio*, in *Riv. del notariato*, 1985, I, p. 17 s.; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, cit., p. 1216 s.

<sup>38</sup> M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., p. 14 s., in questo modo chiarisce il senso dell'indagine svolta: «alla rassegna dei “casi” che hanno sollevato il dubbio dell'esistenza di un patto successorio, è dedicata la parte più ampia della ricerca. Da essa, più che dalla ricostruzione astratta dei “patti successori”, ridotta alle linee essenziali, emergono i dati meritevoli di una più attenta riflessione, e in primo luogo la labilità della linea di confine tra atto *inter vivos* e atto a causa di morte, quando si tratti di fermarla nella pratica».

<sup>39</sup> M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, cit., pp. 113-200, cap. III, intitolato: «figure controverse di patti successori». Scrive l'A. a p. 69: «l'analisi della concreta esperienza e, più innanzi, il disegno del “contratto ereditario” negli ordinamenti che conoscono questa figura negoziale, sono sembrati materia di ricerca e di osservazione più interessante rispetto alle questioni, in prevalenza teoriche, che il divieto solleva nel generale sistema degli istituti successori dell'autonomia negoziale, a cominciare dalla spiegazione tecnica delle ragioni di nullità, che si traduce nell'individuare l'elemento viziato dall'atto».

Da questo momento in poi, lo sforzo è tutto proteso a segnare il confine tra il patto vietato e l'accordo permesso, in guisa che gli studî sui patti successorî diventano, sempre piú spesso, studî sui negozi capaci di sfuggire alla nullità posta dal divieto, ossia studî nei quali l'analisi del divieto medesimo diviene puramente incidentale<sup>40</sup>, quando, addirittura, non declini, direttamente, l'analisi di uno specifico negozio *post mortem*.

Il tentativo di marginalizzare il divieto dei patti successorî e di individuare strumenti negoziali alternativi al testamento, capaci di dare assetto agli interessi *post mortem* viene sperimentato da autorevole dottrina, che, a muovere dal 1989<sup>41</sup>, dedica un importante sforzo ri-

<sup>40</sup> In questa prospettiva, a esempio, l'approfondito studio di V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001. Idea, successivamente sviluppata, sotto taluni profili piú particolari e, da ultimo, con interessanti sviluppi e spunti rispetto all'incarico a contenuto non patrimoniale. ID., *Promesse post mortem e patti successorî*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.; ID., *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 768 ss.; ID., *Mandato post mortem e divieto di patti successorî*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738; ID., *Il mandato post mortem*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 378 ss.; ID., *Gli incarichi post mortem a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 137 ss.; ID., *Disposizioni mortis causa a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 787 ss. Ma, specificamente, sul mandato *post mortem*, almeno A. DOLMETTA, *Patti successorî istitutivi, mandato post mortem, contratto di mantenimento*, in *Vita notarile*, 2011, p. 453 ss.; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem*, in *Contr.*, 2000, p. 1102; N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 688; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 56 ss.

<sup>41</sup> A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successione anomala*, Milano, 1983; ID., *Testamento e istituti alternativi nel laboratorio giurisprudenziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 435 ss.; ID., *La dottrina civilistica italiana sui negozi trans mortem dagli anni cinquanta ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni cinquanta ad oggi*, Padova, 1991, p. 221 ss.; ID., *Declino del divieto dei patti successorî, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus. Riv. sc. giur.*, 1997, p. 289 ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 10 ss.; ID., *Provenienze donative, successioni trasferimenti e tecniche di tutela degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 317 ss.; ID., *Il diritto delle successioni: fondamenti costituzionali, regole codicistiche ed istanze sociali*, in *Vita not.*, 2004, p. 116 ss.

costruttivo in questa direzione, elaborando la teoria dei c.dd. negozi *trans mortem*.

Secondo questa dottrina può parlarsi di un negozio *trans mortem* quando concorrano i seguenti elementi: a) il contratto deve determinare il trasferimento del bene sotto la condizione della morte del disponente; b) il disponente conserva uno *ius poenitendi* (diritto di recesso o revoca)<sup>42</sup>. Lo strumento che più di ogni altro si presta a realizzare questo risultato è il contratto a favore del terzo, specie nel caso in cui le cui prestazioni debbano essere eseguite dopo la morte del disponente. Al di là del contratto a favore del terzo e dell'assicurazione sulla vita, vengono individuati ulteriori strumenti alternativi al testamento, quali la rendita vitalizia a favore del terzo, il *trust*, il negozio fiduciario, il contratto di mantenimento, il deposito irregolare a favore del terzo, la fondazione per il mantenimento dei beni, le clausole statutarie per garantire la trasmissione dell'impresa.

L'importante sforzo ricostruttivo, il quale ha avuto una significativa eco nella letteratura<sup>43</sup>, si apprezza più per il contributo generale al dibattito sul superamento del divieto di patti successorî, che non per la elaborazione della figura.

Peraltro, nel contratto a favore di terzo, la cui prestazione debba eseguirsi dopo la morte dello stipulante credo che la dichiarazione di scelta del beneficiario, come anche la dichiarazione di modifica o di revoca, debbano considerarsi non atti *inter vivos*, bensì atti di ultima volontà, con tutte le conseguenze che da ciò derivano. Si tratta di atti essenzialmente unilaterali e, soprattutto, revocabili fino all'ultimo

<sup>42</sup> A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, cit., p. 16, così identifica le due caratteristiche dei negozi *trans mortem*: «*a*) il contratto costituito in vita deve determinare il trasferimento del bene e prevedere la morte solo quale condizione degli effetti negoziali, che possono in parte essere anticipati senza che ciò pregiudichi la possibilità di bloccarne per una giusta causa lo svolgimento; *b*) il soggetto contrattuale, di cui la morte costituisce l'evento dedotto in condizione, deve rimanere titolare di uno *ius poenitendi* (diritto di recesso o revoca) circa la costituzione del contratto, che tuttavia può farsi dipendere da un fatto che lo giustifichi».

<sup>43</sup> M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. not.*, 1988, p. 1139 ss.; ID., *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, pp. 53-124.

istante di vita del soggetto<sup>44</sup>. Svolgendo questo ragionamento, la circostanza che lo stipulante possa modificare o revocare la stipulazione, ove pure il terzo abbia dichiarato di volerne profittare (cfr. art. 1412 c.c.), sarebbe una semplice conseguenza logico-giuridica della natura dell'atto di nomina. Poiché esso, finché è in vita lo stipulante, non produce alcun effetto, essendo destinato a produrli soltanto dopo la morte del primo, non v'ha dubbio che ogni dichiarazione del terzo, che fosse resa prima di questo momento, è da considerare improduttiva di effetti, perché compiuta in difetto del potere che deriva al terzo soltanto da una nomina efficace<sup>45</sup>.

Le ricostruzioni più contemporanee, pur muovendo da risultati comunemente acquisiti in ordine al divieto di patti successorî istitutivi, giungono a esiti molto diversi: da un lato, attraverso il concetto di causa concreta, si realizza una sostanziale estensione del divieto<sup>46</sup>; dall'altro, attraverso il concetto di atto dispositivo della successione, si finisce con il ridurre il perimetro della proibizione<sup>47</sup>.

Nella prima prospettiva si afferma che la valutazione di liceità di un negozio con effetti *post mortem*, non può trarsi in base a indici

<sup>44</sup> Secondo alcuni autori si tratterebbe di una deroga rispetto al divieto di patti successorî e, dunque, di patto successorio eccezionalmente valido. Così, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino, 1959, p. 549; L. FERRI, *Successioni in generale, Artt. 456-511*, cit., p. 110; L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi. Artt. 1411-1413*, in *Il Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1997, p. 156, il quale modifica la precedente opinione ID., *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970, p. 216.

<sup>45</sup> Alla luce di questa spiegazione credo che si possa intendere la sentenza di Cass., 21 novembre 2017, n. 27624, in *Leggi d'Italia*, la quale ha escluso che possa considerarsi un valido contratto a favore del terzo l'accordo con la quale due coniugi hanno stabilito che, in caso di morte pressoché contemporanea, il cinquanta per cento degli utili dell'impresa esercitata dal marito dovesse spettare ai loro figli nella egual misura del cinquanta per cento ciascuno.

<sup>46</sup> D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successorî. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012. In prospettiva parzialmente difforme, F.P. TRAIACI, *Il divieto di patti successorî nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, p. 76 ss., secondo cui il divieto è volto a evitare che un negozio immediatamente vincolante possa presentare elementi di precarietà.

<sup>47</sup> D.A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successorî istitutivi*, Napoli, 2012.

oggettivi e astratti, bensì avendo riguardo alla funzione concreta del negozio, indagando la reale volontà del disponente<sup>48</sup> e verificando se il singolo contratto realizzi la funzione tipica del testamento, ossia la determinazione dell'assetto dei diritti facenti capo a una persona determinata.

Nella seconda prospettiva, occorre verificare se la cooperazione del terzo abbia, o no, inciso sul regolamento negoziale, sicché può considerarsi patto successorio vietato soltanto quello nel quale la disposizione istitutiva costituisca, insieme, con gli altri precetti, un *unitario* regolamento di interessi.

### 3.4. *Patti successori e divieto di disposizione della delazione*

Gli studi sui patti successori, anche quando abbiano posto al loro centro la figura dei negozi *post mortem*, dimostrano, a mio giudizio, che è essenziale intendere la reale dimensione del divieto e, dunque, il principio che giustifica la proibizione nel nostro ordinamento.

Al fine di compiere questa indagine, credo che non si possa prescindere dal concetto di testamento e dalla relazione esistente tra quest'ultimo e gli atti di ultima volontà diversi dal testamento, dacché solo attraverso questa indagine è possibile, secondo il mio giudizio, comprendere la funzione e i limiti del divieto.

L'insegnamento di Giampiccolo, il quale ha distinto tra contenuto tipico del testamento (istituzione di erede, legato e disposizioni accessorie a quelle) e contenuto atipico del testamento (tutte le altre disposizioni testamentarie)<sup>49</sup> è servito non tanto per affermare che il

<sup>48</sup> D. ACHILLE, *O.m.c.*, p. 92, «in definitiva pare che l'estensione del divieto dei patti successori vada ricercata nella funzione che il divieto mira a svolgere e, di conseguenza, nell'interesse che intende tutelare, dovendosi in tale sede prescindere da ogni valutazione circa l'opportunità, che comunque, ci sembra da ribadire, di mantenere ancora oggi il divieto in questione».

<sup>49</sup> Nel pensiero di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 326 l'idea di contenuto tipico e atipico del testamento non soltanto è slegata dal concetto di disposizione specificamente regolata dal Codice, o non avente una precisa ed espressa disciplina, dacché nella tipologia delle disposizioni testamentarie c.dd. atipiche,

testamento può avere un contenuto atipico o non patrimoniale, ma, all'esatto opposto, per dire che tutti i contenuti diversi da quello tipico possono essere affidati oltre che al testamento anche agli atti di ultima volontà diversi dal testamento.

La norma di cui all'art. 588 c.c., che distingue tra disposizioni a titolo universale e a titolo particolare, serve, in profonda connessione con l'art. 587 c.c., a individuare un contenuto c.d. «tipico» che l'ordinamento giuridico ha, esclusivamente, riservato al testamento, nelle sue forme sia ordinarie sia speciali.

Il legislatore stabilisce, cioè, che gli atti di disposizione della delazione debbano essere compiuti, esclusivamente, con il testamento.

Alla luce di ciò deve intendersi, oggi, il divieto di patti successori.

La norma di cui all'art. 458 c.c., nella parte in cui vieta i «patti» relativi alla «propria successione» o a una «successione non ancora aperta», intende riferirsi non alla successione complessivamente considerata, vietando, dunque, qualunque accordo successorio, ma soltanto alla regolamentazione del profilo patrimoniale-attributivo della successione, ossia alla delazione. Ciò che la norma di cui all'art. 458 c.c. intende vietare non è ogni atto tra vivi regolativo della successione, ma ogni atto tra vivi con cui si disponga della delazione.

Secondo questa chiave di lettura, la norma di cui all'art. 458 Cod. civ. vieta, disponendone la nullità, non soltanto le convenzioni con le quali taluno disponga dei profili patrimoniali-attributivi della propria successione, ma anche tutti gli atti con i quali taluno disponga o rinunci a diritti patrimoniali-attributivi inerenti a una successione non ancora aperta.

Il divieto dei patti successori, pur potendo essere retto da funzioni diverse, perché, secondo che si declini la figura del patto successorio istitutivo, piuttosto che quelle del patto successorio dispositivo

rientrano anche molte disposizioni testamentarie aventi una disciplina particolare (a esempio, riconoscimento di figlio naturale, costituzione di una fondazione, revocazione del testamento), ma non coincide neppure con quella che distingue tra contenuto patrimoniale e non patrimoniale del testamento, dal momento che, nella tipologia delle disposizioni testamentarie c.dd. atipiche vi rientrano anche ipotesi di disposizioni aventi contenuto patrimoniale (a esempio, costituzione di una fondazione o l'atto di dotazione della fondazione).

o rinunziativo, le concrete ragioni capaci di spiegare il fondamento del divieto nel nostro ordinamento possono essere diverse, sembra obbedire a un preciso principio, ossia il divieto del compimento di un atto di disposizione, tra vivi, della delazione<sup>50</sup>.

Al di là delle *rationes* che servono più a giustificare la presenza del divieto nel nostro ordinamento, che non a valutarne la reale portata e la sua estensione, rimane che il divieto del patto successorio pone la nullità degli atti tra vivi di disposizione della delazione<sup>51</sup>.

Si tratta di una costruzione concettuale che non esprime una mera regolarità, ma un vero e proprio principio. Non soltanto perché esso spiega le regole che comprende, ossia quelle che vietano i tre diversi tipi di patti, ma perché autorizza a formulare giudizi anche per le fattispecie, per le quali manchi una regola e, soprattutto, perché consente di dosare la portata applicativa delle singole regole, evitandone un'applicazione a quei casi, pur letteralmente riducibili in una di quelle, ma funzionalmente da sottrarre in ragione dell'interesse che mirano a realizzare. Inoltre, esso si giustifica nell'ambito del principio generale che fissa le fonti della delazione nonché della riserva costituzionale che, demandando alla legge di stabilire le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sull'eredità, conferma non soltanto l'esclusione di una fonte convenzionale della delazione, ma anche l'inammissibilità di un atto tra vivi dispositivo di quella.

Il rischio connesso alla regolamentazione convenzionale della successione, quali che siano le *rationes* del divieto, e, dunque, indipen-

<sup>50</sup> Non v'ha dubbio che potrà essere difficile, nel caso concreto, stabilire se le parti abbiano realizzato un atto di alienazione di cosa altrui, valido ed efficace, ovvero un invalido atto di delazione del proprio succedere. Al riguardo non è possibile stabilire a priori quando il concreto atto abbia la fisionomia dell'uno o dell'altro. Occorre, sempre, una valutazione del singolo caso concreto che valuti l'interesse composto dalle parti e la sua reale portata programmatica, negando, ovviamente, che si tratti di un valido atto, quando risulti che esso sia costruito in termini di disposizione del diritto altrui all'esclusivo o prevalente scopo di sottrarre la sorte al divieto.

<sup>51</sup> In senso parzialmente diverso, M. CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, Artt. 456 – 461, in *Cod. civ. Comm.* Schelesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 11, secondo cui il divieto del patto successorio istitutivo può spiegarsi avendo riguardo al principio di unicità della delazione.

dentemente dalla circostanza che si consideri la norma posta a tutela della libertà dell'ultimo volere, della revocabilità della decisione, del diritto di esclusiva della volontà testamentaria, della tutela di giovani inesperti, della non frammentazione del fenomeno successorio, del principio di unità della successione o della purezza del regolamento successorio, non avrebbe ragione di porsi in caso di patto successorio regolativo di un profilo di carattere esistenziale o non patrimoniale, dal momento che tutte queste ragioni sono, indubbiamente, connesse alla regolazione puramente patrimoniale-attributiva, né in presenza di un patto a contenuto patrimoniale, ma non dispositivo della delazione.

In conclusione, il legislatore stabilisce che gli atti di disposizione della delazione<sup>52</sup> debbano essere compiuti, esclusivamente, con il testamento, essendo preclusa la possibilità di una loro disposizione, sia con l'atto di ultima volontà diverso dal testamento (arg. ex artt. 587, 588 c.c.), sia con l'atto tra vivi (ex art. 458 c.c.).

Si dà, cioè, non soltanto l'esistenza del principio che fa divieto di disporre della delazione per atto di ultima volontà diverso dal testamento, ma anche del principio che fa divieto di disporre della delazione per atto tra vivi<sup>53</sup>. Esiste, cioè, un principio conformativo dell'autonomia privata che riconosce nel testamento l'unico valido atto di disposizione della delazione<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Il concetto di delazione deve tenersi distinto dal concetto di vocazione. L'ultima attribuisce al chiamato il potere di accettare l'eredità. La prima, invece, è l'effetto della vocazione poiché determina la messa a disposizione del patrimonio ereditario (inteso come quota di eredità o diritto legato) a un soggetto determinato o determinabile, attribuendo, così il diritto di acquistare i diritti connessi all'eredità *de qua agitur*. Ciò implica che sebbene i due momenti possono, tendenzialmente coincidere, anche se mai sovrapporsi da un punto di vista logico e cronologico, si danno casi nei quali i due momenti sono, anche cronologicamente, ben distinti. L'esempio classico che si suole proporre è quello del chiamato sotto condizione sospensiva, rispetto al quale la vocazione opera al momento dell'apertura della successione, mentre la delazione (quale effetto della vocazione) si realizza soltanto al verificarsi della condizione.

<sup>53</sup> V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, cit., passim.

<sup>54</sup> In questa direzione è condivisibile l'opinione di chi, anche in mancanza di una espressa previsione di legge, afferma che la disposizione di arbitrato per atto

In questa prospettiva credo che debba essere interpretata la norma di cui all'art. 458 c.c., sicché ricavando da essa il divieto di disporre tra vivi della delazione, ne viene che deve affermarsi la piena validità di tutti quei contratti *post mortem* che sono regolativi di profili successori che non incidono sulla delazione. In conseguenza non soltanto tutti gli interessi non patrimoniali, ma anche gli interessi patrimoniali, che non incidono immediatamente e direttamente sulla delazione.

#### 4. *Il diritto delle successioni tra tutela di interessi patrimoniali e tutela di interessi personali*

Le teorie patrimoniali, che hanno dominato l'ambiente culturale nel quale il nostro Codice civile è stato concepito, non soltanto hanno fortemente condizionato la nozione di testamento, riducendone il suo contenuto entro lo schema patrimoniale-attributivo, non soltanto hanno limitato le potenzialità dell'atto di ultima volontà, riducendo questa categoria nel solo testamento, ma, soprattutto, hanno ridotto l'autonomia negoziale a strumento di regolamentazione di soli interessi patrimoniali.

Sebbene sia indubitabile che la pianificazione degli interessi patrimoniali costituisca un profilo basilare e decisivo della successione e che una larga parte degli istituti del diritto ereditario sia funzionale all'attribuzione delle ricchezze a eredi e legatari, non è più pensabile che il fenomeno giuridico del succedere si risolva nel solo trasferimento di diritti patrimoniali.

Il processo di revisione del concetto di successione è, inevitabilmente, correlato ad almeno due fondamentali eventi: per un verso, il significativo mutamento del sistema delle fonti, con il conseguente cambiamento delle scelte assiologiche del nostro ordinamento giuridico e il noto fenomeno di c.d. de-patrimonializzazione del diritto

di ultima volontà può essere contenuta anche in un atto non avente i requisiti del testamento. Così, G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 509 ss.

civile<sup>55</sup>; per altro verso, la rilevanza assunta dalle situazioni giuridiche esistenziali<sup>56</sup>, in uno con importanti innovazioni tecniche, tecnologiche e biomediche.

Le situazioni giuridiche patrimoniali non soltanto non hanno più la centralità che, originariamente, il Codice ha consegnato alla civilistica, ma debbono, inevitabilmente, essere considerate in posizione ancillare rispetto a quelle esistenziali, con avvertimento che la stessa distinzione tra le une e le altre ha, sempre e soltanto, valore orientativo e soffre di molteplici eccezioni.

Le tracce normative della rivoluzione culturale<sup>57</sup>, che ha imposto la centralità delle situazioni esistenziali, connesse all'affermazione del valore fondamentale della persona, sono innumerevoli e difficili da richiamare unitariamente. Tra le moltissime, basti considerare le norme di cui agli artt. 2 e 3 Cost., sul riconoscimento dei diritti inviolabili della persona<sup>58</sup> e i principî del solidarismo e del personalismo<sup>59</sup>, l'art. 2 del TUE, il quale precisa che l'Unione europea si fonda sui «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia,

<sup>55</sup> C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 ss.; P. PERLINGIERI, «*Depatrimonializzazione» e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.

<sup>56</sup> Innegabile che il valore normativo ispiratore della filosofia del nostro sistema ordinamentale è la persona umana e la sua dignità. Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3 ed., Napoli, 2006, *passim*, spec. pp. 566 ss. e 597 s.; ID., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss.

<sup>57</sup> L'avvento delle costituzioni lunghe e rigide impone un radicale mutamento della teoria dell'interpretazione. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, 2017, p. 25, 55. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 965 ss.,

<sup>58</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, 2017, p. 5 ss.

<sup>59</sup> P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 39; ID., *La persona e i suoi 'diritti'. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005. N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», la Carta dei Nizza, alla quale è riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati sull'Unione Europea, l'art. 4 Cost., che impone a tutti i cittadini il dovere di contribuire al progresso materiale e spirituale della società, nonché l'art. 41 Cost., il quale riconosce la libertà d'iniziativa economica, prescrivendo che la medesima non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo di arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, nonché gli artt. 3 e 36 Cost.

Non c'è settore del diritto nel quale la portata di questi principî non sia stata dirompente; piuttosto ci sono giuristi che rifiutano, ancora, di assumere consapevolezza che l'attuale sistema delle fonti è complesso e aperto; che la Costituzione non ha valore programmatico, ma precettivo<sup>60</sup>; che ogni regola deve trovare fondamento in un principio<sup>61</sup>; che la gerarchia assiologica prevale su quella formale<sup>62</sup>; che al centro dell'universo ordinamentale c'è la persona.

Questa modifica dell'impianto culturale del nostro ordinamento giuridico si riflette sull'intero diritto<sup>63</sup> e, dunque, anche sul diritto delle successioni a causa di morte<sup>64</sup>, imponendo, per un verso, di con-

<sup>60</sup> G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 118 ss.

<sup>61</sup> G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 73 ss.

<sup>62</sup> Sul concetto di gerarchie normative, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 121 ss.; ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006, pp. 41 ss., 233-238; G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, cit., p. 169 ss.; Per tutti, sulla dimostrazione che, in forza del principio di legalità, deve darsi prevalenza al criterio assiologico, P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 195, ora in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 104; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 27.

<sup>63</sup> Sull'interconnessione tra diritto e cultura, A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. I Il concetto di diritto*, 5a ed., Milano, 1996, p. 396 ss.; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, p. 36; P. PERLINGIERI, *'Dittatura del relativismo' e 'tirannia dei valori'*, in *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, a cura di T. G. Tasso, Napoli, 2011, p. 136; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 s.

<sup>64</sup> Per tutti, le acute considerazioni di A. KEMELMAKER DE CARLUCCI MEN-

siderare con maggiore ragionevolezza<sup>65</sup> il conflitto tra l'interesse del *de cuius* a pianificare liberamente la propria successione e l'interesse dei familiari, specie quando costoro siano legittimari<sup>66</sup> e, per altro verso, di superare la lettura quasi esclusivamente patrimonialistica che di esso è stata, via via, offerta.

La centralità della persona umana, il personalismo e il solidarismo costituzionale, l'aver considerato la dignità della persona valore apicale nella moderna cultura del diritto, rende inevitabile, addirittura, impensabile non considerare le situazioni esistenziali come primarie e determinanti. Non si può revocare in dubbio né questo processo culturale, né che le scelte legate alla propria sfera esistenziale abbiano oggi un'importanza di primo ordine.

In questa prospettiva, occorre considerare che l'espressione "succedere" riguarda non soltanto i rapporti giuridici patrimoniali, ma anche e, soprattutto, quelli esistenziali<sup>67</sup>.

Decisioni sulla propria sepoltura, sulla cremazione, sui funera-

DOZA, *Prólogo*, in L.B. Pérez Gallardo, *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Ibañez, Bogotá, 2019, p. 9 s., «El punto de partida común es la constitucionalización del derecho privado, que impone *releer* el derecho sucesorio tomando como centro la persona humana. Esta centralidad exige atender a los valores jurídicos contenidos en las constituciones nacionales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos y ponerlos en equilibrio: la *libertad*, llamada hoy *autonomía*; la *igualdad real* y no meramente formal, vinculada a la *pluralidad*, y la *fraternidad*, hoy *solidaridad y protección* de las personas más vulnerables (niños, personas con discapacidad, etc. de allí que, por ej., la mayoría de las nuevas legislaciones permitan al testador mejorar el hijo con discapacidad y un importante grupo de autores comience a preocuparse seriamente sobre las relaciones entre régimen sucesorio y prestaciones alimentarias). En definitiva, el derecho de sucesiones, por su triple vinculación con la persona, la familia y el patrimonio, no es inmune a la influencia constitucional».

<sup>65</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss.

<sup>66</sup> V. BARBA, *I nuovi confini del diritto delle successioni*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 333 ss.; ID., *Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 345 ss.; R. CAPRIOLI, *I mutevoli confini della successione ereditaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 981 ss.

<sup>67</sup> V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, cit., p. 172 ss.; G. PERLINGIERI, *La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 411.

li, sul diritto morale d'autore, sulla sorte di carte, ritratti, immagini, fotografie e ricordi di famiglia, sul proprio *account* di accesso al *social network*, sull'*account* di accesso a *cloud*, sull'amministrazione dei beni dei propri figli, su tutori o amministratori di sostegno per i propri figli, sul proprio nome, sulla propria immagine, sui campioni biologici, ossia decisioni su diritti della personalità, non soltanto sono di capitale importanza, ma costituiscono, altresì, contenuti di disposizioni di ultima volontà, di cui la prassi è colma.

In sintesi, «successione a causa di morte» descrive il complesso delle vicende di rapporti giuridici, esistenziali e patrimoniali, che nella morte di un soggetto trovano il loro fondamento causale, ossia che alla morte del soggetto si realizzano in via originaria, o ne traggono una loro autonoma qualificazione<sup>68</sup>.

In questa prospettiva occorre anche ripensare alla disciplina dei contratti *post mortem*.

Gli atti idonei a realizzare una pianificazione successoria sono stati pensati, per lungo periodo, avendo riguardo alla loro struttura e tipicità. In questa chiave di lettura si diceva che l'unico atto di pianificazione ereditaria era il testamento. Per un verso, si negava, sostanzialmente la esistenza di altri atti di ultima volontà diversi dal testamento e, per altro verso, si affermava la nullità di qualunque atto tra vivi relativo alla successione in ragione del divieto di patti successori.

Il nuovo concetto di successione, in uno con la idea che si danno atti di ultima volontà diversi dal testamento e che il divieto dei patti successori esclude la validità dei soli atti tra vivi con i quali si dispone della delazione, impone di ripensare agli atti di pianificazione successoria, non più in base alla loro struttura, bensì alla loro funzione.

Il negozio *post mortem* diventa strumento capace di consentire la regolamentazione di interessi patrimoniali e non patrimoniali per il tempo in cui il soggetto avrà cessato di vivere.

Nei limiti posti dal divieto di patti successori, l'unico contenuto proibito al negozio *post mortem* è la disposizione della delazione.

In senso parzialmente diverso, E. BILOTTI, *Interesse della famiglia e interesse dell'impresa nella successione ereditaria*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 351 ss.

<sup>68</sup> G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 37 s.; ID., *Atto «mortis causa»*, cit., p. 232 s.

Esso è, quindi, capace di realizzare sia tutti gli interessi non patrimoniali, sia tutti gli interessi patrimoniali, che non importino una disposizione della delazione.

## 5. *I negozi post mortem*

### 5.1. *Premessa*

La figura dei negozi *post mortem*, in punto di fattispecie, raccoglie tutti gli atti negoziali *inter vivos* i cui effetti sono rinviati al tempo della morte, la quale è considerata all'interno del negozio quale mero accadimento avente funzione di sospendere o, semplicemente, di limitare nel tempo gli effetti del negozio<sup>69</sup>.

Dentro la categoria dei negozi *post mortem* dobbiamo considerare non soltanto i contratti, ma anche i negozi unilaterali, senza possibilità che la unilateralità possa indurre confusione con gli atti di ultima volontà. Ben possono darsi, infatti, negozi unilaterali tra vivi (e, dunque, non di ultima volontà) destinati a regolare un interesse del loro autore per il tempo successivo alla sua morte. Basti pensare, a esempio, a una promessa al pubblico, in cui il promittente si obbliga a eseguire la prestazione al tempo successivo alla sua morte.

Non v'ha, dubbio, però, che nella categoria dei negozi *post mortem* un ruolo di sicuro spicco è assunto dai contratti e, tra essi, dal mandato, almeno per l'ovvia ragione che è figura di una lunga e antica tradizione<sup>70</sup>.

Ciò però non deve indurre il convincimento che la ipotesi del mandato esaurisca la classe dei contratti *post mortem*, dacché possono ben darsi casi di altri contratti c.dd. tipici, come a esempio, il deposito o il mutuo, e, soprattutto, non può escludersi che si possano dare ipotesi di contratti c.dd. atipici. Non si può escludere, cioè, che

<sup>69</sup> Avverte R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 152, che l'interprete non può mai esimersi da un «esame penetrante della fattispecie», allo scopo di verificare se non vi sia un intento fraudatorio della legge.

<sup>70</sup> Per tutti si pensi allo studio di L. COVIELLO JR., *Il mandato post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 1930, p. 1 ss.

le parti affidino la regolamentazione di loro interessi per il tempo successivo alla morte o alla premorte di una di esse a un concreto contratto che non ha una specifica disciplina nel nostro ordinamento giuridico. Al riguardo mi sembra che costituiscano ipotesi interessanti, che trovano grandi applicazioni, sia il negozio fiduciario, sia il trust, sia il contratto di affidamento fiduciario, solo per citare le ipotesi più note.

Quella dei negozi *post mortem*, che Giampiccolo, più esattamente, aveva definito come negozi sotto modalità di morte<sup>71</sup>, è, dunque, una categoria molto ampia, rispetto alla quale una casistica è difficile da proporre e forse anche poco utile, perché si risolve in una mera elencazione di ipotesi.

Il vero problema che pongono i negozi *post mortem* è quello della loro validità, la quale si misura, sempre, con il divieto di patti successori.

In questa prospettiva ho creduto che fosse indispensabile, in via preliminare, precisare l'ambito del divieto di patti successori, dal momento che da esso dipende la stessa ammissibilità e ampiezza della figura.

<sup>71</sup> Secondo la ricostruzione di G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, cit., p. 12 ss.; ID., voce *Atto «mortis causa»*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 236, le ipotesi che oggi noi chiamiamo "negozi *post mortem*" sono, più tecnicamente, negozi sotto modalità di morte. Ciò perché la morte non aveva la forza di colorare il profilo funzionale-oggettivo del negozio, ma degradava a mera modalità dell'effetto. L'espressione "negozio *post mortem*" descrive una specie intermedia tra l'atto a causa di morte e l'atto sotto modalità di morte. Si tratta di tutti quegli atti tra vivi che in quanto contenuti in un atto testamentario non soltanto si adeguano alla speciale forma di emissione della dichiarazione, ma sono efficaci solo dopo la morte. Si tratta, a esempio, della confessione, del riconoscimento di figlio naturale (*rectius*: nato fuori del matrimonio), della dichiarazione di paternità, del riconoscimento del debito, dell'accettazione dell'eredità, della ratifica, della convalida. Si tratta di atti che possono essere compiuti sia per mezzo di un atto tra vivi, che per mezzo dell'atto testamentario. L'A. precisa che ove il soggetto compia un tale atto con la forma testamentaria, sebbene esso non diventi contenuto del testamento, la modalità di emissione della dichiarazione influenza l'efficacia dell'atto medesimo. L'atto produce i suoi effetti, per i terzi, soltanto dopo la morte dell'autore. A esempio, una confessione testamentaria sarebbe efficace, rispetto alla generalità, soltanto dopo la morte del suo autore.

A tale proposito, richiamando le considerazioni già svolte in tema di patti successori e la mia idea che il divieto intende vietare soltanto gli atti tra vivi di disposizione della delazione, è chiaro, sebbene si tratti di una anticipazione della conclusione, che debbono considerarsi validi tutti quei negozi *inter vivos* con effetti *post mortem*, che non comportino una disposizione, immediata e diretta, della delazione.

## 5.2. *Il mandato post mortem*

Tra tutti i contratti *post mortem*, il mandato è quello intorno al quale si sono concentrate la maggior parte delle considerazioni della nostra dottrina. Le ragioni non sono difficili da comprendere quando si consideri, per un verso, la straordinaria duttilità di questo tipo contrattuale e, per altro verso, la necessità di verificare la derogabilità della norma di cui all'art. 1722 c.c.

Non c'è dubbio, che il contratto di mandato, tra tutti i contratti tipici, sia quello che meglio si presta a essere utilizzato in funzione successoria. Considerando, infatti, che il contratto di mandato obbliga il mandatario a compiere uno o più atti giuridici per conto del mandante, è indubbio che quando la prestazione del mandatario sia rinviata al tempo della morte del mandante, è strumento di grande utilità e ottima flessibilità per la realizzazione di interessi *post mortem*. Si pensi, a esempio, all'incarico avente a oggetto gli atti necessari per la cremazione della persona<sup>72</sup>, la consegna di un bene di valore, ovvero una chiave di accesso a una piattaforma digitale, ovvero, tutte le possibili utilizzazioni dello strumento nella regolamentazione di interessi non patrimoniali.

Sotto un diverso profilo, l'ammissibilità del mandato *post mortem* incontra un grande ostacolo nella norma di cui all'art. 1722, n. 4 c.c.,

<sup>72</sup> G. BONILINI, *Iscrizione a «società» di cremazione e mandato post mortem*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 524 ss. L'A. ribadisce l'importanza dello strumento, osservando che è molto frequente che i familiari del defunto sia contraria alla cremazione del defunto. Per questa ragione precisa: «La volontà di cremazione, e, più in generale, circa il modo d'essere della sepoltura o della destinazione dei resti mortali, esprime un interesse che, ove non adeguatamente protetto con gli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico, rischia di essere inattuato».

che pone la regola *mandatum morte finitur*, sicché occorre indagarne la derogabilità.

La dottrina piú classica e tradizionale<sup>73</sup> era ferma nel reputare la inderogabilità della norma e, dunque, nell'escludere la validità del mandato *post mortem*.

Occorre giungere a ricostruzioni piú moderne per superare questa concezione.

Oggi si dice, infatti, che questa regola ha natura derogabile, perché ha una *ratio* e una portata applicativa diversa da quella, sempre contenuta all'art. 1722 c.c., che statuisce l'estinzione del mandato in caso d'interdizione o inabilitazione del mandante<sup>74</sup>, nonché da quella che prescrive l'estinzione del mandato in caso di morte del mandatario<sup>75</sup>.

La norma in discussione ha la funzione di evitare che gli eredi del mandante siano vincolati, nell'amministrazione del patrimonio ereditario, dalle scelte operate dal mandante e, dunque, è posta a tutela d'interessi individuali, ma non meta-individuali. A tacere del fatto che lo stesso legislatore ha previsto talune ipotesi nelle quali la morte del *dominus* non importa l'estinzione del mandato, il cui rapporto prosegue con gli eredi del mandante<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> G. CRISCUOLI, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1965, p. 556 ss., E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 320; NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1939, p. 240 ss.; DE RUGGIERO MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano - Messina, 1965, p. 396

<sup>74</sup> L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, *sub* artt. 1722-1730, 1994, p. 23. Di recente V. PUTORTÌ, *Mandato post mortem e divieto di patti successori*, in *Obbl. e contratti*, 2012, p. 738.

<sup>75</sup> Si dice che in questo caso la norma ha natura inderogabile, perché mira a tutelare interessi meta-individuali. Non soltanto l'interesse del mandante all'esecuzione dell'incarico, la quale potrebbe essere pregiudicata o impedita dalla indisponibilità o dalla incapacità tecnica degli eredi del mandatario, ma, soprattutto, l'interesse degli eredi del mandatario, i quali debbono essere liberi di scegliere, in maniera autonoma, le attività da svolgere. Così, V. PUTORTÌ, *Il mandato post mortem*, cit., p. 356.

<sup>76</sup> Salvo il recesso da parte degli eredi del mandante, sono i casi di mandato conferito nell'interesse del mandatario o di terzi, di cui all'art. 1723 Cod. civ., di mandato collettivo, di cui all'art. 1726 Cod. civ. e di mandato avente a oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa, di cui all'art. 1722, n. 4, Cod. civ.

Affermata la derogabilità della regola *mandatum morte finitur*, la validità di un mandato *post mortem* si lega alla disciplina che pone il divieto di patti successorî, dovendosi stabilire quando questo assuma una conformazione *mortis causa* e, dunque, debba dirsi nullo e quando, invece, la morte sia soltanto una modalità cronologica dell'effetto.

Sul punto la dottrina<sup>77</sup>, confortata anche dalla giurisprudenza, afferma la validità del mandato *post mortem*, quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto meramente esecutivo, avente a oggetto un bene, o un complesso di beni, di cui il mandante abbia già trasferito la titolarità al mandatario; mentre il contratto è invalido quando il mandatario sia obbligato a compiere un atto giuridico, che importa il trasferimento di un diritto di cui il mandante abbia conservato la titolarità.

Si dice, infatti, che in quest'ultimo caso, il mandatario finirebbe con il disporre, ancorché in esecuzione del mandato, di un diritto successorio, perché il «mandante conserva la disponibilità del rapporto sostanziale affidato solo in gestione al mandatario, il quale non acquista la titolarità della situazione sostanziale e svolge, quindi, pur sempre la propria attività per conto altrui»<sup>78</sup>. Con la conseguenza che i beni di cui il mandatario dispone, non essendo mai fuoriusciti dal patrimonio del mandante, sarebbero da considerare facenti parte della di lui eredità.

In conformità a questo criterio di massima, si afferma, che è valido il mandato *post mortem exequendum*, mentre invalido il mandato *mortis causa*, ossia che è valido il mandato avente a oggetto un'attività esecutiva, relativa a un'attribuzione patrimoniale già perfezionatasi, e invalido il mandato avente a oggetto un'attività che si concretizza nel trasferimento di determinati beni<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> P. GALLO, *Il contratto fiduciario*, in *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, p. 55.

<sup>78</sup> Le parole sono attinte da Cass., 25 marzo 1993, n. 3602, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1613.

<sup>79</sup> Più di recente, Cass., 15 maggio 2018, n. 11763, in *Leggi d'Italia*, che afferma questo principio di diritto: «È valido ed efficace nel nostro ordinamento, un mandato *post mortem exequendum* conferito ed accettato durante la vita del mandante ed avente per oggetto un incarico (anche se di contenuto patrimoniale».

Sotto questo profilo mi pare che si debba confermare la interpretazione che ho proposto del divieto di patti successori, dal momento che questo risultato, ormai consolidato nella nostra giurisprudenza, può meglio comprendersi considerando che il principio sotteso al divieto è la disposizione tra vivi della delazione.

Se l'atto giuridico che il mandatario si obbliga a eseguire dopo la morte del mandante è la consegna di un bene a un terzo, non v'ha dubbio che si ha una disposizione della delazione, perché il contratto realizza, sostanzialmente, una attribuzione patrimoniale a titolo particolare *post mortem*, ossia un vero e proprio legato, con l'ulteriore conseguenza che sottrae un bene al patrimonio ereditario.

Per contro, nel caso in cui il mandatario si obbliga a consegnare a un terzo un bene che il mandante ha già trasferito al mandatario, è da escludere che si sia in presenza di una disposizione della delazione, dal momento che il bene è già fuoriuscito dal patrimonio del mandante.

Il criterio suggerito aiuta non soltanto nel caso in cui il mandato consista nel compimento di un atto giuridico di attribuzione patrimoniale, ma anche in tutti i casi in cui riguardi il compimento di un atto giuridico che non implica una attribuzione patrimoniale e i casi in cui implica il compimento di un atto giuridico a contenuto non patrimoniale.

In altri termini, mentre il criterio adottato dalla giurisprudenza aiuta solo nel caso in cui il mandato riguardi il compimento di un atto giuridico di attribuzione patrimoniale, il criterio che ho proposto consente di affrontare, con maggiore consapevolezza tutti, i casi

le) da eseguirsi dal mandatario dopo la morte del mandante e per conto di questo; tuttavia, la validità di un mandato da eseguirsi *post mortem* è subordinata alla circostanza che la natura dell'affare non sia in contrasto con le norme fondamentali che disciplinano la successione *mortis causa* e in specie la successione testamentaria, atteso che la volontà del defunto, relativamente ai beni dell'eredità, non può operare, *post mortem*, che come volontà testamentaria, nelle forme, nei modi e nei limiti determinati dalla legge. Pertanto, deve essere negata validità ad un mandato contrattuale che, in qualsiasi forma e modo, comporti, attraverso l'esecuzione da parte del mandatario dopo la morte del mandante, una trasmissione *mortis causa* di beni patrimoniali, inerenti all'eredità, a favore di terze persone (*mandatum post mortem*)».

e, soprattutto quelli, che nella società contemporanea sono destinati ad assumere sempre maggiore rilevanza, nei quali si fa riferimento ad atti giuridici relativi a interessi non patrimoniali. Al riguardo, basti pensare ai casi in cui il mandatario si obbliga a compiere un atto che non ha contenuto patrimoniale, come per esempio la consegna di carte e ricordi di famiglia, o la cremazione di una persona. Si tratta di ipotesi la cui validità non credo che possa o debba essere questionata, dovendosi escludere, sicuramente, che si dia una disposizione tra vivi della delazione.

Chiariti i confini di ammissibilità del contratto di mandato *post mortem*, si pone un ulteriore problema connesso al rischio della inesecuzione dell'incarico.

La principale utilità del contratto di mandato *post mortem* si lega alla esigenza del defunto di assicurarsi in vita che il mandatario compia l'atto giuridico. Tale risultato, infatti, può essere conseguito solo con il contratto e non anche con la disposizione testamentaria, dacché in tale caso, il testatore non ha la garanzia giuridica che il soggetto esegua la disposizione. In cambio, in caso di mandato, trattandosi di contratto che vincola le parti, il mandante è tendenzialmente certo che il mandatario compirà quel determinato atto giuridico.

Il problema della non esecuzione dello incarico si lega alla disciplina dell'art. 1722, n. 1 c.c., che attribuisce al mandante e, dunque, agli eredi del mandante, quando succedono nel rapporto, il diritto di revoca. Costoro potrebbero revocare il mandato e, dunque, interdire al mandatario il compimento dell'incarico affidatogli dal mandante.

Occorre, quindi, verificare se al mandato *post mortem* trovi applicazione questa disciplina o se gli interessi che il contratto intende realizzare, impongano dei correttivi in sede di interpretazione.

Al riguardo, credo che i correttivi siano necessari, perché deve escludersi che gli eredi del mandante possano revocare il mandato. A ragionare diversamente si finirebbe con l'attribuire agli eredi del mandante un vero e proprio potere di revocare la scelta compiuta dal *de cuius*, con il risultato, paradossale, che lo strumento del contratto, da taluni reputato più sicuro e adatto alla realizzazione degli interessi del disponente, e dallo stesso mandante utilizzato nel convincimento che il vincolo derivante dal contratto non si espone al rischio di inattuazione, al quale potrebbe essere esposta la disposizione testamentaria,

potrebbe finire con il diventare uno strumento del tutto inadatto alla realizzazione di quell'interesse, proprio perché gli eredi potrebbero revocare, *ad nutum*, l'incarico conferito dal *de cuius* al mandatario.

Nel caso di mandato *post mortem*, specie se si tratti di mandato regolativo di una situazione esistenziale, deve escludersi che gli eredi del mandante abbiano un potere di revoca e, dunque, che il potere di revoca che, certamente, compete al mandante, si trasmetta a favore dei suoi eredi<sup>80</sup>. Ciò perché il potere di cambiare una decisione inerente alla pianificazione dei propri interessi *post mortem*, specialmente quando si tratti di interessi esistenziali, costituisce, non soltanto una esplicazione fondamentale della libertà di disporre, ma un vero e proprio principio fondamentale del diritto successorio, che non stenterei a considerare di ordine pubblico interno e internazionale<sup>81</sup>. Principio

<sup>80</sup> Per tutti, L. CARIOTA FERRARA, *Mandato «post mortem» e disposizione sulla sepoltura*, in *Foro lomb.*, 1934, cc. 745 s., e 749 s. L'A., inoltre, ha cura di precisare, con argomenti largamente condivisibili, non ripresi dalla letteratura più moderna, ma straordinariamente attuali, che il mandante in alcuni casi potrebbe non voler escludere che i propri eredi possano revocare l'incarico, mentre in altri casi, anche in ragione dell'interesse regolato e della sua natura, può darsi che «voglia il mandato a ogni costo, indipendentemente da una rispondenza di esso alla volontà e agli interessi degli eredi, anzi lo voglia contro la loro volontà». Sulla base di questa ricostruzione, la dottrina più moderna ha escluso che gli eredi del mandante possano revocare l'incarico, ancorché esso sia stato conferito per contratto. Si vedano anche i riferimenti alla nota n. 40.

<sup>81</sup> In tema di ordine pubblico internazionale, si veda: V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: Límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario*, in *Diario La Ley*, 2000, 1-9; ID., *Regimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario*, in *Diario La Ley*, No 5876, Sección Doctrina, 22 Oct. 2003, 2003, pp. 1657-1663; ID., *Efectos en España de la gestión por sustitución llevada a cabo en el extranjero*, in *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377; ID., *Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?*, in C. G. coord. por Nuria Bouza i Vidal, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 146-181; ID., *La relatividad esférica del orden público internacional. Una descripción básica*, in proceso de publicación, leído merced a la cortesía del Autor; G. PERLINGIERI, & G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli 2019, p. 3 ss.

che deve applicarsi anche al contratto quando, come in questo caso, esso abbia una evidente funzione successoria, ossia di pianificazione della propria successione o di taluni profili della propria successione.

Sotto un diverso profilo, se, da un lato, deve ammettersi che gli eredi del mandante non possano revocare il mandato, dall'altro deve ammettersi che il mandante possa revocare il mandato in qualunque momento.

Al di là dalla previsione contenuta nell'art. 1722, comma 1, n. 2, c.c. e di quella di cui all'art. 1723 c.c., non credo si possa dubitare che il mandato debba considerarsi sempre revocabile da parte del mandante. Anzi, dovrà dirsi che la revocabilità non può essere esclusa neppure nel caso in cui il mandato, sebbene sia difficile immaginarlo, fosse conferito nell'interesse del mandatario o di un terzo. Nell'ipotesi di contratto di mandato destinato a regolare una situazione esistenziale *post mortem* della persona, non può tollerarsi una compressione del potere del disponente di modificare, fino all'ultimo istante, la propria decisione. Sicché la stessa fermezza del contratto, che pure si considera il suo tratto caratterizzate, è costretta a cedere di fronte alla funzione che il concreto atto è destinato a realizzare, testimoniando che la disciplina dell'atto non dipende da un astratto giudizio di sussunzione, bensì da una valutazione della concreta funzione, avendo riguardo al rapporto giuridico concretamente regolato.

### 5.3. *Contratti post mortem in alcune applicazioni della giurisprudenza italiana*

Il mandato *post mortem* costituisce una delle ipotesi più significative e rilevanti dei contratti *post mortem*, ma come ho detto non è la unica applicazione possibile. Anche allo scopo di verificarne le potenzialità e di considerare in una visione di assieme la posizione della giurisprudenza italiana, credo che possa essere importante prendere in considerazione i casi che si sono presentati.

Ciò per almeno due ordini di ragioni: per un verso, per analizzare il criterio con il quale la nostra giurisprudenza distingue tra contratti validi e contratti invalidi in considerazione del divieto di patti successori e, per altro verso, per offrire una casistica di applicazioni concrete.

Rispetto al primo punto di vista, come già ho avuto modo di precisare discorrendo del divieto di patti successori, la posizione della giurisprudenza italiana non si è molto allontanata dai risultati conseguiti con la famosa sentenza del 1971, che continua a costituire il criterio basilare attraverso il quale tracciare lo spartiacque tra i contratti *post mortem* validi e nulli. Questa indagine si compie, ovviamente, nell'orizzonte concettuale già proposto da Giampiccolo, che suggerisce di differenziare a seconda che la morte sia un avvenimento che caratterizza l'atto sotto un profilo oggettivo-funzionale, ovvero una mera modalità di produzione dell'effetto. Può, tuttavia, segnalarsi che in tempi più recenti, con l'affermarsi sempre più convinto dell'idea che la causa del contratto non possa essere valutata in astratto, ma debba essere sempre considerata in concreto, assumendo che essa esprima la sintesi (e, dunque, la ragione pratica) degli effetti reali dei contraenti, indipendentemente dallo schema o dal tipo utilizzato<sup>82</sup>, le valutazioni dei singoli casi, ancorché svolte sempre con il medesimo criterio, hanno consentito una più adeguata valutazione degli interessi concreti.

Si direbbe, quindi, che pur mantenendosi fermo il criterio utilizzato per distinguere tra contratti validi e invalidi, l'analisi della giurisprudenza sia divenuta più attenta agli interessi del singolo caso.

Attraverso queste coordinate credo che possano e debbano essere lette le sentenze della nostra giurisprudenza dagli anni Ottanta e fino a oggi, non senza rilevare che i casi in cui si afferma la nullità sono marcatamente in contrasto con il divieto di patti successori.

In particolare, la giurisprudenza ha affermato la nullità della scrittura con la quale una sorella aveva acconsentito al trasferimento ai suoi due fratelli della nuda proprietà degli immobili del padre, a fronte dell'impegno assunto da costoro di corrisponderle una somma di danaro<sup>83</sup>, la nullità del patto con il quale un soggetto aveva trasferito

<sup>82</sup> Per tutte, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, p. 2203, sulla quale si vedano le considerazioni di ANDR. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa in concreto*, in *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazioni e contratti. Atti del convegno*, a cura di G. Perlingieri, O. Clarizia, A. Lepore e A. Fachechi, Napoli, 2015, p. 25 ss.

<sup>83</sup> Cass., 19 novembre 2009, n. 24450, cit.

una somma di danaro ad altro, a tacitazione dei diritti di legittima<sup>84</sup>, nonché la nullità del contratto trilaterale con il quale una parte deposita presso altra una somma di danaro, attribuendo a un terzo il diritto di pretendere la restituzione delle somme depositate dopo la morte del depositante<sup>85</sup>. Si tratta, quindi, di ipotesi nelle quali è evidente che il contratto, indipendentemente dal modo in cui le parti abbiano costruito l'operazione economica sottesa sia sostanzialmente volto a realizzare una disposizione tra vivi della delazione.

Ancora, la giurisprudenza ha affermato la nullità del contratto con il quale un soggetto attribuisce il diritto personale di godimento del proprio immobile ad altri, con decorrenza dal tempo della propria morte<sup>86</sup>, non tanto perché esso possa essere considerato una ipotesi di donazione *si praemortiar*, ma in quanto si trattava di un patto avente a oggetto un'istituzione di erede. In altri termini, la Suprema Corte, come è giusto che accada, non muove dalla qualificazione, per poi trarre la conseguenza, bensì dalla funzione del singolo negozio.

Infine, è stata dichiarata la nullità del patto con il quale due acqui-

<sup>84</sup> Cass., 26 agosto 2002, n. 12474, in *Arch. civ.*, 2003, p. 694, la quale ha cassato la sentenza di appello che, pur avendo accertato la nullità del patto, ha escluso l'obbligo di restituzione delle somme versate al rinunciante in esecuzione del patto, in applicazione dei principî relativi all'indebito oggettivo, erroneamente ipotizzando che le somme corrisposte dovessero, addirittura, considerarsi siccome attribuzioni compite a titolo liberale, «senza nemmeno darsi carico di individuare da quali elementi fosse desumibile nella specie l'*animus donandi* (e senza porsi il problema della esistenza dei requisiti di forma previsti per un atto di liberalità)».

<sup>85</sup> Cass., 17 agosto, 1990, n. 8335, cit., p. nella cui motivazione si legge: «nel caso di specie [...] il diritto alla restituzione della somma data in deposito è stato attribuito [...] al terzo ] con effetto dalla morte del disponente, intendendo questi, come si è detto, assicurarle «una vita dignitosa e conforme al grado sociale»: tipica disposizione, dunque, a causa di morte, concretatasi, però, in un contratto che, per i vincoli che importava, correttamente è stato considerato *contra legem*».

<sup>86</sup> Cass., 24 aprile 1987, n. 4053, in *Riv. not.*, 1987, p. 582 e in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 725, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1651, con nota critica di G. AZZARITI, *Alloggio familiare con arredamento dato in comodato, fallimento «post mortem» del comodante, pretesa restituzione dell'oggetto alla massa fallimentare*. La massima è annotata anche in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 91, da A. CHIANALE, *Osservazione sulla donazione mortis causa*.

renti di un bene immobile, in comunione, stabiliscono che la quota di ciascuno debba successivamente trasferirsi a chi dei due sopravviva<sup>87</sup> e la nullità della transazione conclusa da uno dei potenziali eredi, quando il *de cuius* era ancora in vita, con la quale egli rinuncia ai diritti vantati, anche quale legittimario, sulla futura successione, ivi incluso il diritto a fare accertare la natura simulata degli atti di alienazione posti in essere dall'ereditando<sup>88</sup>.

Si tratta di ipotesi nelle quali la nullità era sostanzialmente inevitabile dacché il contratto diventa, come è facile intendere, lo strumento attraverso il quale si compie un vero e proprio atto di disposizione della delazione.

Decisamente piú interessanti sono i casi nei quali la nostra giurisprudenza ha affermato la validità di contratti *post mortem*.

È stata affermata la validità del negozio con il quale una zia si riconosce debitrice di una certa somma nei confronti di una nipote per l'assistenza prestatale, stabilendo che l'ultima avrebbe conseguito il dovuto alla morte della zia stessa, salvo che, prima, non fosse venduto un appartamento<sup>89</sup>; la validità di un contratto di vendita dissimulante un atto liberale, con il quale un soggetto aveva trasferito la nuda proprietà di un bene immobile, riservando a sé l'usufrutto<sup>90</sup>. In

<sup>87</sup> Cass., 18 agosto 1986, n. 5079, in *Leggi d'Italia*.

<sup>88</sup> Cass., 16 giugno 2018, n. 15919, in *Leggi d'Italia*.

<sup>89</sup> Cass., 3 marzo 2009, n. 5119, in *Notariato*, 2009, p. 622 ss., con nota di M.T. LIGOZZI, *Sulla presunta erosione del divieto di patti successori*, nella quale si legge: «la convenzione [...] costituisce un negozio *inter vivos* in quanto con essa [...] la zia] ha disposto la suddetta attribuzione patrimoniale in favore [...] della nipote] con la sottoscrizione della convenzione stessa, riconoscendosi già da allora debitrice della nipote per le causali ivi indicate, prevedendo soltanto, quanto all'estinzione del debito riconosciuto, il suo differimento dopo la sua morte, nell'ipotesi di mancata vendita in vita dell'appartamento». La sentenza è commentata da M.T. LIGOZZI, *Il commento*, *ivi*, p. 628 la quale segnala che, applicando il noto pentalogio proposto dalla giurisprudenza nel 1971, «non può non condividersi la conclusione della Corte di legittimità nel senso di ritenere la convenzione in oggetto un atto *inter vivos*, in cui l'elemento morte - lungi dall'essere un elemento funzionale - rappresenta, invece, un mero elemento temporale».

<sup>90</sup> Cass., 9 maggio 2000, n. 5870, cit., p. 227. La sentenza, dopo aver pedissequamente ripreso il noto pentalogio delle condizioni al ricorrere delle quali può

entrambe le ipotesi è evidente che non si dispone affatto della delazione; i contratti producono immediatamente l'effetto, che si realizza in modo stabile, essendo soltanto rinviata la sua produzione a un momento futuro.

Ancora, è stata affermata la validità di una clausola contenuta in un contratto di assicurazione per infortunio, la quale esclude la trasmissibilità agli eredi del diritto all'indennità per invalidità permanente, sempre che prima della morte dello stesso assicurato - per causa indipendente dall'infortunio - l'importo dell'indennità non fosse stato liquidato, oppure offerto<sup>91</sup>.

Più di recente, è stata affermata la validità di un contratto di vita-

dirsi ricorrere un patto successorio, esclude che il negozio in parola possa considerarsi nullo, in quanto dissimulante un patto successorio. «Nel caso in esame non v'è dubbio che si è in presenza di atto *inter vivos*, e non *mortis causa*, perché [Tizia] ha disposto del suo bene attualmente, trasferendo immediatamente la nuda proprietà del bene stesso, con relativi diritti e oneri a favore e a carico degli acquirenti, riservandosi l'usufrutto vita natural durante. Né vale a qualificare l'atto *mortis causa* il fatto che con la morte della venditrice gli acquirenti conseguono la piena proprietà del bene, perché trattasi non di un effetto contrattuale ma di una conseguenza legale dell'estinzione dell'usufrutto». Il tutto a tacere del rilievo che secondo la Cassazione nel caso di specie mancherebbe proprio il patto, in quanto «il negozio assertivamente dissimulato [...] è del tutto estraneo alla nozione di patto successorio, dovendo questo consistere in un accordo tra le parti diretto a far sorgere un vero e proprio *vinculum juris*, di cui la successiva disposizione testamentaria costituisce in concreto l'adempimento».

<sup>91</sup> Cass., 23 aprile 1992, n. 4912, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 727, con nota di N. DI MAURO, *Patto di intrasmissibilità mortis causa del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successori*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1087, con nota critica di D. DI COLA, *Sull'accertamento dei patti successori*, in *Vita not.*, 1995, p. 135, con nota critica di S. DI BLASI, *Assicurazione contro gli infortuni. Clausola d'intrasmissibilità agli eredi*, nella cui motivazione si legge: «con la clausola in esame viene circoscritta l'operatività della polizza con riguardo ai soggetti beneficiari e viene fissato, a tal fine, il carattere personale della predetta indennità, per cui la morte dell'assicurato lungi dal comportare l'attribuzione di beni o diritti successori, segna il momento finale ed estintivo dell'obbligazione assunta dall'assicuratore, salva l'eccezione, già ricordata della precedente quantificazione od offerta dell'indennità, da intendersi come già acquisita al patrimonio dell'assicurato. Non è poi ravvisabile il patto successorio dispositivo né quello rinunciativo, perché l'assicurato non dispone dei diritti che potrebbero derivargli da una successione a terzi e, tanto meno, rinuncia agli stessi diritti».

lizio con il quale il trasferimento del bene è differito al tempo della morte del vitaliziato, stabilendo, altresì, che il vitaliziante, in caso di necessità, avrebbe potuto vendere il bene da trasferire al vitaliziante, che in questo caso avrebbe avuto diritto a un equo compenso per l'attività prestata<sup>92</sup> e la validità di una scrittura con la quale due fratelli avevano determinato il conguaglio che uno avrebbe dovuto pagare all'altro, in relazione al maggior valore dei beni rispettivamente ricevuti ed acquistati per donazione dalla loro madre<sup>93</sup>.

La giurisprudenza offre, dunque, una casistica assai interessante e deve apprezzarsi, sicuramente lo sforzo compiuto di affermare la validità del contratto in tutti quei casi nei quali, avendo riguardo agli

<sup>92</sup> Cass., 11 novembre 1988, n. 6083, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1163, con nota di E. CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, nella cui motivazione si intuisce che la Cassazione ha escluso la natura del patto successorio in ragione del presunto diritto di revoca che il vitaliziato si era riservato: «avendo appunto considerato tale riserva, sia pure condizionata al verificarsi della indicata situazione, che consentiva [...] al vitaliziato] di disporre in vita dei propri beni, correttamente la Corte del merito ha escluso che potesse ravvisarsi la esistenza di un patto successorio, vietato dall'art. 458 c.c., il quale richiede, tra l'altro, l'irrevocabilità della manifestazione di volontà del cedente». La soluzione non convince. La Cassazione ipotizza che la *ratio* del divieto del patto istitutivo stia nella tutela della libera revocabilità dell'atto d'ultima volontà, con la conseguenza che, nel caso di specie, poiché tale libertà non parrebbe compromessa, non sussisterebbero ragioni per escludere la validità del patto concluso. L'argomento non soltanto non convince, perché porta un'inversione logica di causa ed effetto, senza tener conto del principio sotteso al divieto, ma risulta, financo, pericolosa. Perché a ragionar così, si finirebbe con l'ammettere la validità di tutti i patti successorii istitutivi, che prevedano un diritto di recesso *ad nutum* del disponente. Per quanto possa essere vero che il divieto del patto successorio istitutivo possa giustificarsi in ragione del principio di libertà, non deve dimenticarsi che il principio sotteso al divieto è nell'indisponibilità convenzionale della delazione successoria e che il divieto serve non già a evitare un risultato *tout court*, bensì il risultato in quanto raggiunto con quel determinato mezzo tecnico. Nel caso di specie, dunque, la presenza del diritto di revoca avrebbe dovuto far pensare alla nullità del patto, dacché l'interesse realmente perseguito dalle parti è perfettamente corrispondente a quello tipico del testamento. Motivazioni analoghe a quelle che hanno suggerito proprio alla giurisprudenza di legittimità e alla dottrina di considerare nulla, per violazione del divieto di patto successorio la c.d. donazione *mortis causa*.

<sup>93</sup> Cass., 27 novembre 2015, n. 24291, in *Leggi d'Italia*.

interessi concretamente realizzati, il negozio non costituisce lo strumento con il quale si realizza un atto di disposizione della delazione, ma si compie una attribuzione patrimoniale immediatamente vincolante tra le parti, i cui effetti vengono sostanzialmente differiti al *dies mortis* di una.

A queste ipotesi debbono, ovviamente, aggiungersi tutte quelle, per vero molto importanti nella nostra attuale economia e di grandissima attualità, aventi a oggetto trust con funzione successoria.

Si tratta dei casi in cui un soggetto, detto disponente, trasferisce un bene o un complesso di beni al *trustee*, affinché costui amministri il bene o il complesso di beni per un certo periodo e provveda al tempo della morte del disponente ad attribuire i beni ai soggetti beneficiari, i quali potranno essere indicati o direttamente nel contratto di trust, o in atto separato o, addirittura nel testamento.

Non diversamente debbono considerarsi le ipotesi, strutturalmente non molto diverse da quelle del trust, ma funzionalmente distinte, dei contratti di affidamento fiduciario, la cui prestazione debba essere eseguita a favore dei beneficiari al tempo della morte del disponente.

Ciò che caratterizza sia il trust sia il contratto di affidamento fiduciario è che i beneficiari individuati dal disponente, indipendentemente dal fatto che siano già individuati nel contratto o che siano individuati successivamente, o che siano individuati per testamento, debbono considerarsi titolari di un mero diritto di credito. Ossia il diritto a pretendere da parte del *trustee* o dell'affidatario beni per un valore corrispondente alla quota di loro spettanza.

In questo modo si spiega e giustifica anche il dinamismo della gestione compiuta da parte del *trustee* o dall'affidatario. Costoro sono chiamati ad amministrare il bene o il complesso di beni loro affidato da parte del disponente in modo dinamico. Possono, pertanto, vendere i beni affidati e comprare nuovi beni, possono investire i frutti dei beni amministrati e possono anche con frutti e proventi acquistare nuovi beni. Il dinamismo della gestione implica che il patrimonio inizialmente affidato può essere, qualitativamente e quantitativamente, diverso dal patrimonio esistente al tempo in cui esso deve essere distribuito ai beneficiari. Ciò implica che il diritto dei beneficiari non può essere il diritto a pretendere (una quota del) il bene o il complesso dei beni (che potrebbe materialmente non esistere più), ma il

diritto a un valore, ossia il diritto a ricevere i beni del trust per un valore corrispondente alla quota che spetta a ciascuno<sup>94</sup>.

Al di là del meccanismo tecnico, non si può revocare in dubbio che il trust *post mortem* e il contratto di affidamento fiduciario *post mortem* costituiscano delle ipotesi di contratti *post mortem* di straordinaria importanza e di grande interesse, nei confronti delle quali l'atteggiamento della nostra giurisprudenza è di grande apertura.

Non soltanto la giurisprudenza ammette la validità di queste ipotesi, ma esclude anche che il trasferimento del bene o del complesso dei beni dal disponente al *trustee* costituisca un atto a titolo gratuito. La giurisprudenza chiarisce che il trasferimento a favore del *trustee* o dell'affidatario è strumentale, dacché costoro ben lungi dall'arricchirsi per effetto di detto trasferimento, assumo l'ufficio di amministrare i beni, per poi trasferirli ai beneficiari.

Il trasferimento dal disponente al *trustee* non è un atto liberale, pertanto, non è soggetto alla imposta prevista per gli atti di liberalità (la imposta di successione), ma a una imposta in maniera fissa (imposta di registro), essendo rinviata la imposizione al momento in cui si realizza l'attribuzione patrimoniale a favore dei beneficiari. Ne viene che il trust con effetti *post mortem* è perfettamente valido, integrando gli estremi di una donazione indiretta a favore dei beneficiari, i cui effetti sono rinviati al momento della morte del disponente<sup>95</sup>.

In conclusione, il trust *post mortem* e l'affidamento fiduciario *post mortem* costituiscono le ipotesi di maggiore interesse nella nostra contemporaneità, sia per la duttilità dello strumento, capace di adattarsi ai singoli casi e realizzare una pianificazione successoria *inter vivos*, sia per la disciplina fiscale, che è divenuta abbastanza vantaggiosa, sia, infine, perché la nostra giurisprudenza è sostanzialmente incline a considerare entrambe le ipotesi perfettamente valide, esclu-

<sup>94</sup> Per questa ricostruzione e per i suoi sviluppi mi rinvia a V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, p. 1 ss.; ID., *Disposición testamentaria para realizar la afección de bienes en derecho italiano. Una hipótesis más allá del patrimonio protegido y del trust*, in *Revista Boliviana de derecho*, n. 28, julio 2019, pp. 204-247.

<sup>95</sup> Cass., 26 novembre 2019, n. 30821, in *Leggi d'Italia*; Cass., 26 ottobre 2016, n. 21614, in *Leggi d'Italia*.

dendo, salvo i casi eccezionali in cui abbiano la sola funzione di realizzare una attribuzione *mortis causa*, che esse possano integrare una violazione del divieto di patti successori.

#### 5.4. *Conclusioni*

L'analisi svolta consente di affermare che nella giurisprudenza e nella dottrina italiana il divieto di patti successori è tendenzialmente spiegato avendo riguardo alle sue *rationes* e il confine tra contratti *post mortem* validi e nulli si muove in una valutazione che ha, tendenzialmente, riguardo alla struttura o agli effetti del negozio.

Il criterio distintivo tra patto successorio vietato e contratto *post mortem* valido poggia, tendenzialmente, su dati di struttura che, in parte, hanno riguardo all'oggetto stesso dell'atto dispositivo, proponendosi di verificare se esso costituisca, modifichi o estingua diritti relativi a una successione non ancora aperta e, in parte, all'effetto realizzato, valutando se l'atto produca un effetto immediato, tale che il diritto fuoriesca dalla sfera di disponibilità del suo autore, impegnandolo irrevocabilmente sin da subito, ove pure la titolarità sia destinata a trasferirsi al tempo della morte dello stesso disponente, ovvero nessun effetto immediato, essendo tutti rinviati al tempo della morte del disponente, senza che l'ultimo abbia a perdere il controllo, la disponibilità e il potere dispositivo sul diritto.

Tale criterio, certamente utile ai fini di sciogliere il dubbio rispetto alle ipotesi più semplici e tradizionali, non riesce, dal mio punto di vista, a offrire una risposta univoca nei casi più complessi che, a mano a mano, sono stati suggeriti dalla dottrina come valida alternativa testamentaria.

Diventa, dunque, indispensabile un'indagine di tipo funzionale, che, muovendo dal principio sotteso al divieto di patti successori valuti la funzione che il singolo contratto, al di là della lettera e del tipo, svolge nel singolo caso concreto, in modo da verificarne la conformità o difformità rispetto all'ordinamento.

Movendo dalla idea che il divieto di patti successori si possa e si debba spiegare come divieto di disporre per atto tra vivi della delazione, credo che possa semplificarsi l'indagine volta a stabilire il di-

scrimine tra negozi *post mortem* validi e nulli, ma soprattutto che si possa anche semplificare l'attività del giurista che voglia offrire strumenti negoziali tra vivi utili per realizzare una adeguata pianificazione successoria.

In questa prospettiva deve sicuramente considerarsi ammissibile qualunque negozio con effetti *post mortem* con il quale il soggetto regola i propri interessi personali. Il carattere non patrimoniale esclude che il negozio possa considerarsi, immediatamente e direttamente, dispositivo della delazione e, dunque, nullo per violazione del divieto. Ciò solo consente di affidare ai negozi *post mortem* la regolamentazione di tutti gli interessi esistenziali. Precisandosi, pertanto, che il soggetto può pianificare per il tempo successivo alla sua morte tali interessi sia con il testamento, sia con l'atto di ultima volontà diverso dal testamento, sia con il contratto *post mortem*. Dovendosi, piuttosto, verificare, specie nel caso in cui il soggetto ne affidi la disciplina a un atto di ultima volontà diverso dal testamento, se per la sua validità sia sempre richiesta la capacità di agire del causante o se non possa, come credo, considerarsi sufficiente la sola capacità naturale<sup>96</sup>.

Debbono considerarsi ammissibili anche tutti quegli atti regolativi di interessi patrimoniali che non incidono, immediatamente e direttamente, sulla delazione. In questa prospettiva e attraverso il riferimento a questo criterio è facile individuare i limiti di ammissibilità di un mandato *post mortem*, di una assicurazione a favore del terzo *post mortem* e, in genere, di un contratto a favore del terzo la cui prestazione debba essere seguita dopo la morte dello stipulante, di una rendita *post mortem*, di un deposito *post mortem*, di una promessa unilaterale *post-mortem* e, ovviamente, del trust *post mortem* e del contratto di affidamento fiduciario *post mortem*.

Questo pedante elenco è soltanto indicativo e richiama le poche ipotesi alle quali ho fatto riferimento in questo articolo e sulle quali ho svolto qualche considerazione; le ipotesi sono molte altre e assai più vasto il catalogo dei negozi *post mortem* idonei a offrire una valida regolamentazione di interessi per il tempo successivo alla morte del causante e, dunque, una pianificazione successoria *inter vivos*.

<sup>96</sup> La tesi è svolta da V. BARBA, *Testamento y actos de última voluntad en el derecho italiano*, en *Derecho Privado y Constitución*, 2019 35, pp. 11-55.

Solo per richiamare un'altra ipotesi, sulla quale mi sono già espresso<sup>97</sup>, può pensarsi alla rinuncia alla azione di restituzione contro i terzi, ossia l'atto con cui il potenziale legittimario rinuncia, prima dell'apertura della successione, alla eventuale azione di restituzione contro il terzo. La validità di questo atto a me non sembra revocabile in dubbio, dal momento che non si tratta di un atto con cui si dispone della delazione, né di un atto nullo per violazione delle norme in materia di tutela dei legittimari. Ciò significa che questo negozio unilaterale di pianificazione successoria non soltanto è valido quando sia un puro negozio unilaterale, ossia un negozio di pura rinuncia, ma anche quando sia fatto verso corrispettivo e, dunque, quando diventi parte di un più ampio contratto di cui costituisce una prestazione.

Tutti i casi analizzati dimostrano, dal mio punto di vista che l'idea che il divieto dei patti successori debba essere inteso come divieto di disporre tra vivi della delazione costituisce una contemporanea chiave di lettura per comprendere i negozi *post mortem*.

Ho provato a ripensare al negozio *post mortem*, ridisegnanone i confini sulla base di una triplice riflessione. In primo luogo, assumere consapevolezza che i negozi *post mortem* sono sempre atti *inter vivos*, sicché è indispensabile distinguere tra atti *inter vivos* e atti di ultima volontà, consapevoli che la categoria degli atti a causa di morte può riguardare gli uni e gli altri. In secondo luogo, tener conto che il diritto successorio contemporaneo non è soltanto patrimoniale, sicché nella pianificazione successoria è indispensabile considerare anche gli interessi esistenziali. Infine, ripensare al divieto di patti successori, individuando il principio giustificativo del divieto, in modo da poter stabilire con maggiore coerenza e minore arbitrarietà il confine tra contratti validi e contratti nulli.

Una pianificazione successoria che risponda alle esigenze della contemporaneità, seppur richiede alcune modificazioni della legge, richiede, in primo luogo, una interpretazione che, nel quadro dei principi e dei valori dell'ordinamento giuridico, sappia offrire soluzioni ragionevoli e capaci di rispondere alle esigenze della modernità.

<sup>97</sup> V. BARBA, *Circolazione del bene di provenienza donativa e tecniche negoziali per la c.d. stabilizzazione dell'acquisto da parte di terzi*, in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 2018, pp. 51-111.



## La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo

SOMMARIO: 1. Assicurazione sulla vita a favore di terzo e successione. – 2. Assicurazione sulla vita: la sua natura ed i caratteri che la distinguono dall'assicurazione contro i danni. Dinamiche evolutive attuali. – 3. Acquisto del terzo beneficiario. – 4. Modi di estinzione del diritto del terzo. - 4.1. Il “rifiuto”. - 4.2. La sopravvenuta inefficacia della designazione *ex art.* 1922 - 4.3. La premorienza del terzo. - 4.4. La revoca della designazione. - 4.5. Il riscatto. - 4.6. La risoluzione di diritto *ex art.* 1924. - 4.7. Prescrizione del diritto. – 5. *On line insurance*, polizze vita e diritti del terzo.

### 1. *Assicurazione sulla vita a favore di terzo e successione*

Non tutti gli *assets* finanziari entrano in successione, così leggendo l'art. 1920, il capitale e rendita in un'assicurazione sulla vita non entrano nell'asse ereditario in quanto il beneficiario acquista, per effetto della designazione, un diritto proprio nei confronti dell'assicuratore<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Si veda da ultimo Cass., 15 ottobre 2018, n. 25635, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 16 ottobre per la quale «(n)el contratto di assicurazione per il caso di morte, il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1920, comma 3, c.c., un diritto proprio che trova la sua fonte nel contratto e che non entra a far parte del patrimonio ereditario del soggetto stipulante e non può, quindi, essere oggetto delle sue (eventuali) disposizioni testamentarie né di devoluzione agli eredi secondo le regole della successione legittima». In senso analogo la giurisprudenza di merito ha puntualizzato che «nel contratto di assicurazione per il caso di morte, il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1920, comma 3, c.c., un diritto proprio che trova la sua fonte nel contratto e che non entra a far parte del patrimonio ereditario del soggetto stipulante e non può, quindi, essere oggetto delle sue (eventuali) disposizioni testamentarie né di devoluzione agli eredi secondo le regole della successione legittima»: così Trib. Potenza, 8 gennaio 2020, n. 19, in *De Jure*. Si evidenzia anche come «nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo il beneficiario acquista, per effetto della designazione, un diritto proprio

In base all'art. 1923 c.c. si prevede poi che «sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni». Resta il fatto che d'altra parte il contratto di assicurazione della vita per il caso della morte, attraverso il meccanismo dell'intestazione del credito assicurativo al beneficiario, può rappresentare uno strumento che consente il passaggio generazionale dal *de cuius* assicurato.

nei confronti dell'assicurazione: egli, dunque, non acquista il diritto al pagamento dell'indennità a titolo di legato o di quota ereditaria, ma iure proprio in base alla promessa fatta dall'assicuratore di pagare il capitale al momento del verificarsi dell'evento assicurato. Conseguentemente, l'obbligazione di pagamento gravante sull'assicuratore discende esclusivamente dal contratto di assicurazione e dalla designazione del beneficiario, mentre la morte dell'assicurato, evento assicurato, rappresenta il momento di consolidamento del diritto già acquisito *inter vivos* e non *mortis causa*; Non cadendo in successione e non rientrando nell'asse ereditario, le polizze vita non vengono computate per formare le quote degli eredi». Queste considerazioni rilevano nel caso in cui beneficiari siano indicati genericamente gli eredi. «Deve ritenersi che il capitale assicurato deve suddividersi per quote uguali tra i successibili "ex lege" al momento della morte dell'assicurato, senza che assuma rilevanza la distinzione, propria delle regole della devoluzione ereditaria, tra chiamati diretti e chiamati in rappresentazione; posto che le quote si individuano al momento della morte dell'assicurato»: così Trib. Livorno, 8 luglio 2019, n. 752, *Banda dati De Jure*.

Questo vuole anche dire che l'acquisto del terzo non segue le regole di successione legittima e testamentaria, per cui «la nomina nel testamento di un terzo quale erede universale di per sé sola non prevale sulla designazione degli eredi legittimi quali beneficiari di una polizza assicurativa sulla vita effettuata dal *de cuius* nel contratto di assicurazione. Al contrario, nel testamento è possibile che il testatore revochi espressamente la designazione dei beneficiari della polizza e nomini un nuovo beneficiario di quel contratto assicurativo: in tal caso il diritto alla riscossione delle somme dovute spetta al beneficiario nominato nel testamento»: Cass., 15 ottobre 2018, n. 25635, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1238 e in senso conforme Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, *ivi*. Altro è dare rilevanza in via interpretativa della clausola di designazione delle regole successorie. Così «Qualora in un contratto di assicurazione sulla vita per il caso di morte siano stati designati come beneficiari gli eredi legittimi dello stipulante, tale riferimento vale a identificare coloro che, in astratto, siano i successibili "ex lege" al momento della morte dell'assicurato, indipendentemente dalla loro effettiva vocazione, laddove la successiva istituzione testamentaria di uno di questi ultimi quale erede universale non è di per sé idonea a manifestare univocamente la volontà di revoca, anche tacita, della designazione avvenuta nel contratto»: Cass. 21 dicembre 2016, n. 26606, in *Foro it.*, 2017, 4, I, 1355.

Il contratto di assicurazione sulla vita, come noto, vede come contenuto il pagamento di un premio da parte del contraente verso il diritto alla corresponsione da parte di un'impresa di assicurazione di un capitale o di una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana. Il caso della stipulazione a favore di terzo, previsto dall'art. 1920 c.c., riguarda le polizze vita per il caso della morte siano esse polizze a vita intera siano esse polizze temporanee caso morte siano esse polizze miste che vedono distinti capitali a seconda che ad una certa data si abbia la sopravvivenza o la morte dell'assicurato. Nell'assicurazione a vita intera l'assicuratore garantisce la prestazione assicurativa al beneficiario in caso di decesso dell'assicurato in qualunque momento questo avvenga. La scadenza del contratto coincide appunto con la "vita intera". In caso invece di polizze temporanee la compagnia si impegna a corrispondere un capitale ai beneficiari del contratto, scelti dal contraente o dall'assicurato al momento della sottoscrizione, nel caso in cui l'assicurato muoia entro un periodo di tempo predefinito. Il contraente potrà infatti essere persona diversa dall'assicurato e potrà aversi la polizza sulla vita di un terzo che sarà valida solo in caso di consenso di questi *ex art. 1919, II comma*.

Il beneficio a favore di un terzo in caso di morte dell'assicurato rappresenta un flusso finanziario che può trovare la propria giustificazione in concreto nella necessità di effettuare un passaggio generazionale dall'assicurato al terzo, attraverso un contratto stipulato quando l'assicurato sono in vita. Non solo, ma il capitale ultimo potrebbe non essere parte del patrimonio in successione del defunto assicurato con particolare riguardo alle polizze finanziarie che vedono fluttuazioni in dipendenza dell'andamento degli indici o dei fondi di investimenti cui è collegata la determinazione del capitale/rendita.

La descrizione da ultimo riportata apre all'interrogativo se il passaggio generazionale sia *mortis causa* o *inter vivos* qualificazione rilevante con particolare riguardo all'applicazione del regolamento 650/2012 in materia di successioni internazionali<sup>2</sup>, oltre che a riflessioni in materia di patti successori.

<sup>2</sup> V. C. PERNICE, *Life insurance, mortis causa contract and application of the Regulation EU 650/2012*, in S. Landini (a cura di), *Insights and proposals related*

Al fine di verificare se il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo rappresenti o meno un'ipotesi di patto successorio codificata occorre preliminarmente verificare il momento e le modalità dell'acquisto del beneficiario onde poter stabilire se tale acquisto sia o meno frutto di un vero e proprio patto successorio.

Si suole dire che si ha patto successorio allorché si è in presenza di una convenzione con cui una delle parti abbia inteso provvedere alla propria successione e l'altra ad acquistare, ad anticipato titolo di erede o di legatario, diritti su beni del futuro patrimonio ereditario (in tal caso si parla di patto istitutivo) oppure allorché si ha una convenzione con cui taluno dispone oppure rinuncia a diritti provenienti da una successione non ancora aperta e che pertanto non si sono ancora realizzati (in tal caso si parla rispettivamente di patti dispositivo o rinunziativi).

La giurisprudenza ha però da tempo cercato di restringere la portata del suddetto divieto, soprattutto con riferimento al divieto di patti istitutivi, distinguendo le attribuzioni di beni del proprio patrimonio successorio *mortis causa*, che costituirebbero veri e propri patti successorii istitutivi, da quelli che sono meri accordi *post mortem* ovvero pattuizioni costitutive di diritti, in cui la morte opera come mero momento esecutivo delle obbligazioni assunte dal disponente al fine di realizzare il diritto del beneficiario già esistente<sup>3</sup>.

*to the application of the european succession regulation 650/2012*, Milano 2019, p. 253.

<sup>3</sup> V. per tutte: Cass. 24 aprile 1987, n. 4053, in *Giur. comm.*, 1987, II, 725. Anche in dottrina troviamo tentativi di definire il concetto di atto *mortis causa* onde distinguerlo da quello *post mortem*. Sarebbe *mortis causa* «l'atto che regola rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione»: G. GIAMPICCOLO, *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss.; Id., *Il contenuto a-tipico del testamento*, Milano, 1954, p. 300 ss.; R. NICOLÒ, *Disposizione di beni mortis causa in forma indiretta*, in *Riv. notar.*, 1967, p. 644; M. JEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. notar.*, 1971, p. 147; L. BIGLIAZZI GERI., *Il testamento*, vol. I, Milano, 1976, p. 104 ss.; N. DI MAURO, *Patti successorii, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1791; Id., *Patto di intrasmissibilità mortis causa del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successorii*, *ivi*, 1993, I, 728; D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successorii. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*,

Quindi, sulla base di tali definizioni, per considerare l'assicurazione sulla vita a favore di terzo un vero e proprio patto successorio istitutivo bisognerebbe considerare la morte dell'assicurato come momento costitutivo del diritto del terzo<sup>4</sup>.

Napoli, 2012, Si veda però V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 110 ss. che rilegge i confini del divieto di patti successori all'interno degli atti *mortis causa*.

In vero la dottrina più recente appare critica rispetto al succitato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che limiterebbe il campo di azione del divieto di patti successori ricorrendo a «rimedi logici di stampo dottrinale, quali quelli dell'atto *mortis causa* e dell'atto *post mortem* che, a prescindere dalla mancanza di ogni riscontro con il dato normativo appaiono nozioni dai contorni soggettivi e sfuggenti»: F. TASSINARI, *Clausole in funzione successoria negli statuti delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 933 ss. Così in particolare si è proposto di individuare il criterio di delimitazione dell'ambito del divieto nella revocabilità. «Il problema centrale, in realtà, non riguarda la causa, o l'oggetto o i soggetti del negozio, ma la sua revocabilità. Se un negozio che ha efficacia dopo la morte deve essere essenzialmente revocabile, non vi è differenza di natura tra le aspettative del beneficiario che si vincola con il contratto (revocabile) e quelle di colui che è contemplato nel testamento» T. FORCHIELLI, *Riflessioni sulla qualificazione del contratto di attribuzione dopo la morte*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 478 ss. Sulla necessità di una rilettura del divieto di patti successori si veda P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, 1281; ID., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, 1 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, ivi, 17; ID., *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, 289; ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, 273; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 ss.; F. GAZZONI, *Patti successori, conferma di un'erosione*, in *Riv. not.*, 2011, 232 ss.; F. PADOVANI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, ivi, 2008, 1007 ss.; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, II, 91; V. PUTORTÌ, *Promesse "post mortem" e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 729; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1989, 1209. Per le nostre riflessioni si riprende in chiave attualizzante quanto esposto in S. LANDINI, *La situazione del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo*, in *Diritto Privato*, 3, 1998, pp. 195-254.

<sup>4</sup> V. però V. BARBA, *op. cit.*, p. 225 per il quale il fatto che il terzo sia designabile anche con testamento non rileva.

Per contro il codice nello stabilire all'art. 1920 ult. co. che «per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione» sembrerebbe non lasciare dubbi sul fatto che il terzo acquisti un diritto proprio verso l'assicuratore, avente la propria fonte nel contratto di assicurazione, per cui la morte varrebbe solo come condizione dell'esigibilità del credito nei confronti dell'assicuratore e non come elemento costitutivo del medesimo.

Nonostante tale chiara disposizione, che sembrerebbe escludere a priori un valore costituivo del diritto del terzo per l'evento morte, l'acquisto del terzo beneficiario non ha mancato di sollevare dubbi e perplessità.

Infatti, nonostante il chiaro dettato contenuto nell'art. 1920 ult. co., il legislatore ammette la revocabilità della designazione salvo patto contrario.

Non è pertanto mancato in dottrina, in particolare tra la dottrina che faceva riferimento ai vecchi codici civile e di commercio, chi ha individuato in tale potere di revoca una precarietà del diritto dell'assicurato finendo così per considerare *dominus negotii*, al momento della designazione, ancora il soggetto contraente e non il terzo beneficiario<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> A riguardo occorre ricordare che il vecchio codice di commercio sul contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo si limitava a disporre all'art. 453 che «In caso di morte o di fallimento di colui che fece assicurare la propria vita o sulla vita di un terzo una somma da pagarsi ad altra persona, ancorché sua successibile, i vantaggi dell'assicurazione restano ad esclusivo beneficio della persona designata nel contratto, salve rispetto ai fatti versamenti le disposizioni del codice civile che riguardano la collazione e riduzione nelle successioni, e la revocazione degli atti in frode dei creditori». Solo nel progetto del codice di commercio del 1940 troviamo una disposizione simile a quella dell'art. 1920, all'art. 558 ult. co.: «Il terzo acquista per effetto della designazione un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione, nei limiti della designazione stessa».

In dottrina favorevoli a considerare l'assicurazione sulla vita a favore di terzo un trasferimento *mortis causa* perché *dominus negotii* è lo stipulante fino alla propria morte in virtù del potere di revoca riconosciuto dall'ordinamento: C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione vita con designazione di un terzo beneficiario*, in *Riv. civ.*, 1909, p. 589; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, II ed., Milano, 1904, p. 512; ID, *Il contratto di assicurazione: Le assicurazioni*

In vero, come avremo modo di constatare nel prosieguo del discorso, forse questo apparente contrasto tra alcune disposizioni in materia di assicurazioni sulla vita a favore di terzo non è insanabile e troverebbe peraltro la propria giustificazione nell'esigenza di conciliare gli opposti interessi presenti in tale operazione contrattuale, ovvero da un lato l'interesse del beneficiario dall'altro l'interesse della tutela della volontà del disponente.

Sin da ora però osserviamo che, anche considerando l'assicurazione sulla vita a favore di terzo un patto successorio, l'esistenza di un'ipotesi codificata di patto successorio eccezionalmente ammessa, non sembra poter costituire la ragione per ammettere una modifica dell'art. 458 c.c. che va ricercata in un ripensamento anche alla luce della normativa internazionale privatistica sopra richiamata.

La necessità di una modifica può essere avvertita al fine di venire incontro ad alcuni degli interessi contrastanti con il divieto di patti successori e tuttavia emergenti dalle dinamiche delle relazioni tra privati.

Così, ad esempio con riferimento ai patti istitutivi, vi può essere l'interesse dei beneficiari di contare sulla irrevocabilità di talune attribuzioni del patrimonio successorio del *de cuius* in loro favore oppure l'interesse di quest'ultimo ad essere sicuro che le proprie disposizioni vengano accettate.

In particolare il divieto dei patti successori potrebbe rappresentare un limite all'interesse per il piccolo e medio imprenditore di organizzare in vita la propria successione. Interesse da tempo riconosciuto dallo stesso Consiglio d'Europa nella raccomandazione del 7-12-1994 nella quale si osserva che «è indispensabile indurre l'imprenditore ad organizzare la successione finché è ancora in vita».

A tal fine all'art. 1 della suddetta raccomandazione si invitano gli Stati membri «ad adottare misure più adeguate... al fine di...consentire all'imprenditore di preparare efficacemente la sua successione».

*sulla vita*, III, Milano, 1887, p. 78 ss.; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato di dir. civ.* Vassalli, XV, 2, Torino, 1960, p. 320, nota 3; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 93

Per contro ritengono che il terzo acquisti *inter vivos* tramite la designazione: A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 76 ss.; M. GIAMPICCOLO, *op. cit.*, p. 232 ss.

2. *Assicurazione sulla vita: la sua natura ed i caratteri che la distinguono dall'assicurazione contro i danni*

L'espressione "assicurazione sulla vita" rappresenta la sintesi semantica di un procedimento complesso avente in sé sia i caratteri previdenziali dell'operazione assicurativa che le caratteristiche proprie di un'operazione finanziaria.

Attraverso tale contratto l'assicuratore assume su di sé un rischio, rischio che la dottrina ha definito come "demografico", rappresentato dalla probabilità di accadimento di un particolare evento connesso alla vita umana. Si tratterà pertanto di eventi incerti nel *quandum* ma non sempre incerti sull'*an*. La morte, infatti, è un evento di cui è sicuro il verificarsi anche se ignoto è il momento.

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.

Il rischio assicurato nell'assicurazione sulla vita finisce, pertanto, per incidere sulla stessa natura dell'operazione posta in essere attraverso tale contratto distinguendola nettamente dall'assicurazione contro i danni, in cui l'assicuratore si impegna a corrispondere all'assicurato un indennizzo onde coprire il danno eventualmente sopportato dall'assicurato a seguito del verificarsi di un evento futuro ed incerto.

La natura mista del rischio nell'assicurazione sulla vita era chiaramente individuata già a fine '800 dalla dottrina che cercava di ricondurre tale operazione al contratto di assicurazione sebbene non risultasse facile rinvenirvi la funzione indennitaria tipica del contratto di assicurazione<sup>6</sup>.

Attraverso l'assicurazione sulla vita, infatti, l'assicuratore si impegna a corrispondere una determinata somma che calcolerà in base a quello che prevede sarà l'ammontare dei premi al momento in cui statisticamente dovrebbe verificarsi l'evento assicurato oltre agli interessi che prevede di ricavare, durante tale tempo, da un impiego fruttifero di quanto è stato presso di lui depositato<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> V. C. VIVANTE, *oo.uu.cc.*

<sup>7</sup> A. BESSON, *L'assicurazione per il caso di morte senza beneficiario deter-*

Tali osservazioni sono, però, riferite ad un tipo di contratto di assicurazione sulla vita, l'assicurazione sulla vita a prestazioni fisse, ormai superato nel mercato assicurativo dalle polizze indicizzate e dalle polizze a prestazioni variabili.

Le assicurazioni sulla vita a prestazioni fisse, infatti, non erano in grado di concorrere con le operazioni finanziarie presenti sul mercato per il loro scarso rendimento. Sono state così progressivamente sostituite da polizze indicizzate in cui le prestazioni vengono rivalutate annualmente sulla base dell'indice ufficiale dell'aumento del costo della vita.

Si tratta però di polizze che mantengono ancora integralmente il rischio del risparmio a carico dell'assicuratore e non assicurano pertanto una redditività competitiva rispetto agli altri strumenti finanziari presenti sul mercato, in cui il rischio del risparmio è a carico dell'investitore.

Per contro esistono 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). L'ulteriore evoluzione dei prodotti assicurativi finanziari a portato a riflessioni sulla loro qualificazione<sup>8</sup>.

*minato*, in *Assicurazioni*, 1937, I, p. 177 e G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazioni sulla vita, disposizioni a causa di morte e liberalità*, in *Scintillae juris. Studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994, p. 83 ss. Si legge inoltre in un commento del codice di commercio del 1882 che l'assicurazione sulla vita «è un misto di assicurazione e risparmio...perché il premio, o la quota pagata, costituisce sempre un deposito, che l'assicurato fa allo scopo di veder colmati i singoli versamenti non solo ma altresì per ottenerli accresciuti mediante un impiego fruttifero dei medesimi....Epperò l'assicurazione in discorso riposa sopra una duplice base fondamentale: a) sulla probabilità della durata della vita dell'uomo o delle disgrazie accidentali di cui può esser colpito; b) sulla combinazione delle leggi statistiche della mortalità, ecc. coll'aumento progressivo delle somme versate mediante lo accumularsi degli interessi composti»: SCEVOLA A., *Del contratto di assicurazione*, in *Il codice di commercio: commento*, libro I, Titolo XVI, Torino, 1889, p. 140.

<sup>8</sup> Si rinvia al saggio di F. La Fata nel presente volume. A livello europeo per i prodotti di investimento assicurativi (IBIPs, Insurance Based Investment Product) le imprese d'assicurazione sono obbligate a redigere dal 1° gennaio

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.

Maggiori problemi si pongono nel qualificare le operazioni di capitalizzazione. Si tratta di operazioni mediante le quali l'assicuratore si impegna a versare all'assicurato il capitale che risulterà ad una data scadenza e che sarà costituito dal capitale stesso maggiorato degli interessi ad un certo tasso garantito. In caso poi di premorienza dell'assicurato rispetto alla data stabilita la suddetta somma spetterà al terzo beneficiario da lui designato<sup>9</sup>.

È quindi evidente che tale contratto manca anche del rischio demografico, sebbene la vita umana rilevi comunque ai fini della durata del contratto stesso, per cui, secondo parte della dottrina, anche tale operazione andrebbe ricondotta al ramo vita e per essa troverebbero applicazione le norme sull'assicurazione sulla vita ad eccezione degli artt. 1926-1927 concernenti il rischio assicurato.

2018, il documento standardizzato base “KID” (Key Information Document) previsto dal Regolamento UE n. 1286/2014, adottato in Italia con il d.l. n. 224 del 14 novembre 2016 che ha introdotto alcune modifiche al decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 Testo Unico dell'intermediazione finanziaria “TUF”.

Nei prodotti di investimento assicurativi il capitale e la rendita presentano possibilità di fluttuazioni in base all'andamento dei mercati finanziari. Si tratta di prodotti assicurativi sulla vita di cui al ramo I (polizze rivalutabili e a gestione separata), al ramo III (polizze unit e index linked), al ramo V (operazioni di capitalizzazione), nonché dei prodotti cosiddetti multiramo, che combinano due rami vita (ad esempio ramo I e ramo III, quale componente di investimento). La complessità di questi prodotti ha richiesto un intervento ad hoc a tutela dell'investitore soprattutto nella fase precontrattuale.

Cercando di sintetizzare la complessa normativa possiamo dire che è predisposto un sistema informativo precontrattuale omogeneo per i rami vita e danni imperniato sulla redazione di tre documenti precontrattuali standard di base:

- a) l'IPID per i prodotti danni (previsto dalla normativa UE);
- b) il DIP Vita per i prodotti vita di “puro rischio” (previsto dal CAP come specificità nazionale);
- c) il KID per i prodotti d'investimento assicurativi (previsto dalla normativa UE e in particolare).

<sup>9</sup> Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Profili del contratto di capitalizzazione*, in *Dir. banca e merc. fin.* 1990, pp. 158-179. Sulla funzione previdenziale del contratto di capitalizzazione P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, cit., p. 122.

Tali brevi osservazioni che possono sembrare teoriche, volte solo a permettere una classificazione dei vari tipi di contratto di assicurazione, hanno, per contro, rilevanti risvolti pratici allorché ci si avventuri nella soluzione di problemi che coinvolgano la natura della prestazione dell'assicuratore e quindi l'oggetto del diritto dell'assicurato o del terzo beneficiario.

Volendo poi individuare una linea di discriminazione tra assicurazioni sulla vita e assicurazioni contro i danni, non vi è dubbio che la più rilevante differenza tra le stesse risiede nell'interesse coperto dalla polizza e nei parametri attraverso cui deve essere calcolata la prestazione dell'assicuratore.

Attraverso l'assicurazione sulla vita l'assicurato cerca di mettere al riparo sé o i beneficiari da svantaggi, perlopiù economici ma non solo tali, che possono derivare loro da determinati eventi della propria vita o anche della vita di terzi, quali la morte o il raggiungimento di una certa età. Si tratta pertanto di situazioni che possono presentare degli svantaggi difficilmente quantificabili in concreto, perché strettamente connessi alle condizioni proprie di ciascun singolo soggetto.

Per contro nell'assicurazione contro i danni l'assicuratore si impegna a coprire le conseguenze negative della lesione di interessi, diversi dalla vita umana, e pertanto suscettibili di una valutazione economica.

Da tale distinzione in punto di interesse assicurato segue un'importante distinzione in punto di determinazione dell'indennizzo. Infatti mentre nelle assicurazioni contro i danni, essendo coperto un interesse suscettibile di valutazione economica, la prestazione dell'assicuratore sarà determinabile in concreto, nell'assicurazione sulla vita questa non potrà che essere determinata in astratto. L'assicurazione sulla vita presenta anche un'ulteriore caratteristica, sempre in punto di interesse, che vale a distinguerla dall'assicurazione contro i danni e che ci permette di compiere alcune considerazioni in merito alla possibilità di stipulare contratti di assicurazione a favore di terzo.

Infatti, dal momento che l'evento assicurato sarà la morte o la sopravvivenza dell'assicurato o di un terzo, condizione dell'esigibilità dell'indennizzo saranno sempre eventi il cui accadimento è rimesso al mero fato (è il caso della sopravvivenza) oppure di eventi di cui l'assicurato o il beneficiario non avranno interesse a determinare l'accadimento (è il caso della morte). In particolare, per quanto concerne

l'assicurazione dell'evento morte, una partecipazione al determinarsi di tale evento da parte del titolare del diritto all'indennizzo è escluso, nel caso in cui assicurato sia il contraente e creditore dell'indennizzo sia un terzo, dalla previsione di cui all'art. 1922 e, nel caso in cui la vita assicurata sia di un terzo, dal consenso che il terzo deve prestare ai fini della validità del contratto. Senza, peraltro, tener conto del deterrente rappresentato dalle norme penali.

L'interesse del titolare del diritto all'indennizzo al non verificarsi dell'evento assicurato, elemento essenziale dell'assicurazione, nell'assicurazione sulla vita sarebbe pertanto sempre garantito vuoi dalla natura puramente accidentale dell'evento assicurato, vuoi dallo stesso ordinamento giuridico.

Quindi, mentre nell'assicurazione contro i danni, affinché il beneficiario dell'indennizzo sia titolare dell'interesse assicurato, occorre che questi sia al tempo stesso anche titolare del bene assicurato, nell'assicurazione sulla vita la natura stessa del bene assicurato permette che sussista sempre l'interesse anche laddove titolare dell'indennizzo sia un soggetto diverso dall'assicurato.

Pertanto la natura dell'interesse nelle assicurazioni sulla vita permette una scissione tra la persona dell'assicurato e quella del beneficiario che non sarebbe altrimenti ammissibile e che ha portato parte della dottrina ad escludere l'ammissibilità di assicurazioni contro i danni a favore di terzo per carenza di interesse del beneficiario dell'indennizzo al non verificarsi dell'evento dannoso.

Così nell'assicurazione sulla vita potremo avere tre soggetti distinti: il contraente, ovvero colui che stipula il contratto, l'assicurato, ovvero il titolare dell'interesse, colui sulla cui vita è stipulato il contratto ed infine il beneficiario dell'indennizzo.

Nell'ipotesi in cui il contraente abbia designato un terzo come titolare del diritto il codice dice espressamente che in tal caso il terzo acquista in virtù della mera designazione, che può essere fatta col contratto di assicurazione stesso oppure successivamente per testamento oppure con dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore.

L'acquisto per designazione non è definitivo perché al contraente è riservato il diritto di revocare tale designazione nelle stesse forme in cui questa è stata compiuta fino al verificarsi dell'evento assicurato salva diversa pattuizione con cui si stabilisca l'irrevocabilità della

designazione. Però la eventuale rinuncia al diritto di revocare la designazione o il verificarsi dell'evento determineranno l'irrevocabilità dell'acquisto del terzo soltanto dopo che quest'ultimo avrà dichiarato per iscritto di volerne profittare.

Inoltre, stante la non trasmissibilità del diritto di designare il terzo, l'acquisto del terzo diverrà irrevocabile con la morte del contraente, come espressamente stabilito dall'art. 1921 I comma.

Pertanto l'acquisto del terzo diviene definitivo a seguito della morte del contraente oppure dopo il verificarsi dell'evento assicurato o ancora per espressa rinuncia al potere di revoca da parte del contraente ma, in questi ultimi due casi, soltanto ove il terzo abbia dichiarato di volerne profittare.

Tali disposizioni in tema di revoca non possono non sollevare dubbi e perplessità che cercheremo di sciogliere in seguito e che per il momento ci limitiamo a sottoporre all'attenzione del lettore. Dubbi in ordine al valore di una dichiarazione del terzo di voler profittare del beneficio, dubbi in ordine alla compatibilità e alla coordinabilità delle norme sulla designazione per testamento con le norme contenute nel libro secondo.

In particolare sarebbe da chiedersi se sulla base degli artt. 1920 ss. sia ammissibile o meno una pattuizione che stabilisce la irrevocabilità della designazione effettuata per testamento in contrasto con quanto disposto dall'art. 679 c.c. Sarebbe inoltre lecito chiedersi se, in base al dettato normativo di cui all'art. 1921 I comma, ove si stabilisce che «la designazione del beneficiario è revocabile con le forme con le quali può essere fatta a norma dell'articolo precedente», le ipotesi di revoca del testamento, diverse dall'esistenza di un nuovo testamento, comportino o meno anche revoca della designazione del beneficiario della polizza vita ivi contenuta.

Si tratta però di problematiche la cui soluzione ha come premessa necessaria la soluzione di problemi inerenti alla natura dell'acquisto del terzo beneficiario. Pertanto ci limitiamo a rinviarne la trattazione al momento in cui affronteremo anche tale questione.

Quanto agli interessi che possono muovere un soggetto a stipulare un contratto di assicurazione sulla vita a favore di un terzo, non vi è dubbio che varie sono le motivazioni, ma la più frequente è quella di alleviare gli svantaggi che possono derivare a terzi nel caso in cui si

possa verificare un determinato evento legato alla vita dell'assicurato. Così nel caso di assicurazione per il caso di morte a favore di terzi, ove designati siano gli eredi, in genere, si vuole "risarcire" l'erede delle perdite, soprattutto fiscali, da questi subite a causa della successione.

Ai fini della nostra trattazione occorre chiedersi se, oltre al fine di far salvi i terzi da eventuali svantaggi derivanti dall'evento assicurato, tale operazione contrattuale non si presti anche a svolgere la funzione di procurare un trasferimento *mortis causa* del patrimonio del *de cuius*, rappresentando così una vera e propria alternativa allo strumento testamentario di apertura della successione.

Ritorniamo così al quesito iniziale circa la possibilità o meno di considerare il contratto di assicurazione a favore di terzo un'eccezione al divieto di patti successori, un quesito per la cui soluzione sono preliminari alcune considerazioni in ordine alla natura dell'acquisto del terzo.

### 3. *Acquisto del terzo beneficiario*

In ordine all'acquisto del terzo beneficiario la lettera del codice all'art. 1920, laddove si dice che «per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione», per quanto possa parer chiara non ha mancato di sollevare dubbi in ordine al momento e alle modalità di acquisto del diritto da parte del terzo nei confronti della assicurazione.

In particolare la dottrina si è chiesta se il terzo acquisti un vero e proprio diritto o una mera aspettativa se la designazione è revocabile e quindi se la dichiarazione del terzo e il verificarsi dell'evento, rappresentando dei limiti alla revocabilità della designazione, siano elementi costitutivi del diritto del terzo. Ci si è chiesti, inoltre, cosa significhi "per effetto della designazione". Due sono, infatti, le interpretazioni possibili: la designazione è costitutiva del diritto del terzo oppure non è altro che determinativa, da un punto di vista soggettivo, dell'obbligazione contratta dall'assicuratore.

A tali domande si può rispondere facendo riferimento ai risultati raggiunti da dottrina e giurisprudenza in merito al contratto a favore di terzo.

Non vi è infatti dubbio che l'assicurazione sulla vita a favore di terzo sia riconducibile allo schema generale del contratto a favore di terzo. Schema generale e non tipo contrattuale, perché non si tratta di un contratto tipico avente una propria causa, ma appunto di uno schema generale all'interno del quale possono essere compresi contratti aventi cause diverse, purché non contrastanti con una stipulazione a favore di terzo, e quindi anche i contratti di assicurazione sulla vita<sup>10</sup>.

Per contro l'assicurazione contro i danni, per i motivi che abbiamo enunciato, non permetterebbe scissioni tra la persona dell'assicurato e la persona del beneficiario e quindi non può essere stipulata a favore di un terzo. È possibile una clausola di vincolo, si pensi al caso della banca erogatrice del mutuo è beneficiaria dell'indennizzo in caso di incendio dell'immobile su cui vanta ipoteca. In questo caso però la banca ha un interesse all'assicurazione in quanto pur non essendo proprietaria ha un diritto reale di garanzia sul bene.

L'assicurazione contro i danni potrà poi permettere la stipulazione di un'assicurazione per conto terzi che deve, però, essere tenuta distinta per natura, e quindi anche per disciplina, dall'assicurazione a favore di terzi.

A riguardo ci limitiamo a ricordare quanto propriamente osservato da autorevole dottrina nell'assicurazione per conto vi è scissione tra la figura del contraente e la figura dell'assicurato, laddove nell'assicurazione a favore di terzi, invece, il diritto all'indennizzo è attribuito ad un terzo che non è più titolare dell'interesse in rischio<sup>11</sup>.

Nel contratto a favore di terzo quest'ultimo acquista un diritto alla prestazione di cui al contratto "per effetto della stipulazione" come chiaramente enunciato dallo stesso art. 1411 II comma<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto: efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Comm. c. c.* Schlesinger, vol I, Milano, 1998, p. 183; T.O. SCOZZAFAVA, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur. Trecc.*, VIII, Roma, 1988 p. 3.

A. BESSON, *L'assicurazione per il caso di morte senza beneficiario determinato*, in *Assic.*, 1937, I, 177. Quest'ultimo sostiene che l'assicurazione sulla vita a favore di terzo sia «essenzialmente un contratto a favore di terzo».

<sup>11</sup> G. VOLPE PUTZOLU, *o.l.c.*

<sup>12</sup> In tal senso v. L. TARTUFARI, *Contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, pp. 328-329; G. TARTUFARI, *L'intenzione delle parti nella stipulazione a favore*

Il terzo, pur non essendo parte del contratto, finisce così per veder prodursi gli effetti di una stipulazione *inter alios* nella propria sfera a meno che non rifiuti la prestazione.

Di fronte ad una stipulazione in suo favore il terzo ha, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 1411, le seguenti possibilità: potrà rifiutare l'acquisto del diritto nei confronti del promittente; potrà dichiarare di volerne profittare, impedendo così allo stipulante di esercitare il proprio potere di revoca; potrà limitarsi al silenzio permettendo così alla stipulazione in suo favore di spiegare i propri effetti nella sua sfera patrimoniale a meno che lo stipulante non revochi tale disposizione.

In vero questa efficacia nei confronti di un soggetto, che è terzo e che, come tale, non ha partecipato alla regolamentazione del rapporto i cui effetti però si spiegano nella sua sfera giuridica, non ha mancato di suscitare polemiche tra quanti vi hanno visto un insanabile contrasto con il principio, enunciato all'art. 1372, per cui il contratto produce effetti esclusivamente tra le parti. Perplessità che in vero non paiono giustificate per il semplice fatto che lo stesso art. 1372 II comma espressamente dice «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge», uno dei quali è rappresentato appunto dall'art. 1411.

Così la dottrina maggioritaria si è sforzata di coordinare gli art. 1411 e 1372 stabilendo che il divieto di effetti nei confronti dei terzi sarebbe limitato agli effetti sfavorevoli e che pertanto nel caso di contratto a favore di terzo tali effetti potrebbero prodursi eccezionalmente nei confronti del terzo in quanto esclusivamente a favore dello stesso<sup>13</sup>.

*di terzo*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, p. 437 ss.; G. DONADIO, *Contratto a favore di terzi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, Torino, 1959, p. 656 ss.; L. CARRIOTA FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 353 ss.; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 161; ID., *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 196 ss., p. 196; L. V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970; ID., *Il contratto a favore di terzi*, in *Comm. c. c.* Schlesinger, Milano, 1997, p. 4 ss.

<sup>13</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *contratto*, in *Enc. giur. Trecc.*, IX, Roma, 1988, p. 30. Quest'ultimo non considera l'art. 1411 espressione di un'eccezione rispetto all'art. 1372 dal momento che nel primo «troviamo confermati l'estensione ed il

Altri autori, invece, hanno cercato di considerare il terzo in qualche modo parte del regolamento contrattuale. Non sono mancate così in dottrina osservazioni circa la possibilità di considerare il terzo parte sostanziale del rapporto<sup>14</sup>, se non addirittura parte in senso formale<sup>15</sup>.

Secondo quest'ultima corrente di pensiero il terzo diverrebbe parte del contratto attraverso la dichiarazione di volere profittare della prestazione in suo favore. Infatti, sino a che tale dichiarazione non è compiuta, il promittente può revocare o modificare la stipulazione a favore del terzo. Da tali considerazioni discenderebbe che, divenendo irrevocabile l'acquisto del terzo a seguito della sua dichiarazione di volerne profittare, quest'ultima varrebbe a perfezionare il suo acquisto.

Si tratta comunque di tesi in contrasto col dettato normativo dell'art. 1411 che individua inequivocabilmente la funzione della dichiarazione del terzo nel determinare l'irrevocabilità della disposizione in suo favore. Peraltro, come è stato recentemente osservato da altra dottrina, la revocabilità della disposizione non ne escluderebbe il già avvenuto perfezionamento<sup>16</sup>.

Ad una soluzione analoga sembra poter giungere anche per il contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo anche se in tal caso il codice parla di acquisto del terzo per effetto della designazione e non della mera stipulazione così come è all'art. 1411.

Potremmo a riguardo interrogarci sui motivi di una simile divergenza ed in particolare sulla possibilità che essa stia a significare che la fattispecie di cui all'art. 1920 non è riconducibile allo schema generale di cui all'art. 1411.

Vero è che, parlando di designazione il legislatore ha solo inteso

limite dell'autonomia contrattuale privata: il contratto è destinato ad impegnare la sfera dei contraenti e non anche quella dei terzi, e perciò, quando sia destinato ad incidere su estranei, è revocabile sin che il terzo non abbia manifestato la volontà di farne proprio l'effetto».

<sup>14</sup> Così G. BENEDETTI, *Dal negozio unilaterale al contratto*, Milano, 1969, p. 220; G.B. FERRI, *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 901 ss.

<sup>15</sup> In tal senso T. O. SCOZZAFATA, *Contratto a favore di terzi*, in *Enc. giur. Trecc.*, VIII, Roma, 1988.

<sup>16</sup> Si veda M. FRANZONI, *o. c.*, p. 183.

dar rilevanza al fatto che nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo è possibile indicare il beneficiario anche con atto successivo al contratto ovvero con testamento o con dichiarazione scritta. Questo non vuol dire che il diritto sorga con la designazione.

Il diritto nei confronti dell'assicurazione sorge col contratto ma, ove non vi sia designazione nello stesso, l'obbligazione dell'assicuratore sorgerà *in incertam personam* e sarà determinato il titolare della relativa pretesa solo con la successiva designazione. In tal caso, però, gli effetti si producono nella sfera del terzo con effetto *ex tunc* dalla stipulazione del contratto che è la vera fonte del diritto all'indennizzo.

La designazione avrà, quindi, la funzione di mera determinazione del soggetto titolare del diritto sorto dal contratto di assicurazione sulla vita nei confronti dell'assicuratore e allo stesso tempo avrà, però, anche la funzione, insieme col verificarsi dell'evento coperto, di rendere esigibile il diritto del beneficiario avente comunque la sua fonte nel contratto.

Si discute se sia ammissibile una designazione con atto successivo laddove nel contratto di assicurazione sulla vita non sia stata prevista una clausola di destinazione dell'indennizzo a favore di un terzo. In vero ove il contratto di assicurazione sulla vita non preveda la stipulazione a favore di terzo al fine di permettere la designazione dello stesso sarà necessaria una modifica del contratto, modifica che richiederà un accordo successivo modificativo tra le parti contraenti e che non potrà essere apportata unilateralmente attraverso un mero atto di designazione del terzo beneficiario.

Sembra, invece, ammissibile la designazione successiva in mancanza di una espressa stipulazione a favore di terzo ove si sia in presenza di un contratto di assicurazione per il caso di morte del contraente. In tal caso, infatti, si può ammettere di essere in presenza di una stipulazione per sua natura a favore di terzo anche in assenza di una espressa stipulazione in tal senso.

Nel caso inverso in cui, stipulato contratto a favore di terzo, manchi la successiva designazione, vuoi perché non è mai stata compiuta o vuoi perché revocata e non sostituita da nuova designazione, il diritto all'indennizzo, applicando la regola di cui all'art. 1411 III comma, entrerà nel patrimonio del contraente e, ove si tratti di un'assicurazione per il caso di morte del medesimo, verrà acquistato dai suoi

eredi *iure successionis*. La designazione è pertanto un negozio unilaterale recettizio avente la funzione di individuare il titolare del diritto costituito col contratto di assicurazione. Dubbi sono posti in ordine al fatto che fosse un atto recettizio. La Cassazione ha sottolineato la necessità della comunicazione al terzo al fine consentirgli di rendere irrevocabile la disposizione a suo favore «In tema di contratto di assicurazione a favore di terzo, il diritto di quest'ultimo di rendere non revocabile la stipulazione nei propri confronti è condizionato dalla conoscenza che il terzo stesso abbia della stipulazione in suo favore, conoscenza che deve essere resa attuale perché egli possa esercitare il diritto di profittare di tale stipulazione»<sup>17</sup>. Nel caso di specie si aveva una richiesta risarcitoria per l'intervenuta prescrizione del diritto all'indennizzo in relazione ad una polizza assicurativa stipulata da un Comune a copertura degli infortuni dei propri dipendenti, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva escluso la responsabilità del Comune sul rilievo che il diritto all'indennizzo era entrato nel patrimonio dei beneficiari e che la mancata conoscenza della polizza da parte di questi ultimi costituiva un mero impedimento di fatto all'esercizio di tale diritto, senza tuttavia valutare il comportamento omissivo dello stesso Comune, il quale non aveva comunicato ai beneficiari l'esistenza della polizza, né aveva compiuto atti interruttivi, così provocando l'utile esercizio dell'eccezione di prescrizione da parte della compagnia di assicurazione.

Quanto alla sua revocabilità, l'irrevocabilità della disposizione nell'assicurazione sulla vita favore del terzo, infatti, sarà determinata soltanto: dalla morte del contraente, dal momento che non potrà essere esercitato il potere di revoca dai suoi eredi *ex art. 1921 I comma*, oppure dal verificarsi dell'evento, purché il terzo abbia dichiarato di voler profittare del beneficio *ex art. 1921 I comma*, oppure ancora dalla rinuncia del contraente al potere di revoca, anche in tal caso purché il beneficiario abbia dichiarato o dichiararsi di voler profittare della disposizione in suo favore *ex art. 1921 II comma*.

La dichiarazione di voler profittare del beneficio, pertanto, non vale mai di per sé a determinare l'irrevocabilità della designazione, come è stabilito in via generale per i contratti a favore di terzo *ex art.*

<sup>17</sup> Cass., 12 dicembre 2017, n. 29636, in *Mass. Foro it.*, 2017.

1411, ma deve essere sempre accompagnata da ulteriori elementi: il verificarsi dell'evento oppure la rinuncia espressa al potere di revoca.

Tale osservazione ha portato parte della dottrina ad affermare, in accordo peraltro con quanto disposto dall'art. 679 c.c., che la designazione per testamento sarà sempre revocabile.

Infatti, in tal caso, il terzo verrà a conoscenza della propria posizione di beneficiario e quindi potrà dichiarare di voler profittare della disposizione in suo favore soltanto dopo che sia morto il contraente e gli sia stato comunicato il contenuto del testamento e quindi soltanto dopo che la designazione è divenuta irrevocabile *ex art. 1921 I Co.* per morte del contraente.

Tale designazione sarà pertanto revocabile fino alla morte del contraente anche nel caso in cui con la designazione testamentaria stessa il contraente abbia dichiarato di rinunciare al potere di revoca dal momento che tale rinuncia per determinare irrevocabilità della designazione dovrà essere accompagnata dalla dichiarazione del terzo che appunto non potrà essere compiuta prima della morte del contraente.

Resta ancora da chiarire, però, se la diversa forma della designazione, possa modificare la natura dell'acquisto del terzo, ovvero se l'acquisto del terzo possa dirsi *mortis causa* ove la designazione sia stata compiuta per testamento.

Secondo alcuni autori, infatti, il diritto del terzo nel contratto di assicurazione sulla vita sorgerebbe a seguito della designazione e quindi, ove questa sia compiuta per testamento, l'acquisto del terzo sarebbe *mortis causa*<sup>18</sup>.

Per contro, se si ritiene che il diritto del terzo sorga col contratto di assicurazione e che la morte non rappresenti che una condizione sospensiva dell'esigibilità di tale diritto, allora l'acquisto del terzo sarà comunque *inter vivos* anche ove la designazione sia compiuta per testamento<sup>19</sup>.

Come abbiamo più volte sottolineato, infatti, il diritto è costituito in ogni caso per contratto che produce effetti sin dall'inizio ivi incluso il diritto di riscatto, e la designazione ha solo la funzione di

<sup>18</sup> Cfr. A. PALAZZO, *o.c.*, p. 88.

<sup>19</sup> Ricorrerebbe quella che taluno definita come attribuzione *inter vivos tempore mortis* parlava M. STOLFI, *Natura del diritto del beneficiario*, cit., p. 393.

individuare il titolare del diritto ove questo sia stato costituito nel contratto soltanto *in incertam personam*.

Né vale la revocabilità del diritto del terzo a far configurare la situazione attiva nascente dal contratto di assicurazione sulla vita come una mera aspettativa e non come un vero e proprio diritto

Pertanto l'atto costitutivo del diritto sarà sempre un atto *inter vivos*, ovvero il contratto di assicurazione e quindi l'acquisto del terzo sarà in ogni caso, qualunque sia la forma della designazione, frutto di un'attribuzione *inter vivos*.

Se è vero che il terzo acquista in virtù della stipulazione e della successiva designazione allora ne segue un'altra importante conseguenza: l'applicabilità anche al contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo di quanto disposto dall'art. 1412 II comma: in caso di premorienza del terzo i suoi eredi succederanno nel diritto acquistato da questi in virtù della stipulazione in suo favore, con tutti i limiti, però, del diritto del loro dante causa. Pertanto l'acquisto degli eredi sarà sottoposto anche al potere di revoca del contraente, a meno che questi non vi abbia rinunciato e il terzo abbia dichiarato di volerne profittare.

Sempre sull'acquisto del terzo alcune considerazioni merita l'espressione "diritto proprio" contenuta nell'art. 1920. Il terzo, infatti, acquisterebbe non un diritto sul patrimonio dello stipulante, ma un diritto direttamente nei confronti dell'assicuratore in virtù del contratto di assicurazione.

Tale ricostruzione dell'acquisto del terzo risulta non facile se si tiene conto che l'assicurazione sulla vita svolge, come abbiamo detto, una duplice funzione: una assicurativa ed una di investimento. La prestazione dell'assicuratore sarà costituita dal capitale, versato dal contraente attraverso la corresponsione dei premi, accresciuto dalla gestione che l'assicuratore ha compiuto del capitale medesimo fino al verificarsi dell'evento assicurato. Il diritto del beneficiario finisce così per trovare, anche se soltanto indirettamente, il proprio fondamento in un detrimento del patrimonio del contraente. Si tratterà pertanto sempre del frutto di un'attribuzione indiretta *inter vivos*. È, quindi, per tali motivi che il legislatore, al fine di contemperare le opposte esigenze del beneficiario e dei terzi aventi causa dal contraente, ha previsto, a favore di questi ultimi, all'art. 1923 azioni di riduzione, collazione e revocazione nei limiti dei premi pagati.

Al di là delle considerazioni circa la natura dell'indennizzo dovuto, non vi è dubbio che la natura di acquisto *iure proprio* della prestazione spettante al beneficiario non può essere esclusa per il fatto che questa trova fondamento nel contratto di assicurazione che costituisce un diritto nei confronti dell'impresa assicuratrice e non nei confronti del patrimonio dell'assicurato.

Se è vero che il terzo acquista *iure proprio* e non *iure successionis* allora la ripartizione dell'indennizzo, anche ove siano stati designati genericamente gli eredi, avverrà non in base alle quote di successione, ma in parti uguali tra coloro che risulteranno eredi al momento della morte del contraente<sup>20</sup>.

Questo non vuol dire che le regole della successione non possano avere una qualche valenza interpretativa della designazione generica. Così in caso di designazione generica questa produrrà i suoi effetti ed il diritto del terzo diverrà esigibile solo allorché questi sia determinato o determinabile al momento del verificarsi dell'evento. Pertanto, ove il chiamato in via legittima o testamentaria rinunci all'eredità, questi non acquisterà mai la qualità di erede pertanto non potrà risultare essere il designato. In tal caso il diritto alla prestazione dell'assicuratore non potrà che essere di colui il quale risulterà essere il vero erede del contraente salvo che non risulti da altre circostanze una diversa interpretazione del termine "erede" per come usata dal *de cuius* nella designazione.

Tale argomentazione potrebbe peraltro risultare più rispondente alla volontà del *de cuius* ed a quelle che possono essere state le motivazioni che lo hanno indotto a stipulare un'assicurazione per il caso della propria morte a favore dei propri eredi ovvero risarcire l'erede delle perdite, soprattutto fiscali, subite. A tal fine sarà, infatti, opportuno che sia considerato designato colui che ha acquistato la qualità di erede ed ha subito tali perdite e non chi era un semplice chiamato che non sia divenuto erede per aver rinunciato all'eredità.

Volendo a questo punto rispondere alla domanda che ci eravamo posti all'inizio circa la possibilità o meno di configurare l'assicurazione sulla vita a favore di terzo per il caso di morte del contraente un'eccezione al divieto di patti successori non possiamo che rispondere in senso negativo.

<sup>20</sup> V. *supra* nota 1.

Attraverso l'assicurazione sulla vita a favore di terzo l'evento morte non svolge mai la funzione di causa dell'attribuzione, ma quella di elemento costitutivo della esigibilità del diritto di credito del beneficiario costituito sin dal momento della stipulazione del contratto di assicurazione stesso e quindi sempre per atto *inter vivos* anche ove la designazione sia compiuta per testamento perché comunque la fonte del diritto del terzo resta sempre il contratto.

#### 4. *Modi di estinzione del diritto del terzo:*

##### 4.1. *Il "rifiuto"*

Una volta verificate le modalità di acquisto del diritto all'indennizzo del terzo beneficiario veniamo adesso ai modi in cui il diritto del terzo può estinguersi.

Cominciamo dalla causa estintiva che dipende da attività del terzo per eccellenza ovvero dal rifiuto.

In vero tale ipotesi non è indicata agli articoli 1920 ss., ma la sua applicabilità al contratto di assicurazione a favore di terzo sembra comunque deducibile dall'applicazione a tale contratto della disciplina dettata in generale per le contrattazioni a favore di terzo agli artt. 1411 ss.<sup>21</sup>.

Il nostro ordinamento, pur ammettendo che il terzo possa acquistare diritti a seguito di una stipulazione intervenuta tra le parti, ha cercato di permettere al terzo di impedire comunque tale intromissione nella propria sfera giuridica, anche se produttiva soltanto di effetti favorevoli.

L'atto con cui il terzo manifesta una volontà, volta a privare di effetti retroattivamente la stipulazione in suo favore, è chiamato, nell'art. 1411, rifiuto.

In vero, nonostante la lettera della legge, si può dubitare che tale atto costituisca un rifiuto in senso tecnico. Si ha infatti rifiuto, come insegna la dottrina, allorché si respingono dei diritti che non sono ancora entrati nella nostra sfera giuridica impedendo che questi possano mai farvi par-

<sup>21</sup> G. SICCHIERO, *Rinuncia*, in *Digesto Disc. priv.*, XVII, Torino, 1990, p. 652; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, p. 22 ss.; ID., *Successioni testamentarie: sub artt. 512-535*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna Roma, 1968, pp. 72-73.

te. Per contro si ha rinuncia quando si dismettono diritti già acquistati facendoli uscire dalla propria sfera giuridica con effetto *ex tunc*.

Nell'ipotesi di contratto a favore di terzo, quest'ultimo acquista il diritto verso il promittente al momento della stipulazione del contratto, pertanto l'atto, con cui manifesta la volontà di senso negativo rispetto a tale acquisto, non è volto a respingere l'acquisto del diritto ormai perfezionatosi, ma è volto a dismettere tale diritto.

Pertanto nonostante la lettera della legge nell'ipotesi di cui all'art. 1411 non di rifiuto dovrà parlarsi, ma di rinuncia.

Il fatto che la lettera della legge parli di rifiuto non deve peraltro stupirci. È infatti frequente nel nostro codice l'uso in senso a-tecnico dei termini rinuncia e rifiuto, tanto che parte della dottrina ha addirittura dubitato della necessità di compiere distinzioni tra i vari atti con cui i soggetti manifestano una volontà volta ad incidere in senso negativo sull'efficacia di una stipulazione precedente nei loro confronti.

Anche in materia successoria il legislatore parla impropriamente all'art. 519 di "rinuncia all'eredità" laddove, come osserva la dottrina, trattandosi di un atto con cui non si rinuncia a diritti già acquistati, ma si impedisce l'ingresso nella propria sfera di situazioni giuridiche non ancora acquistate, sembra più opportuno parlare di rifiuto.

Quanto alla natura giuridica della rinuncia *ex art. 1411* si tratterà di una rinuncia traslativa perché il diritto del terzo, una volta rinunciato, entrerà nel patrimonio del nuovo designato o del designante in mancanza di nuova designazione.

La rinuncia sarà quindi un atto negoziale, in quanto si tratta di un atto frutto della determinazione volitiva del beneficiario e produttivo di effetti traslativi, ed inoltre recettizio sia nei confronti del contraente, data la sua natura di rinuncia traslativa, che nei confronti dell'assicuratore il quale deve sapere chi è il titolare del diritto onde eseguire esattamente la propria prestazione senza incorrere nell'onere probatorio posto a carico del debitore che abbia pagato al creditore apparente.

#### 4.2. *La sopravvenuta inefficacia della designazione*

Altre ipotesi di estinzione del diritto del beneficiario per attività di quest'ultimo potrebbero essere considerate quelle di cui all'art. 1922:

il primo comma postula la sopravvenuta inefficacia della designazione, anche se irrevocabile, ove il terzo abbia attentato alla vita dell'assicurato. Si tratta di una disposizione, come abbiamo detto, prevista al fine di garantire la presenza di un interesse al non verificarsi del sinistro, elemento essenziale del contratto di assicurazione, anche ove vi sia una scissione tra la persona dell'assicurato e del terzo beneficiario.

Il secondo comma dell'art. 1922 prevede, invece, la revocabilità della designazione, anche se irrevocabile purché fatta a titolo di liberalità, nei casi di cui all'art. 800 ovvero per sopravvenienza dei figli e per ingratitudine. In tal caso si tratterà di una perdita del beneficio a seguito di un atto, revoca, del contraente che però, nel caso di ingratitudine, richiederà comunque che il beneficiario tenga una determinata condotta.

#### 4.3. *La premorienza del terzo*

Tra le cause estintive del diritto del beneficiario un autore comprendeva anche la premorienza di quest'ultimo. Vero è che se riteniamo l'assicurazione sulla vita a favore di terzo appartenente allo schema generale della contrattazione a favore di terzi e, quindi, riteniamo che possa applicarsi anche ad essa la norma di cui all'art. 1412, allora in caso di premorienza del beneficiario non si avrà estinzione del diritto del terzo perché questo, essendo già entrato nel patrimonio del terzo, sarà trasmesso ai suoi eredi *iure successionis* salva facoltà di revoca della designazione da parte del contraente.

#### 4.4. *La revoca della designazione*

Due le cause estintive del diritto del terzo determinate da attività del designante: la revoca e l'esercizio del diritto di riscatto.

Il potere di revoca è riconosciuto al designante a tutela della sua libera determinabilità circa l'identità della persona titolare del diritto verso l'assicurazione.

Tale potere trova un limite al suo esercizio, come abbiamo detto, nella morte del contraente, nel verificarsi dell'evento assicurato e nella rinuncia ad un suo esercizio.

La revoca è un atto unilaterale il cui contenuto è rappresentato da una manifestazione di volontà, contraria a quella che ha dato luogo all'atto revocato, volta a ricreare lo stato di cose esistente prima che venisse ad esistenza l'atto revocato. Si tratta pertanto di un atto avente non solo un contenuto negativo, ma altresì un contenuto positivo dal momento che «ciò che caratterizza la revoca è il ripristino di uno stato di cose anteriore all'atto revocato: non è l'effetto puramente negativo, che può mancare, della distruzione degli effetti che può aver prodotto a sua volta questo atto, ma l'effetto positivo della risurrezione di uno stato *quo ante*»<sup>22</sup>.

Nel caso in esame, infatti, la revoca della designazione, avrà l'effetto negativo di privare, con efficacia *ex tunc*, il designato del diritto acquistato per effetto della stipulazione in suo favore, ma avrà inoltre l'effetto positivo di far "resuscitare" il potere di designare un nuovo terzo. Ne seguirà che, a seguito della revoca della designazione, il contraente designante si ritroverà nella posizione che aveva al momento della stipulazione del contratto di assicurazione in mancanza di designazione del terzo beneficiario. Pertanto avrà nuovamente due possibilità: potrà designare un nuovo terzo oppure lasciare che il diritto verso l'assicuratore entri nel suo patrimonio.

La revoca dovrà essere indirizzata sia all'assicuratore che al terzo beneficiario e sarà recettizia nei confronti di entrambi in quanto volta a produrre effetti nella loro sfera giuridica: nella sfera dell'assicuratore perché questi non sarà più liberato, fatte salve le disposizioni in ordine al pagamento al creditore apparente, ove paghi all'*ex* - designato; nella sfera del terzo perché questi perderà il diritto a ricevere la prestazione da parte dell'assicuratore.

Il legislatore si è poi preoccupato all'art. 1921 I comma di regolare la forma della revoca disponendo che la designazione è revocabile nelle stesse forme con le quali può essere fatta.

Tale disposizione sembra interpretabile nel senso di una necessaria simmetria tra la forma della designazione e la forma della revoca.

A riguardo potremmo interrogarci circa la possibilità di revocare

<sup>22</sup> Cfr. SALV. ROMANO, *Revoca (dir. priv.)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 508 ss.; ID., *Sulla revoca degli atti giuridici tra privati*, in *Scritti minori*, t. 1, Milano 1980, p. 235 ss.

la designazione compiuta per testamento, oltre che con un nuovo testamento, anche con un'altra delle forme di revoca delle disposizioni testamentarie previste dal nostro codice.

Dalla lettera della legge parrebbe di dover rispondere in modo negativo a tale quesito. Se così fosse coll'art. 1921 il legislatore avrebbe inteso restringere le forme di revoca delle disposizioni testamentarie. Pertanto, una volta compiuta una designazione per testamento, l'unico modo di revocarla sarebbe quello di compiere un nuovo atto testamentario contenente unicamente la disposizione negativa di revoca.

Tale soluzione comporta due ordini di problemi. Il primo concerne l'ammissibilità di un testamento che non contenga disposizioni patrimoniali, ma la sola revoca. Tale problema è comunque ormai risolto in senso positivo sia da dottrina che da giurisprudenza.

L'altro problema concerne la sorte della designazione nel caso in cui venga revocato l'intero testamento con forme diverse dalla revoca per nuovo testamento. Se infatti seguiamo l'interpretazione dell'art. 1921 sopra proposta ne seguirebbe che, nel caso in cui l'atto testamentario sia stato revocato senza che sia intervenuto un nuovo testamento, la disposizione contenente la designazione continuerebbe a produrre i suoi effetti.

Sembra pertanto che l'interpretazione dell'art. 1921 in base alla quale la designazione per testamento può essere compiuta solo con un nuovo testamento comporti una serie di problemi nella sua attuazione pratica.

Pare pertanto più logico ritenere che il legislatore abbia voluto dire che in caso di designazione per testamento la revoca dovrà esser compiuta nelle forme di revoca del testamento previste dal nostro codice. In particolare con riferimento a quest'ultimo aspetto varrà sicuramente come revoca della precedente designazione testamentaria, un nuovo testamento, in cui il contraente - designante, senza revocare espressamente la precedente designazione, si limita a disporre una nuova designazione.

Pertanto l'espressione di cui all'art. 1921, «la designazione è revocabile con le forme con le quali può essere fatta», deve essere intesa nel senso che in caso di designazione per contratto, la revoca dovrà avvenire attraverso una modifica del contratto, in caso di designazione per dichiarazione unilaterale la revoca dovrà avvenire per dichiara-

zione scritta, in caso di designazione per testamento la revoca dovrà avvenire nelle forme della revoca del testamento.

#### 4.5. *Il riscatto*

Altra ipotesi di estinzione del diritto del terzo si ha a seguito dell'esercizio del diritto di riscatto da parte del contraente.

Si tratta di un vero e proprio diritto di recesso riconosciuto al contraente al fine di porre rimedio ad eventuali problemi finanziari nella prosecuzione della corresponsione dei premi e quindi nella prosecuzione del rapporto con l'assicurazione.

A seguito di tale recesso all'assicurato è restituita una quota inferiore all'ammontare dei premi corrisposti dal contraente fino al momento del recesso. Quanto a quest'ultima il codice non dice in che misura essa sia dovuta e si limita, all'art. 1925, a rinviare alle polizze per la regolamentazione del riscatto specificando che tale regolamentazione deve essere tale «che l'assicurato sia in grado, in ogni momento di conoscere quale sarebbe il valore di riscatto». Dalla dizione della norma si deduce che il diritto di riscatto debba sempre essere previsto e questo in linea con la recedibilità nei contratti di lungo periodo<sup>23</sup>. La mancanza di un'espressa disposizione in tal senso lascia aperti margini interpretativi rispetto alla validità di possibili rinunce al riscatto. Se invece si ritiene che, come in genere per tutti i contratti di durata, debba essere ammesso il diritto di recesso, *quid juris* in caso di rinuncia alla designazione? Due le possibili soluzioni: si potrebbe ritenere che il diritto di riscatto spetti al terzo, soluzione questa che crea perplessità perché il diritto di riscatto è altro rispetto al capitale o rendita ed importa un diritto a porre fine al contratto che spetta alle parti contraenti laddove il terzo, come detto, non è parte. La seconda soluzione è ritenere che il terzo acquista solo il diritto al capitale e rendita e che perde questo diritto se il contratto perde efficacia a seguito del recesso.

Nella norma non si definisce però quale sia il contenuto del diritto

<sup>23</sup> G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1988, p. 35.

di riscatto e di riduzione. Si tratta di diritti riconosciuti all'assicurato il quale dopo aver pagato un certo ammontare dei premi, receda dal contratto prima del termine di durata della polizza. Lo stesso si ha, nel caso in cui il contratto si risolva di diritto *ex art. 1924*.

In tali casi l'assicurato, pur non avendo maturato il diritto all'indennizzo, avrà diritto a percepire una somma minore, detta appunto quota di riscatto, oppure a mantenere in vita il contratto senza pagare ulteriori premi conservando un diritto all'indennizzo in misura ridotta. In quest'ultimo caso si parla di riduzione della polizza.

Per comprendere la natura del riscatto e della riduzione occorre muovere dal valore delle riserve.

Nell'assicurazione sulla vita, infatti, al fine di mantenere inalterato il premio nonostante il variare del rischio demografico, la prestazione del contraente è determinata in modo da risultare superiore al rischio in taluni periodi e inferiore in altri. La differenza positiva tra premio e rischio viene accantonata nella riserva matematica che rappresenta l'ammontare dei premi corrisposti dall'assicurato per rischi che non sono ancora stati coperti dall'assicuratore.

La somma dovuta all'assicurato al momento del suo recesso o della risoluzione del contratto dipende dall'ammontare di tale riserva al momento dell'esercizio del diritto di riscatto.

È questa somma, detratte le spese, in particolare quelle di acquisizione di polizza, che dovrà essere restituita all'assicurato in quanto rappresenta il corrispettivo per un servizio non prestato dall'assicuratore, ovvero la garanzia per una parte di rischio che l'assicuratore non ha ancora sopportato<sup>24</sup>.

Pertanto il riscatto in tale visione entrerebbe, al pari dell'indennizzo, nel corrispettivo dovuto dall'assicuratore<sup>25</sup>.

Per contro altri considerano il riscatto una forma di recesso e la quota di riduzione rispetto all'indennizzo una vera e propria caparra penitenziale<sup>26</sup>.

Una simile prospettiva rischia, però, di perdere di vista gli aspetti carat-

<sup>24</sup> Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 180.

<sup>25</sup> In tal senso G. VOLPE PUTZOLU, *o. c.*, pp. 179-181.

<sup>26</sup> Così N. GASPERONI, *Natura e perfezione del riscatto nell'assicurazione*

terizzanti del profilo economico-giuridico del contratto di assicurazione. È anche vero, che adottando il criterio della riserva matematica nella determinazione della quota di riscatto, si rischia di tenere soltanto conto del variare del rischio demografico, ma non del variare del rischio di investimento.

Queste considerazioni, collegando il diritto di riscatto alla riserva matematica, trovano riscontro nel fatto che il diritto di riscatto non sarà previsto in caso di polizze temporanee causa morte per le quali non vi è una riserva matematica e che la riduzione non sarà prevista in caso di premio unico.

#### 4.6. *Il mancato pagamento del premio*

L'art. 1901, ultimo comma sancisce che la disciplina ivi contenuta, in materia di mancato pagamento del premio non si applica all'assicurazione sulla vita, per la quale è prevista una specifica norma all'art. 1924<sup>27</sup>.

La dottrina comunque, muovendo dal disposto di cui all'art. 1924, I comma, tende ad individuare nell'art. 1901, I e II comma una disciplina generale applicabile non solo alle polizze danni. La norma ivi contenuta non si applicherebbe alle polizze vita esclusivamente per quanto specificatamente disciplinato all'art. 1924<sup>28</sup>.

*sulla vita*, ora in *Assicurazioni private (scritti giuridici)*, Padova, 1972, p. 900 ss.; Id., *La natura giuridica del riscatto nell'assicurazione sulla vita*, ivi, p. 867 ss.

<sup>27</sup> A nulla rileva se il mancato pagamento è imputabile al terzo. Cass., 9 novembre 2016, n. 22864, in *Mass. foro it.*, 2016: «Il pagamento dell'obbligazione pecuniaria è un atto satisfattivo unilaterale che esige la volontà del debitore o di un suo incaricato, non essendo concepibile “in iure” che un pagamento possa avvenire per effetto della semplice volontà del creditore; ne deriva che se il terzo incaricato non adempie, il debitore sarà tenuto a rispondere del suo operato verso il creditore insoddisfatto ai sensi dell'art. 1228 c.c.». Nella specie, la S.C. ha ritenuto che il soggetto assicurato, il quale aveva concordato con l'assicuratore l'addebito dei premi in conto corrente, dovesse rispondere, agli effetti dell'art. 1924 c.c., del mancato pagamento del premio, a nulla rilevando, nei rapporti con il creditore, se ciò fosse avvenuto per negligenza dello stesso debitore o dell'istituto di credito, ossia per l'assenza di un ordine di pagamento rivolto a quest'ultimo o per l'inadempimento dell'ordine stesso

<sup>28</sup> Sul punto P. CORRIAS, sub art. 1926, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, a cura di Volpe Putzolu, Padova, 2010, p. 141.

Pertanto, anche per i contratti di assicurazione sulla vita in cui peraltro la tendenza è in genere quella del pagamento di un premio unico, in base a quanto sancito nell'art. 1901, I comma, se il contraente non paga il primo premio o la prima rata di premio prevista da contratto, gli effetti di questo restano sospesi fino alle ore ventiquattro del giorno in cui il contraente adempie alla propria prestazione. Inoltre, ex art. 1901, II comma, se il contraente non paga i premi successivi, l'assicurazione resta sospesa dalle ore ventiquattro del quindicesimo giorno dopo quello della scadenza.

La disciplina speciale contenuta nell'art. 1924 prevede, per il caso delle assicurazioni sulla vita, che, in caso di mancato pagamento del primo premio, l'assicuratore possa agire entro sei mesi dal giorno in cui il premio è scaduto. Per il mancato pagamento dei premi successivi, si prevede un termine di tolleranza del ritardo nel pagamento, dopodiché il contratto è risolto di diritto.

I premi pagati fino al momento della risoluzione sono acquisiti dall'assicuratore a meno che sussistano le condizioni per il riscatto o la riduzione della somma assicurata.

Inoltre, rispetto a quanto previsto all'art. 1901, l'assicuratore non conserva il diritto al premio per il periodo assicurativo in corso. Una simile previsione sarebbe espressione del *favor* che il legislatore manifesta per l'assicurato nelle polizze vita, considerato anche il fine previdenziale delle stesse<sup>29</sup>.

In assenza di un'espressa indicazione da parte del legislatore, in ordine alle conseguenze della mancata azione dell'assicuratore nel termine di sei mesi dalla scadenza del primo premio di cui al I comma dell'art. 1924, la dottrina ha interpretato il disposto in esame nel senso che la inattività dell'assicuratore pregiudichi il suo diritto ad esigere il premio e determini risoluzione di diritto<sup>30</sup>.

Si nota, infatti, che per le assicurazioni sulla vita, a differenza di quanto sancito all'art. 1901, il legislatore avrebbe previsto perentoriamente che l'assicuratore debba agire per l'adempimento entro sei

<sup>29</sup> M. IRRERA, *L'assicurazione sulla vita*, in CAGNASCO, COTTINO, IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, X, Padova, 2001, p. 243.

<sup>30</sup> In tal senso SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 409.

mesi dalla scadenza del premio. Sembra quindi che, a differenza di quanto avviene per l'assicurazione contro i danni, qui si sia in presenza di un termine di decadenza. La perdurante inattività dell'assicuratore per oltre sei mesi dalla scadenza del premio determinerà l'estinzione del diritto dell'assicuratore ad ottenere il pagamento del premio o il rimborso spese<sup>31</sup>.

Altra differenza tra la disciplina di cui all'art. 1901 e quella di cui all'art. 1924 si ha con riguardo alle possibili azioni dell'assicurato nel far valere l'inadempimento dell'assicuratore. Al secondo comma dell'art. 1924 si prevede infatti che, decorso il termine di tolleranza del ritardo nel pagamento dei premi successivi, il contratto si risolva di diritto.

Questa disposizione lascerebbe pertanto intravedere la possibilità per l'assicurato di abbandonare il contratto in qualunque momento. Peraltro questi non perderà interamente i premi versati ove abbia maturato il diritto di riscatto o di riduzione. Taluni avrebbero così ipotizzato che i contratti di assicurazione sulla vita sarebbero sempre di durata annuale<sup>32</sup>. Si tratta comunque di una tesi, maturata sotto il codice di commercio del 1882, in un contesto normativo diverso dall'attuale, e fondata sulla prassi vigente nel momento storico considerato, rimasta isolata<sup>33</sup>.

Inoltre perché si determini la risoluzione di diritto pare necessario che l'assicurato sia stato messo in condizione di adempiere. Così, nella ipotesi frequente, in cui nelle condizioni generali di polizza è prevista una clausola di indicizzazione del premio e l'obbligo di comunicazione all'assicurato dell'ammontare del premio da corrispondere (comunicazione che di norma avviene fornendo all'assicurato un bollettino prestampato per il versamento), in mancanza di una simile comunicazione, l'inadempimento dell'assicurato non determinerà risoluzione di diritto del contratto.

<sup>31</sup> Cfr. GASPERONI, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 8.

<sup>32</sup> Cfr. VITERBO, *Il contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 59. *Contra* VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, II ed., Milano, 1904, p. 512 ss.

<sup>33</sup> Sul punto SALANDRA, *o. c.*, p. 411.

La norma contenuta nell'art. 1924 ha dato luogo a problemi interpretativi soprattutto sul fronte dell'ambito di applicazione.

Mentre le norme sulla stipulazione a favore (artt. 1920-1922) vengono ritenute applicabili anche alle polizze infortuni, la giurisprudenza è arrivata a diverse conclusioni con riguardo alla norma in esame, che sarebbe dettata in ragione della funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita<sup>34</sup>.

Le disposizioni in commento sono derogabili, in quanto non sono ricomprese tra quelle, tassativamente elencate nell'art. 1932 c.c., derogabili solo nel senso più favorevole all'assicurato.

L'assicuratore può introdurre deroghe alla norma in commento nell'ambito della propria autonomia e nel rispetto della disciplina sui contratti per condizioni generali (art. 1341) e della disciplina sui contratti con il consumatore (artt. 33 ss. codice del consumo d.lg. 206/2005).

Le parti, secondo un'opinione dottrinale, possono prevedere il diritto dell'assicuratore al pagamento del premio relativo al periodo in corso al momento della risoluzione<sup>35</sup>.

I giudici hanno inoltre, in particolare, ammesso la derogabilità dell'art. 1924, II comma ai sensi del quale il mancato pagamento, nel termine di tolleranza previsto, dei premi successivi al primo nel contratto di assicurazione sulla vita determina la risoluzione automatica del contratto stesso.

È così possibile prevedere, nelle condizioni generali, una facoltà di riattivazione della polizza in capo all'assicurato, cui corrisponde una soggezione dell'assicuratore, il quale sarebbe tenuto, in ogni caso, a prendere atto e a rispettare l'avvenuta riattivazione<sup>36</sup>.

In genere, però, ai fini della riattivazione è richiesto il ricevimento da parte dell'impresa di assicurazione di una richiesta di riattivazione da parte dell'assicurato, effettuata utilizzando moduli prestampati messi a disposizione dall'assicuratore, e l'accettazione da parte di quest'ultimo. Si richiede altresì il pagamento dei premi o delle rate di premio arretrate rimaste insolte maggiorate degli interessi di mora.

<sup>34</sup> Così Cass., 24 maggio 2006, n. 12353, in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, 16.

<sup>35</sup> P. CORRIAS, *o.c.*, p. 143.

<sup>36</sup> In tal senso Cass., 20 ottobre 1994, n. 8558, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 1995, p. 626.

La richiesta di riattivazione è inoltre di norma ammessa entro un certo termine dalla scadenza del premio o della rata di premio rimasta insoluta.

Sono inoltre valide le clausole che, in ipotesi di riattivazione del contratto, prevedono la necessità di sottoporsi a nuova visita medica il cui esito è suscettibile di valutazione da parte dell'assicuratore ai fini della riattivazione della polizza<sup>37</sup>. Si tende in tal modo ad evitare una riattivazione compiuta dall'assicurato a seguito di una modifica delle proprie condizioni di salute che abbiano determinato in lui un rinnovato interesse alla polizza. A tal fine nel modulo per la richiesta di riattivazione è altresì solitamente richiesto all'assicurato di dichiarare che il proprio stato di salute non è variato rispetto al momento della stipulazione della polizza.

Resta da stabilire se con la riattivazione si abbia o meno un nuovo contratto. Movendo dai contenuti delle condizioni di polizza e dei moduli per la richiesta di riattivazione presenti nel mercato assicurativo, risulta che attraverso la clausola di riattivazione si pone una deroga alla risoluzione di diritto prevista all'art. 1924. Scaduto il termine di tolleranza la copertura resterà sospesa, ma il contratto non si risolverà. Inizierà così a decorrere il termine per la riattivazione ovvero per la cessazione della sospensione, che si determinerà nel momento in cui si realizzeranno le condizioni previste (richiesta di riattivazione, accettazione dell'assicuratore ove richiesta, pagamento dei premi scaduti oltre gli interessi, eventuale visita medica).

Ancora è possibile che venga abbreviato o prolungato il termine di tolleranza, nonché venga diversamente indicato il momento da cui questo inizia a decorrere<sup>38</sup>.

Simili pattuizioni, anche ove volte a ridurre il termine di tolleranza, non dovrebbero essere considerate onerose in quanto un simile termine è volto a consentire ritardi nel pagamento di debiti scaduti.

#### *4.7. Prescrizione del diritto*

Il terzo può veder estinta la esigibilità del suo credito verso la compagnia a seguito dalla avvenuta prescrizione dello stesso, ha in-

<sup>37</sup> Sul punto SALANDRA, *o.c.*, p. 412.

<sup>38</sup> L'ipotesi è prevista da SALANDRA, *o. l. c.*

vece il diritto a ritenere quanto spontaneamente pagato dalla compagnia ex art. 2940 c.c. Il tema si collega con il problema delle polizze dormienti in cui i beneficiari, ignorando di esserlo, non esercitano il diritto di credito.

Problemi relativi al *dies a quo* riguardano anche la prescrizione del credito del terzo beneficiario designato in polizze sulla vita.

Con la designazione, infatti, non si attribuiscono al terzo soltanto vantaggi, ma anche oneri in particolare l'onere di azionare la propria pretesa verso l'assicurazione entro un certo periodo di tempo pena la prescrizione del proprio diritto. Con la designazione scatta, inoltre, l'onere per il beneficiario di rifiutare il diritto disposto in suo favore se non vuole che il contratto spieghi i suoi effetti nella sua sfera giuridica.

Si discute della recettività della designazione. Ammettere la non recettività della stessa vorrebbe dire che, ove il beneficiario sia rimasto all'oscuro della propria designazione per tutto il tempo della prescrizione, questi, nell'azionare la propria pretesa, potrebbe sentirsi eccepire l'intervenuta prescrizione del proprio diritto.

A riguardo possiamo ricordare una sentenza della Suprema Corte in cui veniva enunciato il seguente principio di diritto: «in tema di assicurazioni sulla vita la prescrizione, annuale, del diritto del beneficiario a riscuotere la somma assicurata decorre dalla data dell'evento e non dal momento in cui il beneficiario stesso ha notizia, per la prima volta, dell'esistenza della polizza a suo favore»<sup>39</sup>.

La S.C. accoglie la tesi della dottrina maggioritaria, che ritiene applicabile anche all'assicurazione sulla vita l'art. 2952 in base al quale il termine di prescrizione del diritto all'indennizzo decorre «dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda»<sup>40</sup>. Così la Cassazione, sulla base di tali premesse, conclude nel senso che, nel caso di assicurazione sulla vita, il diritto si prescrive in un anno dall'evento coperto ovvero la sopravvivenza a una certa data oppure la morte.

<sup>39</sup> Cass., 18 giugno 1998, n. 6062, in *Mass. Foro it.*, 1998. La sentenza è stata oggetto di commento da parte di L. BUGIOLACCHI, *Questioni in materia di contratto di assicurazione sulla vita*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, II, p. 1224.

<sup>40</sup> Cfr. C. DE MARCO, *La prescrizione nell'assicurazione privata*, Milano, 1982, p. 62.

Vero è che, anche accogliendo la tesi della dottrina maggioritaria che ritiene applicabile l'art. 2952 anche all'assicurazione sulla vita, non sembra possibile giungere alle conclusioni cui è giunta la Cassazione.

L'art. 2952, infatti, non sembra derogare al principio generale *actioni nondum natae non praescribitur*<sup>41</sup>, ma semplicemente correggerne la portata: la prescrizione decorrerà sempre in virtù di un diritto azionabile ma solo dopo che si sarà verificato l'evento. Una precisazione, se vogliamo, peraltro superflua dal momento che il verificarsi dell'evento coperto è condizione della stessa esigibilità del diritto nascente dal contratto di assicurazione.

Una diversa soluzione comporterebbe che verificatosi l'evento il termine di prescrizione inizierebbe a decorrere anche ove il diritto nei confronti dell'assicuratore non sia azionabile come nel caso in cui sia previsto uno *spatium deliberandi* o sia comunque prevista una condizione sospensiva del pagamento.

Da tali considerazioni dobbiamo concludere nel senso che l'onere di attivarsi al fine di poter far valere il proprio diritto di credito verso l'assicurazione scatta nel momento in cui si è verificato l'evento purché non sussistano altri limiti, anche sostanziali, all'esigibilità del diritto del terzo. Pertanto, in caso di assicurazione sulla vita a favore di terzo, ove la conoscenza della designazione sia stata successiva all'evento morte il termine di prescrizione non potrà iniziare a decorrere che dal momento della recezione della suddetta dichiarazione<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Sul momento di decorrenza della prescrizione due sono i criteri adottati: il criterio dell'esistenza del diritto e il criterio della lesione del medesimo.

A favore di quest'ultimo la dottrina più remota: C. FADDA-P.E. BENZA, *Note dei traduttori a Windscheid B.*, in *Diritto delle pandette*, Vol IV, Torino, 1930, pp. 658-681.

A favore del criterio dell'azionabilità del diritto: G. PUGLIESE, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1914, p. 104; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, Milano, 1929, I, p. 448 ss.; P. VITUCCI, *Prescrizione*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 8-9; ID., *La prescrizione*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 1990, p. 82 ss.

<sup>42</sup> Per un approccio critico al principio di intangibilità del termine prescrizione a favore della tutela delle situazioni giuridiche in senso concreto cfr. A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del "giusto rimedio"*, Napoli, 2012, p. 142.

Il problema delle polizze dormienti ha trovato soluzione prima con dall'art. 22, comma 14, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito con L. 17 dicembre 2012, n. 221 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese), che ha portato a dieci il termine prescrizione per le polizze vita, che era di un anno nel codice del 1942 portato poi a due anni nel 2008. Il regolamento IVASS 41/2018 ha previsto poi introduzione dell'obbligo di gestione digitale delle informazioni contrattuali in modo da agevolare la raccolta di dati a supporto di un'efficace gestione della clientela target, nonché dell'individuazione dell'identità del beneficiario delle polizze vita, contribuendo pertanto a contenere il fenomeno delle polizze dormienti.

## 5. Online insurance, *polizze vita e diritti del terzo*.

La digitalizzazione del mercato assicurativo non solo nella distribuzione, ma anche nella esecuzione dei rapporti ha interessato anche il settore vita.

Il regolamento IVASS 41/2018, come evidenziato nella relazione di accompagnamento interviene con un potenziamento della digitalizzazione del mercato assicurativo in funzione di maggiore trasparenza e concorrenzialità vedendo nella rete un più facile canale di accesso a informazioni sui prodotti nel mercato.

Quattro essenzialmente le linee di intervento in tal senso:

a) una revisione della disciplina delle aree internet riservate (c.d. home insurance) mediante l'introduzione dell'obbligo di consentire la gestione del contratto per le imprese autorizzate in Italia e, limitatamente ai contratti relativi all'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per la circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per le imprese comunitarie; le aree riservate potranno essere attivate anche tramite applicazione mobile, oltre che da sito internet. Si richiede la gestione digitale dei dati anagrafici presenti nei contratti sottoscritti e delle informazioni relative alle coperture attive e potenziando le funzioni delle aree riservate dei siti internet e delle App.

b) una valorizzazione del sito internet anche in termini di ampliamento dei contenuti a vantaggio degli utenti e delle imprese- Il riferimento è alla previsione come visto della pubblicazione dei set

informativi di tutti i prodotti commercializzati, recapito gratuito per fornire assistenza ai contraenti, regolamenti della gestione separata, nonché dell'informativa sui conflitti di interesse e sulla finanza etica e sostenibile, fino ad oggi inseriti nell'informativa precontrattuale cartacea;

c) la introduzione dell'obbligo di gestione digitale delle informazioni contrattuali in modo da agevolare la raccolta di dati a supporto di un'efficace gestione della clientela target, nonché dell'individuazione dell'identità del beneficiario delle polizze vita, contribuendo pertanto a contenere il fenomeno delle polizze dormienti.

d) eliminazione dell'obbligo di pubblicazione nei quotidiani per i rendimenti delle gestioni separate e delle quote di OICR e fondi interni, nonché previsione della più generale modalità di comunicazione prevista dal Codice che può essere, a scelta del cliente, cartacea o digitale.

FRANCESCO LA FATA

## Àmbito di applicazione dell'art. 1923 c.c. e qualificazione delle polizze *linked*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ricostruzione normativa del modello assicurativo. – 3. Funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita. – 4. Tipologie di polizze c.d. *linked*. – 5. L'assolvimento della funzione previdenziale delle polizze c.d. *linked* quale parametro per l'applicabilità dell'art. 1923 c.c.

### 1. Premessa

La corretta individuazione della natura giuridica delle polizze *linked* ha suscitato un notevole interesse nella recente riflessione giuridica sulle tematiche del diritto delle assicurazioni. Gli ultimi arresti giurisprudenziali tendono a classificarle quali contratti misti, caratterizzati da una duplice componente finanziaria e assicurativa che richiede la verifica, in concreto, dell'assunzione di un rischio demografico «effettivo» o, comunque, l'assolvimento della funzione previdenziale affinché possa ritenersi prevalente – *rectius* esistente – il perseguimento dello scopo assicurativo<sup>1</sup>.

\* Lo scritto sviluppa, mediante integrazioni e l'aggiunta di note, delle riflessioni già contenute in un precedente scritto, v. LA FATA, *La qualificazione giuridica delle polizze c.d. linked "pure" alla luce della funzione previdenziale dei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Dir. mer. ass. fin.*, 2018, p. 113, rispetto al quale, però, si prospetta un parziale cambio di prospettiva.

<sup>1</sup> Cfr., da ultimo, Cass., 5 marzo 2019, n. 6319, in *dir. mer. ass. fin.*, 2019, p. 224 ss., con nota di A.C. NAZZARO, *I rischi dell'assicurazione sulla vita e le polizze unit linked* e Cass., 30 aprile 2018, n. 10333, *ivi*, 2018, p. 113 ss., con nota di F. LA FATA, *La qualificazione giuridica delle polizze c.d. linked "pure" alla luce della funzione previdenziale dei contratti di assicurazione sulla vita*, cit. Ma anche: Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Foro it.*, 2013, I, p. 631 ss. e Cass., 24 aprile 2015, n. 8412, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 970 ss.

Su tali strumenti di contrattazione, poi, nella giurisprudenza di merito si vedano, *ex multis*, Trib. Bari, 9 dicembre 2019, n. 4554, in *Dejure online*; App. Milano, 4 luglio 2019, n. 2994, in *Contratti*, 2019, p. 627 ss.; Trib. Milano, 23 settembre 2019, n. 8455; Trib. Brescia, 13 giugno 2018; Trib. Roma, 4 ottobre 2017, n. 18699; App. Roma, 31 luglio 2017, n. 5204; Trib. Bari, 28 febbraio 2017, n. 1091; App. Milano, 11 maggio 2016, n. 1800; Trib. Bologna, 6 luglio 2015, n. 2146, tutte consultabili in *Dejure online*. Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 30127, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 449 ss., con nota di P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*; Trib. Napoli, 17 aprile 2013, n. 5060, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 4, II, p. 445, con nota di A. CAMEDDA, *La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked stipulate prima delle riforme del t.u.f.*; Trib. Gela, 2 marzo 2013, in *Dir. giust. online*, 2013, 29 marzo; Trib. Ferrara, 25 giugno 2011, n. 1020, con nota di R. CAVALLI, *Polizze linked: contratti di assicurazione o contratti di investimento*, in *dirittobancario.it*; Trib. Parma, 10 agosto 2010, n. 1107, in *Dir. giust. online*, 2010; Trib. Milano, 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, 5, I, p. 1627; Trib. Busto Arsizio, 6 novembre 2009, e Trib. Salerno, 6 ottobre 2008, entrambe consultabili in *Dejure online*; Trib. Bologna, 12 gennaio 2001, in *Assic.*, 2002, II, p. 164 ss. In argomento si è pronunciata anche la giurisprudenza tributaria, v. Comm. trib. Milano, 10 dicembre 2018, n. 5608, in *Riv. giur. trib.*, 2019, p. 257, la quale ha ritenuto che «[l']assenza di garanzia di restituzione di capitale investito e di un rendimento minimo, nonché l'integrale allocazione del rischio in capo all'assicurato, escludono la natura assicurativa delle polizze unit linked. È legittima, pertanto, l'applicazione della c.d. presunzione di fruttuosità a tali prodotti di natura finanziaria ed il conseguente assoggettamento a tassazione dei redditi presunti ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. *g-quater*, del T.U.I.R, quali redditi di capitale»

Si vedano, poi, le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea: Cort. Giust. UE, 1° marzo 2012, causa c-166/2011, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 1876, con nota di E. PIRAS, *Le polizze unit linked al vaglio della Corte di Giustizia UE*. Il giudice europeo, con riferimento alle polizze *unit linked* ha ritenuto, in stretta osservanza al dato normativo, che «la qualificazione di un siffatto contratto come “contratto di assicurazione”, ai sensi della direttiva 85/577, non appare pertanto manifestamente errata. Benché, certo, il contratto in questione [...] offra un'assicurazione sulla vita in cambio del versamento mensile di premi destinati ad essere investiti in titoli a reddito fisso e a reddito variabile nonché prodotti finanziari, e il rischio finanziario di tali investimenti gravi sul sottoscrittore, clausole contrattuali di tal genere non sono tuttavia inabituali». In senso conforme, Corte giust., 31 maggio 2018, causa c-542/16, in *europa.eu*.

In dottrina, tra gli altri, A.C. NAZZARO, *I rischi dell'assicurazione sulla vita e le polizze unit linked*, cit., p. 113 ss.; ID., *La causa delle polizze unit e index linked*, *ivi*, 2016, p. 59 ss.; S. LANDINI, *Sulla validità/invalidità delle polizze linked*, in *Dir. civ.*, 2019, p. 1020 ss.; G.A. POLICARO, *Il labile confine tra prodotti finanziari ed assicurativi*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 1310 ss.; A. ALBANESE, *Assi-*

Le polizze in esame, com'è noto, si traducono, in estrema sintesi, in contratti nei quali la somma dovuta dall'assicuratore al verificarsi di un evento attinente alla vita umana dipende totalmente o parzialmente dall'andamento di un parametro finanziario di riferimento.

Il *discrimen* viene comunemente individuato nella garanzia di restituzione quantomeno del capitale versato dal contraente, così da poter tutelare le esigenze di vita dell'assicurato o dei suoi familiari; ritenendosi che in mancanza di tale garanzia risulti assente la causa previdenziale connotante gli strumenti assicurativi nell'attuale ordinamento, tal che il prodotto oggetto dell'intermediazione costituirebbe un vero e proprio investimento finanziario<sup>2</sup>.

La risoluzione della questione prospettata sembra doversi rinvenire nel corretto intendimento del modello contrattuale assicurativo sulla vita e nell'individuazione della causa concreta dallo stesso perseguibile<sup>3</sup>. In tal senso pare necessaria, in via preliminare, l'analisi del quadro normativo.

*curazione (contratto) - «Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari»*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 1569 ss.; P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 457 ss.; L. BUGIOLACCHI, *I prodotti «finanziari assicurativi»: considerazioni in tema di qualificazione giuridica e disciplina applicabile*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 876 ss. Più risalente, invece, G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked e index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, in *Assic.*, 2000, I, p. 233 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Cass., 30 aprile 2018, n. 10333, cit.; in senso conforme Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, cit. In dottrina, si veda P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in P. MARANO e M. SIRI (a cura di), *La regolazione assicurativa. Dal codice ai provvedimenti di attuazione*, Torino, 2009, p. 65.

<sup>3</sup> Cfr. S. LANDINI, *Sulla validità/invalidità delle polizze linked*, cit., p. 1026, la quale acutamente osserva come «in materia di polizze *linked* occorre fare chiarezza sulla distinzione tra qualificazione del contratto e valutazione dell'esistenza di una causa in concreto, ovvero una valutazione circa il rispetto della funzione previdenziale o di investimento che le parti avevano disegnato nella costruzione del rapporto contrattuale. Dal punto di vista della qualificazione del contratto la norma di riferimento è l'art. 1882 [...]. Ai fini qualificatori quello che rileva è che il credito assicurativo divenga esigibile al momento del verificarsi del sinistro [...]. – Il contratto di assicurazione *linked* da questo punto di vista è qualificabile in termini di assicurazione sulla vita ai sensi dell'art. 1882. [...]

## 2. Ricostruzione normativa del modello assicurativo

Nell'attuale legislazione la definizione delle polizze *linked* si desume, in via generale, dall'art. 2 del d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private, di séguito anche cod. ass.), secondo il quale queste rappresentano delle assicurazioni sulla durata della vita umana (c.d. ramo I) o di nuzialità e di natalità (c.d. ramo II) ove, però, «le prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento»<sup>4</sup>. Con maggiore precisione, l'art. 2 del regolamento Isvap n. 35 del 26 maggio 2010 intende per «contratto *index linked*»: il contratto di assicurazione sulla vita in cui le prestazioni sono direttamente collegate ad un indice azionario o ad altro valore di riferimento»<sup>5</sup>; laddove per «contratto *unit linked*»: il contratto di assicurazione sulla vita in cui le prestazioni sono direttamente collegate al valore di attivi contenuti in un fondo interno detenuto dall'impresa di assicurazione oppure al valore delle quote di OICR»<sup>6</sup>.

L'introduzione nel sistema legale italiano di tali fattispecie negoziali risale alla l. 22 ottobre 1986, n. 742 – che ha recepito la direttiva 79/267/CEE – la quale esplicitamente si occupava delle polizze *unit linked*; il d.lg. 17 marzo 1995, n. 174 – attuativo della direttiva 92/96/CE –, invece, ha introdotto le polizze *index linked*. I citati provvedimenti sono stati poi abrogati dal Codice delle assicurazioni private, che ha notevolmente semplificato la materia<sup>7</sup>. Con l'art. 2 cod. ass. si

Altre sono le valutazioni relative alla funzione in concreto che il contratto deve perseguire nel raggiungimento della funzione che le parti si sono prefissate al momento della stipulazione [...]. Ma in argomento si veda anche A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, cit., p. 68 s.

<sup>4</sup> Nella classificazione ai sensi all'art. 2 cod. ass., queste costituiscono il c.d. ramo III.

<sup>5</sup> Per le polizze *index linked* si veda il Regolamento Isvap n. 32 del 11 giugno 2009, recante la disciplina delle polizze con prestazioni direttamente collegate ad un indice azionario o ad un altro valore di riferimento.

<sup>6</sup> Il regolamento è consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità di vigilanza del mercato assicurativo, *ivass.it*.

<sup>7</sup> È opportuno precisare, però, che la disciplina contenuta nel d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 non ha sostituito quanto previsto dal codice civile in

è provveduto, invero, a una esplicita riconduzione delle polizze *unit* e *index linked* all'interno della categoria dei contratti di assicurazione sulla vita. Ciononostante, la giurisprudenza è intervenuta più volte qualificandole come veri e propri prodotti di investimento, in quanto non idonei al perseguimento di scopi strettamente assicurative<sup>8</sup>. Si ritiene, infatti, che la disposizione generale di cui al citato art. 2 non sia di per sé sufficiente a includere automaticamente le polizze *de quo* nello schema previsto dagli artt. 1882 c.c. ss., dato che il suo meccanismo di funzionamento si traduce, di fatto, nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore, pena la sua nullità<sup>9</sup>. Il dubbio interpretativo nasce essenzialmente dalla progressiva finanziarizzazione che l'elaborazione di tali polizze ha comportato rispetto

tema di contratti di assicurazione, tant'è che l'art. 165 del suddetto decreto sancisce: «fermo restando quanto diversamente previsto dal codice delle assicurazioni, i contratti assicurativi rimangono disciplinati dalle norme del codice civile». Tale disposizione implica, dunque, il rispetto del principio di prevalenza della disciplina speciale su quella generale, imponendone però il raccordo tra le stesse.

<sup>8</sup> Si vedano, in particolare, App. Milano, 11 maggio 2016, n. 1800, cit., secondo cui «le polizze unit linked hanno una forte componente finanziaria e una debole componente assicurativa. Esse, allorquando il rischio venga posto totalmente a carico dell'assicurato e fatto dipendere non dal fattore vita o morte dello stesso, ma dall'andamento delle fluttuazioni del mercato, non possono ricondursi all'alveo dei contratti di assicurazione sulla vita ma piuttosto vanno ricomprese nell'ampia categoria degli strumenti finanziari». Ovvero Trib. Bari, 28 febbraio 2017, n. 1091, cit., ove si chiarisce che «le polizze vita unit linked, indipendentemente dal nomen iuris attribuito, costituiscono un investimento che ha ad oggetto la performance – fortemente altalenante – del prodotto finanziario acquistato».

<sup>9</sup> Così Cass., 5 marzo 2019, n. 6319, cit.; come ben specificato da G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina del contratto di assicurazione in Italia: profili di attualità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, 5 ter, p. 179, una «prima compiuta regolamentazione “moderna” del contratto di assicurazione la si rinviene, infatti, nel Codice del commercio del 1865 che, agli artt. 466 ss. disciplinava tale figura negoziale tenendola però in considerazione ancora sotto l'esclusivo profilo dell'assicurazione contro i danni [...]. Tale sistema subisce una sua prima evoluzione nel passaggio dal Codice di commercio del 1865 a quello successivo del 1882 nel quale, agli artt. 417 ss. pur permanendo una prevalente attenzione per la disciplina del contratto di assicurazione del ramo danni, compare una prima regolamentazione delle assicurazioni ramo vita».

alla tradizionale paradigma di assicurazione sulla vita, ricavabile dal coordinamento tra gli artt. 1882 c.c. e 1919 ss. c.c.<sup>10</sup>.

L'analisi normativa, tuttavia, non può prescindere dal recepimento delle indicazioni promananti dal diritto europeo che, negli ultimi anni, è intervenuto massicciamente sulla materia. In particolare, l'art. 4 del regolamento n. 1286/2014/UE – relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati – e l'art. 2 della direttiva n. 2016/97/UE – recante norme sulla distribuzione assicurativa – introducono i c.d. «prodotti di investimento assicurativo», identificabili con contratti di assicurazione «che presenta[no] una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato»<sup>11</sup>.

In attuazione della direttiva 2016/97/UE, poi, il legislatore nazionale è intervenuto tramite il d.lg. 21 maggio 2018, n. 68, apportando rilevanti modifiche al Testo unico della finanza (di séguito anche t.u.f.) e al Codice delle assicurazioni private, abrogando – tra l'altro – qualsiasi riferimento ai «prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione», sostituiti dalla categoria prima richiamata<sup>12</sup>. Con il d.lg.

<sup>10</sup> P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 10041 ss., osserva che per determinare oggi la complessa attività contrattuale svolta dall'assicuratore, bisogna andare oltre la normativa codicistica. Secondo l'a., l'espressione idonea a ricomprendere la totalità di tali attività si sostanzia nella seguente: «contratti emessi da imprese di assicurazione» di cui all'art. 1, lett., lett. ss), c.a.p. Essa, in particolare, suggerisce la distinzione tra «i contratti assicurativi in senso stretto, contemplati da codice civile [...], e quelli che assicurativi non sono». Per approfondimenti, G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, Milano, 2017.

<sup>11</sup> È opportuno rilevare, per completezza, come una prima nozione di questi può individuarsi nella direttiva 2014/65/UE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, consultabile in *europa.eu*, la quale con l'art. 91 modifica l'art. 2, aggiungendo il n. 13, secondo cui: «“prodotto di investimento assicurativo” è un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato».

<sup>12</sup> Con il d.lg. 29 dicembre 2006, n. 303, infatti, si era introdotta all'art. 1, comma 1, t.u.f., della lettera *w-bis*, la definizione di «prodotti finanziari emessi

n. 68 del 2018, dunque, sembra trovare ulteriore compimento quel graduale processo di finanziarizzazione degli strumenti assicurativi iniziato con la l. 28 dicembre 2005, n. 262<sup>13</sup>. Quest'ultima, infatti, ha inteso riconoscere espressa natura finanziaria alle polizze *linked*, basti citare le modifiche al d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, dal quale è stata abrogata la lettera *f* del comma 1 dell'art. 100, che escludeva dall'ambito di applicazione delle disposizioni del t.u.f. sulla sollecitazione all'investimento dei valori mobiliari i prodotti assicurativi, con la contestualmente introduzione dell'art. 25 *bis*, che estendeva alcune norme del t.u.f. anche ai prodotti finanziari emessi da banche e imprese di assicurazione (in particolare gli artt. 21 e 23), attribuendo alla Consob poteri di vigilanza regolamentare, ispettiva e informativa sulla stipula e sul collocamento di tali prodotti finanziari assicurativi. Sul punto il d.lg. n. 68 del 2018 ha modificato l'art. 25 *ter* t.u.f., il quale oggi stabilisce che «[l]a distribuzione dei prodotti d'investimento assicurativi è disciplinata dalle disposizioni di cui al Titolo IX del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e dalla normativa europea direttamente applicabile». È stato dunque inserito un apposito capo III *ter* al titolo IX del cod. ass., che ha previsto dei requisiti supplementari per la distribuzione dei prodotti di investimento. È di tutta evidenza, allora, nonostante il pessimo coordinamento legislativo, la sostituzione della nozione di «prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione» con quella di «prodotti di investimento assicurativo» e, di conseguenza, la riconduzione delle polizze *linked* all'interno di questo nuovo *genus*<sup>14</sup>. Nell'ottica europea, dunque, sembra sufficiente, affinché risulti integrato il modello negoziale assicurativo,

da imprese di assicurazione», che si sostanziavano nei contratti di cui ai rami vita III e V *ex* art. 2, comma 1, cod. ass.

<sup>13</sup> Sulla finanziarizzazione dei prodotti assicurativi, si veda la ricostruzione degli interventi normativi così come descritta da BUGIOLACCHI, *I prodotti «finanziari assicurativi»*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 876 ss., ove l'a. richiama anche il d.lg. 17 settembre 2004, n. 164 – attuativo della direttiva 2004/39/CE – il quale ha inciso nella materia comportando l'emanazione del nuovo Regolamento «intermediari» n. 16190/2007 della Consob, che dedica il libro VI alla «Distribuzione di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione».

<sup>14</sup> In senso conforme, si veda GUFFANTI, *Le polizze unit linked: un contratto a causa mista*, in *Società*, 2019, p. 1401, nota 1. Ma anche BRIZI, *Le nuove ca-*

che l'erogazione della somma da parte dell'assicuratore sia prevista in occasione del verificarsi di un evento della vita del contraente assicurato, senza alcuna ulteriore specificazione. Da questa concisa descrizione del quadro normativo, sembra emergere un'inversione degli "addendi" di riferimento, in quanto è ormai chiaro che i contratti di cui al ramo III del Codice delle assicurazioni private sono comunque prodotti finanziari; mentre meno chiaro è se – in base all'analisi del singolo regolamento contrattuale – sussista in ogni caso la funzione previdenziale tradizionalmente legata al contratto di assicurazione sulla vita<sup>15</sup>.

### 3. *Funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita*

Nella prospettiva tradizionale le assicurazioni sulla vita si pongono l'obiettivo di garantire all'assicurato dei mezzi economici per far fronte alle esigenze derivanti dalla verifica di un evento riguardante la sua esistenza, in ciò traducendosi la possibilità che queste assolvano alla funzione c.d. previdenziale<sup>16</sup>, dalla quale sembra derivare la *ratio* di norme codicistiche, come – a esempio – l'art. 1923 c.c., che dispone il regime della impignorabilità e inesquestrabilità delle somme dovute dall'assicuratore al beneficiario<sup>17</sup>.

*tegorie normative in materia di prodotti assicurativi finanziari*, in *Danno resp.*, 2019, p. 24 ss.

<sup>15</sup> Si consenta il rinvio a F. LA FATA, *La qualificazione giuridica delle polizze c.d. linked "pure" alla luce della funzione previdenziale dei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., p. 125 s. In termini analoghi cfr. L. BUGIOLACCHI, *I prodotti «finanziari assicurativi»*, cit., p. 876 ss., che richiama l'autorevole opinione di G. ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, in S. AMOROSINO e L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006, p. 91 ss.

<sup>16</sup> Sulla funzione previdenziale, tra gli altri, si veda: E. GUFFANTI, *La funzione previdenziale dei contratti assicurativo-finanziari*, in *Società*, 2011, p. 55 ss.

<sup>17</sup> In tal senso A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 9ª ed., Milano, 2009, p. 193 ss.; O. CLARIZIA, *Funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'«interpretazione secondo costituzione» nella giurisprudenza cretostomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 455 ss. Secondo un'impostazione mi-

La dottrina si è interrogata, però, sulla esatta delimitazione e sulla necessità che una tale funzione caratterizzi il contratto in relazione alla portata degli avvenimenti relativi alla vita umana o ad essa correlati<sup>18</sup>; vista, peraltro, l'insufficienza del tenore letterale degli artt. 1882 e 1919 c.c. per la precisa circoscrizione degli stessi<sup>19</sup>. Sul punto, un'autorevole ricostruzione valuta positivamente le indicazioni rinvenibili dal dettato costituzionale e sovranazionale di rilievo costituzionale<sup>20</sup>. In particolare, si utilizza quale parametro di riferimento l'art. 38, commi 2 e 5, cost., che manifesterebbe la sua portata precettiva anche rispetto alla previdenza privata<sup>21</sup>, nella quale vanno ricondotti i contratti di assicurazione in oggetto<sup>22</sup>. Da ciò, dunque, l'ampliamento della funzione previdenziale, non ascrivibile ai soli eventi morte o sopravvivenza dell'assicurato (deducibili dalla lettera del codice), ma

noritaria, invece, l'art. 1923 c.c. troverebbe fondamento nell'esigenza di garantire il regolare svolgimento del contratto di assicurazione, cfr. L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita a favore di terzo e fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, p. 14 ss.

La giurisprudenza di legittimità ha ormai da tempo aderito all'orientamento prevalente in dottrina, si veda. Cass., S.U., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Assic.*, 2008, II, p. 341 ss., con nota di S. LANDINI, *Fallimento ed assicurazione sulla vita*.

<sup>18</sup> Si vedano sul punto S. TOFFOLI, *Rilievi critici sulla prescrizione breve in materia di assicurazione (sulla vita)*, in *Assic.*, 1997, p. 140; G. CIOCCA, *La libertà della previdenza privata*, Milano, 1998, p. 55.

<sup>19</sup> In questi termini P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, cit., p. 10041 ss.

<sup>20</sup> Si fa riferimento alla proposta interpretativa di P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, p. 37 ss.

<sup>21</sup> Sull'efficacia diretta delle norme costituzionali, si veda, su tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 204 ss.

<sup>22</sup> Così anche Cass., S.U., 31 marzo 2008, n. 8271, cit., ove si legge al § 6 che «la percezione, in termini di diritto vivente, ontologicamente inteso, della dimensione evolutivamente assunta, nell'attuale contesto economico sociale, dallo strumento [...] della assicurazione sulla vita, quale forma di assicurazione privata (pur nelle possibili sue varie modulazioni negoziali) maggiormente affine agli istituti di previdenza elaborati dalle assicurazioni sociali. E che, proprio in ragione di ciò, tende ora porsi, come osservato da attenta dottrina, come "Terzo Pilastro" della previdenza, in una congiuntura, quale quella attuale, caratterizzata dalle crescenti difficoltà dello Stato sociale che, sull'apporto integrativo della assicurazione privata deve necessariamente contare».

estensibile ad altri accadimenti quali l'infortunio, la malattia, la disoccupazione involontaria e l'invalidità<sup>23</sup>.

Il modello delineato dal codice civile, pertanto, andrebbe integrato con il testo costituzionale e ciò in virtù di una interpretazione assiologicamente orientata del sistema, in quanto non ci si può limitare a considerare le sole norme settoriali, ma è necessario che queste siano inquadrare alla luce di principi e valori costituzionali<sup>24</sup>. In questa prospettiva, allora, l'assicurazione sulla vita si sostanzia in un negozio ove l'assicuratore – garantendo un capitale o una rendita all'assicurato – assume su di sé, in primo luogo, il «rischio previdenziale», oltre che quello propriamente demografico, consistente nella possibilità che si verifichi durante la vigenza del rapporto quell'avvenimento della vita dell'assicurato, da intendersi – secondo quanto chiarito<sup>25</sup> – in senso ampio, tale da ricomprendere al suo interno ulteriori eventi socialmente rilevanti dai quali scaturisce l'esigenza di ottenere strumenti adeguati a farvi fronte tramite della prestazione assicurativa<sup>26</sup>. Questa,

<sup>23</sup> Cfr. P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 39, ove l'a. ritiene che, in virtù della portata precettiva dell'art. 38 Cost. e «dalla lettura congiunta dei commi secondo e quinto [...] sia desumibile il pieno riconoscimento e la più ampia tutela della causa negoziale previdenziale nel nostro ordinamento», risultando così «preservato, al massimo grado, l'interesse di ogni cittadino a proteggersi, tramite atti di autonomia privata, nei confronti di bisogni, riconosciuti come socialmente rilevanti, derivanti da accadimenti relativi alla vita umana».

<sup>24</sup> Sull'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, si veda l'insegnamento di P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 29 ss.

<sup>25</sup> Critica in parte tale ricostruzione A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, cit., p. 81, la quale ritiene che l'esplicitazione della «funzione del contratto di assicurazione sulla vita come contratto con causa previdenziale e la lettura congiunta delle norme ordinarie e costituzionali» non convince, «poiché se è vero che la tutela della funzione previdenziale giustifica «un trattamento normativo di favore che si traduce, sul piano contrattuale, in significativi vantaggi per il beneficiario della prestazione, ai quali, però, spesso corrispondono ingenti sacrifici per altri soggetti con i quali entra in relazione» [...], e che, dunque, è necessario circoscrivere con nettezza gli ambiti di operatività, è pure vero che non si giustifica allora l'ampliamento di definizione degli eventi assicurabili e il restringimento del loro valore economico legandolo a limiti di adeguatezza difficilmente valutabili nel caso concreto».

<sup>26</sup> Si badi, nelle forme classiche del contratto di assicurazione sulla vita, l'e-

in sintesi, è la determinazione paradigmatica della funzione previdenziale che trova la sua ragion d'essere nella verifica di un evento contro il quale ci si vuole garantire con appositi mezzi economici in previsione dell'incidenza che lo stesso avrà sulla propria condizione di vita. Affinché però un tale scopo risulti in concreto perseguibile appare necessario che – oltre al rischio demografico – gravi in capo all'assicuratore anche il c.d. «rischio finanziario» correlato alla gestione delle somme incassate con la stipula del contratto, che nelle classiche forme assicurative è costituito dalla determinazione del tasso di interesse in base al quale calcolare il valore attuale delle eventuali prestazioni a favore dell'assicurato<sup>27</sup>, con ciò realizzandosi quella condizione di “equivalenza finanziaria” fra i premi corrisposti dall'assicurato e le somme future dovute dall'assicuratore<sup>28</sup>. L'impresa di assicurazione, infatti, a prescindere dai risultati positivi o negativi della gestione dei premi pagati dal contraente, fornirà le prestazioni indennitarie stabilite nel contratto. Soltanto così pare potersi adeguatamente perseguire la finalità previdenziale.

Ciò premesso, la dottrina non concorda sulla decisività o meno della predetta funzione ai fini della qualificazione di un contratto in termini assicurativi<sup>29</sup>. A ben vedere, una risposta a tale quesito deve

vento che può comportare la prestazione da parte dell'assicuratore comprende la morte dell'assicurato in un certo intervallo di tempo oppure la sua sopravvivenza oltre una data. Cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *Polizze Unit Linked e Index Linked*, cit., p. 10.

<sup>27</sup> E. GUFFANTI, *La funzione previdenziale dei contratti assicurativo-finanziari*, cit., p. 55 ss., individua proprio nella certezza dell'importo da erogare la realizzazione dello scopo previdenziale. In termini analoghi si è espressa anche Cass., S.U., 31 marzo 2008, cit., p. 341 ss., in quanto ha sostenuto che «essendo la fattispecie contrattuale dell'assicurazione sulla vita funzionale al conseguimento dello scopo di previdenza, tale finalità potrebbe dirsi raggiunta soltanto nel caso in cui il contratto abbia conseguito il suo scopo tipico (vale a dire la reintegrazione del danno, provocato dall'evento morte e/o sopravvivenza, tramite la prestazione dell'assicuratore preventivamente stimata idonea a soddisfare l'interesse leso da tale evento)».

<sup>28</sup> Cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *o.c.*, p. 11.

<sup>29</sup> Attribuisce funzione necessariamente previdenziale all'assicurazione sulla vita P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, cit., p. 457 ss., il quale ritiene che «per poter essere

muovere dall'analisi della piú recente evoluzione normativa che ha interessato la categoria dei prodotti assicurativi, riscrivendone in parte i connotati<sup>30</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, infatti, ha chiarito che – alla luce della normativa europea – gli elementi essenziali di un'operazione di assicurazione sulla vita si rinvergono esclusivamente nell'impegno dell'assicuratore, in cambio di un pagamento anticipato del premio, a fornire all'assicurato (in caso di materializzazione del rischio coperto) il servizio concordato al momento della conclusione del contratto<sup>31</sup>. Si è ritenuta sufficiente, di conseguenza, la previsione di una prestazione da parte della Compagnia, a prescindere dalla circostanza che il rischio finanziario sia sostenuto dall'assicurato e, dunque, dalla certezza della stessa, posto che clausole del genere non sono insolite nel moderno mercato assicurativo<sup>32</sup>. È di tutta evidenza – in base a un tale modo di argomentare – la distin-

considerato un contratto di assicurazione sulla vita, qualsivoglia negozio stipulato da un'impresa di assicurazioni deve presentare congiuntamente i seguenti elementi: (i) contemplare un rischio demografico, ossia prevedere una oggettiva ed apprezzabile variabilità della prestazione di una delle parti in ragione della durata della vita umana; (ii) garantire all'assicurato una prestazione certa, qualora si verifichi l'evento (morte o sopravvivenza) contemplato, di ammontare tale da far fronte alle esigenze previdenziali»; E. GUFFANTI, *o.m.c.*, p. 55 ss.; ma anche V. SANGIOVANNI, *La cassazione sull'equiparazione delle polizze unit linked a strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2013, 6, p. 767 ss., secondo il quale l'essenza del contratto di assicurazione sulla vita «consiste nell'obiettivo di garantire un sostegno economico in connessione con eventi attinenti alla vita umana». In senso contrario, G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Assic.*, 2012, p. 407 ss.

<sup>30</sup> Sull'evoluzione storica del contratto di assicurazione sulla vita, si veda V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2011, p. 366 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Corte giust., 31 maggio 2018, case c-542/16, cit., secondo la quale «[n] e consegue che, per rientrare nella nozione di contratto di assicurazione di cui all'articolo 2, punto 3, della direttiva 2002/92, un contratto di assicurazione sulla vita, quale quello oggetto della causa principale, deve prevedere il pagamento di un premio da parte dell'assicurato e, in cambio di tale pagamento, la prestazione di un servizio da parte dell'assicuratore in caso di morte dell'assicurato o il verificarsi di un altro evento specificato».

<sup>32</sup> Così Corte giust., 1° marzo 2012, case c-166/11, cit.

zione tra il rischio demografico e la funzione previdenziale. Soltanto il primo, allora, costituisce requisito essenziale di un prodotto assicurativo vita, traducendosi nella circostanza in base alla quale la prestazione dedotta in contratto (determinata sulla base da una pluralità di fattori e variabili legati soprattutto alle condizioni dell'assicurato) a carico all'assicuratore è dovuta al verificarsi di un evento attinente alla vita umana dell'assicurato<sup>33</sup>. Sì che l'*an* della prestazione scaturisce comunque dal verificarsi dell'evento, mentre il collegamento all'indice finanziario sulla sua determinazione quantitativa<sup>34</sup>.

Una tale ricostruzione trova conforto nel diritto europeo che sembra disarticolare la funzione previdenziale dalla nozione di assicurazione sulla vita, ammettendo la possibilità che questa costituisca una mera occasione di investimento.

#### 4. *Tipologie di polizze c.d. linked*

Con specifico riferimento alle polizze *linked*, l'accertamento dell'esistenza della funzione previdenziale si traduce, in termini applicativi, nella necessità di verificare – all'interno del singolo schema contrattuale predisposto – la redistribuzione del rischio fra contraente e assicuratore, che assume portata decisiva ai fini dell'applicabilità delle norme la cui *ratio* sembra rinvenibile nella stessa finalità di previdenza<sup>35</sup> e dell'assolvimento degli obblighi informativi supplementari nello svolgimento dell'attività distribuzione, oggi previsti nel capo III *ter* del titolo IX, cod. ass.

In quest'ottica, diviene necessario approfondire, seppur sintetica-

<sup>33</sup> Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked e index linked*, cit., p. 233 ss.; A. CANDIAN, *Forme pensionistiche complementari individuali e tutela dell'iscritto*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, p. 14 ss.

<sup>34</sup> È l'opinione di A.C. NAZZARO, *I rischi dell'assicurazione sulla vita e le polizze unit linked*, cit., p. 232 s.

<sup>35</sup> Analogamente si esprime A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, cit., p. 66; ma anche L. BUGIOLACCHI, *I prodotti «finanziari assicurativi»*, cit., p. 876 ss., la quale sostiene che «la questione interpretativa che oggi si pone è quella di comprendere se ed a quali condizioni ai prodotti finanziari assicurativi possa essere applicata anche la disciplina tradizionale di codice civile».

mente, le diverse tipologie di polizze *linked*. Oltre alla richiamata articolazione le *unit* e *index linked* è possibile individuare un'ulteriore classificazione all'interno delle due categorie: esistono *linked* pure, garantite in parte e totalmente garantite<sup>36</sup>.

Con riferimento alle c.d. *unit*, può distinguersi tra: polizze *unit linked* pure, ove l'assicuratore è tenuto a corrispondere all'assicurato un capitale o una rendita al verificarsi dell'evento attinente alla vita dedotto in contratto o alla scadenza di questo, il quale però potrebbe essere inferiore al valore dei premi versati dal contraente o anche pari a zero se il fondo registrasse in quel dato momento un andamento negativo; polizze *partial guaranteed unit linked*, nelle quali l'impresa s'impegna a restituire all'assicurato parte del capitale investito; polizze *guaranteed unit linked*, con queste l'assicuratore, a prescindere dall'andamento positivo o negativo dei fondi in cui sono investiti i premi, garantisce all'assicurato il valore attuariale dei premi versati<sup>37</sup> e, talvolta, anche un rendimento minimo<sup>38</sup>. Anche le *index linked* seguono, sostanzialmente, la medesima catalogazione: esistono, infatti, polizze *index linked* pure, *partial guaranteed index linked* e *guaranteed index linked*<sup>39</sup>.

Da quanto esposto, risulta evidente che nei contratti *unit* e *index linked* può realizzarsi un totale trasferimento del rischio di investimento dall'assicuratore all'assicurato, è il caso delle *linked* c.d. pure;

<sup>36</sup> Cfr. A.C. NAZZARO, *o.u.c.*, p. 59.

<sup>37</sup> Per valore attuariale dei premi versati s'intende quel valore attribuito alle somme che l'assicuratore dovrà corrispondere all'assicurato, valutate sulla base di un procedimento di "attualizzazione", che consiste nell'attribuire a queste un "peso", costituito dalla probabilità del verificarsi di un evento legato alla vita del contraente (morte o sopravvivenza). In questi termini cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *Polizze Unit Linked e Index Linked*, in *quattrocchio.it*, p. 8.

<sup>38</sup> Per una tale distinzione, si vedano, tra gli altri, L.M. QUATTROCCHIO, *Polizze Unit Linked e Index Linked*, cit., p. 24; A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, cit., p. 60, nota 2; E. PIRAS, *Polizze "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 76 ss.

<sup>39</sup> Si veda L.M. QUATTROCCHIO, *Polizze Unit Linked e Index Linked*, cit., p. 24 ss., il quale, infatti, precisa che «nell'esperienza italiana, le polizze *index linked* sono state collegate all'andamento di indici di Borsa ovvero a panieri di azioni, attraverso una forma di "indicizzazione finanziaria" totale o parziale».

ovvero una redistribuzione del rischio finanziario tra le parti contrattuali, come si verifica nelle *partial guaranteed unit linked* e *partial guaranteed index linked*.

Si badi, secondo l'opinione prevalente della giurisprudenza una polizza *index linked* pura non potrebbe qualificarsi come contratto di assicurazione sulla vita, in quanto l'assenza di garanzia della restituzione del capitale investito all'assicurato comporterebbe il venir meno della funzione previdenziale che caratterizza tale fattispecie negoziabile<sup>40</sup>. Concorda con tale soluzione anche quell'orientamento dottrinale secondo il quale risulta necessario distinguere tra i differenti livelli di affidamento offerti dalle polizze *linked* per poterne operare una corretta qualificazione<sup>41</sup>. Minoritaria è, invece, la tesi che ammette la natura assicurativa delle polizze in esame a prescindere dall'obbligo di restituzione del capitale in capo all'assicuratore<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Cass., 30 aprile 2018, n. 10333, cit.; in senso conforme Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, cit. Nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Bari, 9 dicembre 2019, n. 4554, cit. Ma anche le argomentazioni di Trib. Roma, 4 ottobre 2017, n. 18699, cit., che esclude la natura assicurativa di polizze *linked* che non garantiscano la restituzione dei premi versati, ritenendo che le stesse svolgono una funzione di investimento e non previdenziale in quanto «sono calibrate sul titolo nel quale il premio versato dall'assicurato viene reinvestito e non sull'evento morte, atteso che la premorienza dell'assicurato assume nell'economia del contratto valore di mero possibile "accidente"». Ma anche Trib. Bari, 28 febbraio 2017, n. 1091, cit.; *a contrario* App. Roma, 31 luglio 2017, n. 5204, cit., che qualifica il contratto oggetto della sentenza quale assicurazione sulla vita nella misura in cui questo era caratterizzato «dalla certezza della prestazione prevista alla scadenza della polizza (capitale minimo liquidabile alla scadenza)»; App. Milano, 11 maggio 2016, n. 1800, cit.; indirettamente anche Trib. Milano, 16 aprile 2015, n. 30127, cit., in quanto sostiene che «le polizze unit linked che prevedono la prestazione dell'assicuratore determinata a posteriori sulla base dei risultati degli investimenti dei premi corrisposti dal sottoscrittore escludendo la garanzia di rimborso dell'intero premio ma prevedendo una garanzia parziale, non possono essere qualificate come prodotti puramente finanziari ma costituiscono prodotti a componente mista, assicurativa e finanziaria»; Trib. Gela, 2 marzo 2013, cit.; Trib. Parma, 10 agosto 2010, n. 1107, cit.

<sup>41</sup> È la posizione di P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., p. 65.

<sup>42</sup> In questo senso G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked e index linked (ai confini dell'assicurazione sulla vita)*, cit., p. 233 ss. Diversamente, v'è chi

5. *L'assolvimento della funzione previdenziale delle polizze c.d. linked quale parametro per l'applicabilità dell'art. 1923 c.c.*

Le polizze *index* e *unit linked*, come accennato, sono accomunate dalla subordinazione dell'ammontare degli importi dovuti dall'impresa al valore di una entità di riferimento, che può essere rappresentata da un fondo di investimento esterno, interno gestito dall'impresa, un indice azionario, uno strumento finanziario o, in teoria, altro valore monetariamente calcolabile. Esse, dunque, sono dei prodotti «ad elevato contenuto finanziario», che si differenziano dalle tradizionali assicurazioni sulla vita, in quanto il rendimento della prestazione da erogare all'assicurato al verificarsi dell'evento dedotto in contratto non è calcolato esclusivamente tenendo conto di appropriate basi tecniche, come la base demografica e quella finanziaria (intesa quale tasso di interesse annuo, c.d. tasso tecnico), ma risulta contaminato dalla variabilità che caratterizza l'entità dell'obbligazione assunta dall'assicuratore<sup>43</sup>. Potrebbe verificarsi, pertanto, anche l'ipotesi in cui, in assenza di una garanzia di restituzione del capitale versato o di un rendimento minimo, e con un andamento negativo dei titoli di riferimento, l'assicurato non ottenga alcun tipo di prestazione, o ne consegua una notevolmente inferiore ai premi versati, nonostante si

ritiene venir meno la natura giuridica assicurativa di tali polizze, con prevalenza della componente finanziaria. È l'opinione di A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Assic.*, 2007, I, p. 192 ss. Altre interpretazioni, invece, richiamano l'opportunità di rapportare le due componenti, assicurativa e finanziaria, al fine di individuare quale delle due prevalga, con ciò riconoscendosi dunque una natura ibrida alle polizze *linked*. In tal senso M. ROSSETTI, *Polizze linked e tutela dell'assicurato*, in *Assic.*, 2002, I, p. 231; R. CAVALLI, *Polizze linked: contratti di assicurazione o contratti di investimento mobiliare?*, in *dirittobancario.it*, ottobre 2001.

<sup>43</sup> Per approfondimenti sul punto si veda N. TILLI, *I contratti di assicurazione relativi ai prodotti assicurativi-finanziari*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, cit., p. 801 ss., p. 809, secondo il quale «la differenza polizze vita "pure" e strumenti finanziari denominati "polizze vita" appare pertanto decisamente netta; infatti, mentre per le prime l'investimento finanziario è stabile, essendo finalizzato alla conservazione del capitale investito, per le seconde esso è soggetto a fluttuazioni in positivo e in negativo del *benchmark*».

sia verificato l'evento attinente alla vita umana stabilito nel contratto. Non sembra condivisibile sostenere che l'esistenza di un elevato contenuto finanziario possa determinare, di per sé, la mancanza di natura assicurativa nelle polizze *linked*<sup>44</sup>. Sotto il profilo matematico, infatti, anche le tradizionali forme di assicurazione sulla vita sono comunque delle operazioni finanziarie<sup>45</sup>, ove al rischio demografico si affianca un rischio di *performance*, strumentale per garantire l'erogazione della prestazione dovuta<sup>46</sup>. È di chiara evidenza, però, che l'assenza di garanzia di restituzione della una somma assicurata intacca – financo ad annullarla di fatto – la funzione previdenziale. Tale circostanza ha indotto la dottrina prevalente a dubitare della natura assicurativa dei contratti *linked* a séguito del totale trasferimento del rischio di investimento tra assicurato e assicuratore<sup>47</sup>. In senso analo-

<sup>44</sup> In termini analoghi si esprime L. BUGIOLACCHI, *I prodotti «finanziari assicurativi»*, cit., p. 876 ss.

<sup>45</sup> Per operazione finanziaria si intende lo «scambio di somme scadenti in epoche diverse, certe nella loro manifestazione e fisse o variabili (in funzione di parametri di natura finanziaria) nel loro importo. Così L.M. QUATTROCCHIO, *o.c.*, p. 6.

<sup>46</sup> Riconosce l'esistenza di una «duplice funzione ontologica (assicurativa e finanziaria) valevole per tutti i contratti di assicurazione sulla vita» A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, cit., p. 71.

<sup>47</sup> Cfr A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Assic.*, 2007, I, p. 192 ss.

Sul punto, infatti, le difficoltà qualificatorie emergono già dall'esistenza di una molteplicità di ricostruzioni che tentato di spiegare la natura giuridica di tali contratti. Alcuni autori discutono di contratto con causa mista, in tal senso M. ROSSETTI, *Polizze linked e tutela dell'assicurato*, cit., p. 223 ss.; altri invece individuano nelle polizze *linked* un collegamento negoziale tra un contratto di assicurazione sulla vita e uno di investimento in valori mobiliari. Così F. GALGANO, *Il prodotto misto assicurativo-finanziario*, in *Assic.*, 1988, p. 353 ss.; sembra argomentare in termini di negozio indiretto V. SANGIOVANNI, *La cassazione sull'equiparazione delle polizze unit linked a strumenti finanziari*, cit., p. 767 ss., ove l'A. sostiene: «nella prassi può capitare che le polizze linked, seppur formalmente denominate “assicurazioni sulla vita”, svolgano in realtà una funzione speculativa. Tali contratti altro non sono che lo strumento giuridico mediante il quale vengono raccolte le risorse per effettuare investimenti e l'investimento implica per definizione una componente di rischio». In giurisprudenza, parla di «figura mista» Trib. Bologna, 6 luglio 2015, n. 2146, cit.

go, anche la giurisprudenza di legittimità ha osservato che «il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di comportamento previste dalla specifica normativa, deve interpretare il contratto [...] al fine di stabilire se esso, al di là del “nomen iuris” attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di “performance” sia per intero addossato all'assicurato)»<sup>48</sup>.

In considerazione del percorso argomentativo sin qui sostenuto – il quale peraltro è frutto di un parziale mutamento di prospettiva rispetto a quanto osservato in passato<sup>49</sup> –, tuttavia, il fatto che il rischio correlato all'andamento degli indici, cui viene legata la polizza, possa essere addossato interamente all'assicurato<sup>50</sup> non pare circostanza decisiva ai fini dell'individuazione del modello assicurativo, che, di contro, risulterebbe determinante qualora si ritenesse che la ragion d'essere dell'assicurazione sulla vita sia costituita dalla funzione previdenziale. Orbene, è certamente corretto dedurre da ciò l'assenza della funzione previdenziale, emergendo dalle condizioni di polizza una piena condivisione del rischio d'investimento, ma ciò non è sufficiente a determinare il venir meno dello schema contrattuale di cui agli artt. 1882 e 1919 c.c.<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Così Cass., 30 aprile 2018, n. 10333, cit., p. 7, la quale richiama un precedente della stessa Corte, Cass. 18 aprile 2012, n. 6061, cit.

<sup>49</sup> Il riferimento è a F. LA FATA, *La qualificazione giuridica delle polizze c.d. linked “pure” alla luce della funzione previdenziale dei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., p. 113 ss.

<sup>50</sup> Conferma ciò App. Roma, 31 luglio 2017, n. 5204, cit., ove in motivazione si legge che «occorre procedere alla esatta ricostruzione del contenuto e della portata delle condizioni di polizza, onde verificare se effettivamente [...] con tale contratto sia stato previsto il ribaltamento, sull'assicurato, di tutti i profili del rischio d'investimento, con esclusione di ogni garanzia di minimo».

<sup>51</sup> Secondo A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, cit. p. 88 ss., «è certamente vero che il risultato economico cui pervengono le polizze *linked* è quello di ancorare la prestazione dell'impresa al risultato dell'investimento per cui il rischio di esso ricadrebbe interamente sull'assicurato, ma ciò che resta da verificare è la modalità operativa di tale “ancoraggio”, poiché, da un lato il rischio a livello economico è neutro e dunque deve essere valutato tanto in positivo quanto in negativo; dall'altro lato, la mancanza di un collegamento diretto tra

Il perseguimento di uno scopo previdenziale, infatti, è certamente possibile e, anzi, viene incentivato dal legislatore con disposizioni di particolare favore; ma il reale assetto di interessi predisposto dalle parti potrebbe anche essere orientato a una finalità d'investimento<sup>52</sup>, pur mantenendosi l'esistenza del rischio demografico, il quale rappresenta, invero, l'elemento caratterizzante il contratto di assicurazione sulla vita. L'individuazione di una finalità di previdenza, allora, sembra incidere sull'accertamento della causa concreta assolta dal contratto, la quale andrà individuata alla luce del singolo regolamento negoziale che le parti si sono date<sup>53</sup>.

In altri termini, il problema – come pure è stato ben osservato – sembra tradursi nell'individuazione della funzione perseguita dai contraenti, risultando lo scopo previdenziale possibile, ma non necessario, e dalla cui identificazione deriva l'applicabilità o meno di disposizioni come l'art. 1923 c.c. e l'eventuale assoggettamento a tassazione, come redditi di capitale, delle somme percepite. Tali norme, infatti, sembrano trovare giustificazione in forza del fatto che il contratto risulti idoneo al perseguimento di una finalità previdenziale. Rimane ferma, ovviamente, l'applicazione del nuovo *corpus* di regole supplementari sulla distribuzione dei prodotti di investimento assicurativo stabilite dal titolo IX, capo III *ter*, cod. ass. (o, prima del d.lg. n. 68 del 2018, degli artt. 21, 23 e 24 *bis* t.u.f.). Ciò detto, per la ricostruzione della disciplina applicabile alle polizze *linked* risulterà sempre necessaria l'analisi del singolo regolamento contrattuale predisposto dalle parti, idoneo a far emergere gli interessi dalle stesse perseguiti.

investimento dell'impresa e rendimento della polizza dovrebbe necessariamente far propendere per qualcosa di differente rispetto ad un contratto di investimento».

<sup>52</sup> Sulla possibilità che l'assicurazione sulla vita persegua finalità differenti da quelle previdenziali, cfr. O. CLARIZIA, *Funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita*, cit., p. 455 ss.

<sup>53</sup> In argomento, si veda A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in ID. e G. PERLINGIERI, *Il contratto*, 2019, p. 270, il quale osserva che «[l]a causa concreta non si risolve nella mera messa in evidenza dell'interesse perseguito dai contraenti [...]: oggetto di valutazione, dunque, non sono soltanto gli interessi dedotti dai contraenti, ma il concreto significato degli effetti giuridici come relativizzato dagli interessi perseguiti dalle parti». Sulla causa concreta, poi, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 236 ss.



CARLA PERNICE

## Designazione e revoca dei beneficiari nell'assicurazione sulla vita tra contratto e successione

SOMMARIO: 1. L'assicurazione sulla vita caso morte quale strumento di pianificazione patrimoniale del fine vita alternativo al testamento. – 2. La tesi che qualifica l'assicurazione vita caso morte quale attribuzione *inter vivos*. – 3. L'orientamento che sostiene la natura *mortis causa* delle attribuzioni nascenti dalle polizze vita. – 4. Polizze vita e designazione generica degli eredi beneficiari. – 5. Polizze vita e successioni transfrontaliere.

### 1. *L'assicurazione sulla vita caso morte quale strumento di pianificazione patrimoniale del fine vita alternativo al testamento*

La presenza nell'ordinamento italiano del divieto dei patti successori (art. 458 c.c.)<sup>1</sup> ha determinato il progressivo diffondersi dell'impiego di modelli contrattuali ammessi dall'ordinamento per realizzare indirettamente attribuzioni parasuccessorie<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 458 c.c. «Fatto salvo quanto disposto dagli articoli 768-bis e seguenti, è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto col quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinuncia ai medesimi».

<sup>2</sup> La dottrina si interroga oramai da tempo sugli istituti alternativi al testamento e sul possibile declino del divieto dei patti successori dettato dalla necessità di offrire un'adeguata risposta da parte dell'ordinamento alla richiesta di strumenti più flessibili del testamento. Sul tema la letteratura è sconfinata. Nell'impossibilità di citarla tutta si vedano almeno P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita not.*, 1993, p. 1281; ID., *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 1 ss.; A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, *ivi*, p. 17; ID., *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, p. 289; ID., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Na-

Tra i principali strumenti convenzionali di trasmissione intergenerazionale della ricchezza vi sono, appunto, i prodotti del mercato assicurativo.

Le esigenze di programmazione del fine vita trovano nei contratti di assicurazione un innegabile strumento di interesse: basti pensare alle *title insurance* in funzione di garanzia dal rischio di azioni restitutorie in caso di violazione della legittima, ma soprattutto all'uso delle polizze vita per il caso di morte a favore di terzi in funzione di pianificazione patrimoniale della successione.

L'assicurazione vita rappresenta in Italia, grazie anche alla previsione di cui all'art. 1923 c.c., uno strumento privilegiato di investimento del patrimonio e di organizzazione familiare del passaggio generazionale dei valori. La norma prevede infatti che «Le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione esecutiva o cautelare. Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni».

poli, 1983; G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni mortis causa*, in *Jus*, 1997, p. 273; V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5 ss.; F. GAZZONI, *Patti successori, conferma di un'erosione*, in *Riv. not.*, 2011, p. 232 ss.; F. PADOVANI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternati al testamento*, *ivi*, 2008, p. 1007 ss.; M.R. MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, p. 91; V. PUTORTÌ, *Promesse "post mortem" e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 729; R. LENZI, *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 1989, p. 1209; C. CACCAVALE e F. TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"*, in *Riv. trim.*, 1988, p. 1077; M. IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1371; *Id.*, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 53; F. RUSCELLO, *Successione "mortis causa" e fenomeni "parasuccessori"*, in *Vita not.*, 1998, p. 70; A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti per le successioni future*, in *Studi in onore di Salis*, II, Torino, 2000, p. 1265; G. BONILINI, *Attualità del divieto dei patti successori*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 343 ss.

L'assicurazione sulla vita a favore di terzo costituisce per molti versi l'emblema della duttilità degli strumenti negoziali diversi dal testamento per dare risposta ad esigenze di pianificazione dei rapporti in vista della propria morte. È infatti la preoccupazione di provvedere ai bisogni dei propri cari per il dopo di sé che induce a stipulare tale tipo di polizza. La fattispecie in esame, nel consentire all'assicurato di garantire ad altri condizioni di vita dignitose per il momento in cui avrà cessato di vivere richiama alla mente del giurista i momenti qualificanti del fenomeno successorio: la tutela della posizione del disponente al quale l'ordinamento riconosce il potere di «rivedere» le proprie determinazioni fino all'ultimo istante; la predisposizione di interessi per il momento successivo alla propria morte; l'attenzione nei confronti di chi riceve l'attribuzione. Non è probabilmente un caso che l'assicurazione sulla vita in favore terzo abbia rappresentato il terreno fertile dell'elaborazione teorica relativa alla distinzione tra atti di ultima volontà, negozi *inter vivos*, disposizioni a causa di morte e attribuzioni *trans mortem*<sup>3</sup>.

Tra i principali àmbiti di interferenza tra contratto di assicurazione e successione del disponente, segnatamente, si segnalano: la presunta natura *mortis causa* del diritto alla prestazione assicurativa; la designazione dei beneficiari *per relationem* a favore degli eredi; la revoca testamentaria della precedente designazione contrattuale.

A fronte di un orientamento tradizionale (e consolidato anche a livello giurisprudenziale) che considera le polizze vita per il caso di morte atti *inter vivos* alcuna dottrina, anche recente, ha rimeditato il tema eccependo che in verità si tratterebbe di negozi *mortis causa*.

Il fulcro del dibattito ruota attorno al carattere della revocabilità dell'attribuzione in favore del beneficiario ed al ruolo che questa svolge nella categoria “atti a causa di morte”<sup>4</sup>. Ai sensi del combinato

<sup>3</sup> Tale distinzione si deve a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, *passim*, i cui studi hanno influenzato tutta la dottrina seguente. L'elaborazione dell'A. muove proprio trattazione del contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzo soffermandosi sulla disciplina dettata dagli artt. 1412 e 1920 c.c.

<sup>4</sup> Non è possibile in questa sede affrontare *funditus* un tema che ha costituito oggetto di lavori monografici dei grandi Maestri del diritto prima e dopo l'avvento della codificazione del 1942 e che rappresenta tutt'ora uno degli

disposto di cui agli artt. 1920 e 1921 c.c., infatti «il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione» per effetto della designazione – che «può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento» – ma il contrente ha diritto di revocare la designazione con le medesime forme nelle quali può essere effettuata fino al verificarsi dell'evento all'assicurato<sup>5</sup>, ancorché il beneficiario abbia dichiarato di

argomenti più tormentati del diritto civile. A voler tuttavia illustrare, sia pur succintamente, i termini della questione, può rilevarsi che dall'analisi dei principali studi e delle decisioni emesse in materia traspare una costante interferenza tra gli istituti che orbitano intorno al tema della trasmissione intergenerazionale della ricchezza per il tempo in cui si avrà cessato di vivere. Così dall'analisi del testamento si evince che la revocabilità è tratto caratterizzante i negozi di ultima volontà; dalla *ratio* del divieto del patto successorio istitutivo si desume che la proibizione non opera allorché sia consentito al disponente rideterminare della propria volizione; dalla possibilità di rendere irrevocabile l'attribuzione in favore del beneficiario delle polizze vita si argomenta la positivizzazione di un'eccezionale deroga al divieto dei patti successori. Per un'analisi completa del panorama dottrinale e giurisprudenziale sul tema, V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 32 ss.

<sup>5</sup> Per quanto attiene alla forma dell'atto di revoca della designazione, l'art. 1921 c.c. richiama espressamente le modalità richieste dal precedente articolo per la designazione, con ciò richiamando il generale principio relativo alla forma degli atti "contrari". Secondo l'orientamento prevalente, però, la revoca non deve essere necessariamente esercitata nella stessa forma utilizzata per la designazione, potendo invece validamente essere realizzata facendo ricorso ad una delle forme previste dal secondo comma dell'art. 1920 c.c.: potrebbe così aversi una designazione in sede contrattuale ed una revoca contenuta all'interno del testamento, come pure una revoca, fatta con semplice comunicazione scritta indirizzata all'assicuratore, della precedente designazione testamentaria, ovvero una revoca contrattuale della designazione testamentaria. Si ritiene altresì valida la revoca esercitata con altre modalità eventualmente stabilite nel contratto, che potrebbe anche prevedere una revoca effettuata solo verbalmente. Si veda al riguardo M. IRRERA, in O. CAGNASSO, G. COTTINO e M. IRRERA, *L'assicurazione. L'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cottino, X, Padova, 2001, p. 234; G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 231; A.D. CANDIAN, A. POLOTTI DI ZUMAGLIA e M. SANTARONI, *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, p. 23; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. c.c.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 400; G. VOLPE PETZOLU, *Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1996, p. 2107. *Contra* S. LANDINI, *Sub Art. 1922*, in *Comm. c.c.* Gabrielli,

voler profittare dell'attribuzione a suo vantaggio. «Se il contraente ha rinunciato per iscritto al potere di revoca, questa non ha effetto dopo che il beneficiario ha dichiarato al contraente di voler profittare del beneficio»<sup>6</sup>.

Tale disciplina ha suscitato dubbi sia in ordine al momento e alle modalità di acquisto del diritto da parte del terzo, sia in merito alla consistenza della posizione giuridica del beneficiario.

## 2. *La tesi che qualifica l'assicurazione vita caso morte quale attribuzione inter vivos*

La dottrina maggioritaria, seppur non unanime, ha risposto a tali quesiti facendo riferimento ai risultati raggiunti in tema di contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), schema generale al quale si è soliti ricondurre le polizze vita<sup>7</sup>. Vero è che diversamente dal disposto

Torino, 2011, p. 276 secondo la quale questa conclusione comporta due ordini di problemi: «Il primo concerne l'ammissibilità di un testamento che non contenga disposizioni patrimoniali, ma la sola revoca. L'altro problema concerne la sorte della designazione nel caso in cui venga revocato l'intero testamento con forme diverse dalla revoca per nuovo testamento. Se infatti riteniamo che per la revoca occorra un nuovo testamento, in assenza di questo, la disposizione contenente la designazione continuerebbe a produrre i suoi effetti».

<sup>6</sup> Dispone l'art. 1920 c.c.: «È valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo.

La designazione del beneficiario può essere fatta nel contratto di assicurazione, o con successiva dichiarazione scritta comunicata all'assicuratore, o per testamento; essa è efficace anche se il beneficiario è determinato solo genericamente. Equivale a designazione l'attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona.

Per effetto della designazione il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione».

Ai sensi dell'art. 1921 c.c. «La designazione del beneficiario è revocabile con le forme con le quali può essere fatta a norma dell'articolo precedente. La revoca non può tuttavia farsi dagli eredi dopo la morte del contraente, né dopo che, verificatosi l'evento, il beneficiario ha dichiarato di voler profittare del beneficio.

La rinuncia del contraente e la dichiarazione del beneficiario devono essere comunicate per iscritto all'assicuratore».

<sup>7</sup> Riconducono l'assicurazione sulla vita al contratto a favore di terzo R.

dell'art. 1411 c.c. l'art. 1920 c.c. ricollega l'acquisto non alla stipulazione bensì alla designazione<sup>8</sup>, ma tale circostanza – sostiene tale

CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2012, p. 168; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Milano, 1933, p. 294; M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Milano, 1947, p. 49. In senso parzialmente difforme C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario*, in *Riv. dir. civ.*, 1909, p. 589; G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, cit., p. 2100 ss.; EAD., *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995, p. 90 ss.; L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Varese, 1958, p. 608 ss. i quali valorizzando il *favor terti* tipico delle polizze vita negano la sovrapponibilità delle due discipline. Si osserva, in particolare, che «è incongruo qualificare come contratto a favore di terzo un contratto, che per sua natura, non può che recare beneficio ad un terzo, così come è incongruo applicare in via sussidiaria la disciplina degli artt. 1411 ss. ad una fattispecie negoziale nella quale la destinazione della prestazione ad un terzo è connaturata alla stipulazione» (G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, cit., p. 2105). La distinzione concettuale, si badi, non induce gli Autori a giungere a conclusioni difformi a quelle indicate nel testo ma è sottolineata al fine di evitare la pedissequa trasposizione alle polizze vita delle norme dettate dagli artt. 1411 ss. non espressamente derogate dagli artt. 1920 ss. La differenziazione consente ad esempio di escludere che in caso di mancata designazione il diritto all'indennizzo si consolidi nel patrimonio dell'assicurato e si trasmetta ai suoi eredi *iure successionis*; determina la possibilità di designare il beneficiario anche laddove il contratto originario non riconosca una facoltà di questo tipo; conduce a negare l'applicabilità dell'art. 1412 c.c. che riconosce il diritto degli eredi del beneficiario ad ottenere la prestazione promessa in caso di premorienza dello stesso. Sui rapporti tra la disciplina "generale" di cui agli artt. 1411 ss. c.c. e quella "speciale" di cui agli artt. 1920 ss. c.c., ritiene che la prima si applicherebbe solo ove non espressamente derogata M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Padova, 2011, p. 403. Similmente V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, Napoli, 2011, p. 378, secondo il quale l'art. 1930, comma 3, c.c. consente appieno l'inquadramento del contratto nella categoria del contratto a favore di terzo «con conseguente applicabilità in via residuale, per ciò che riguarda le prerogative del terzo, della disciplina definita negli artt. 1411-1413 c.c.».

<sup>8</sup> Dispone l'art. 1411 c.c. «È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse.

Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo

indirizzo – si giustifica in ragione del fatto che il legislatore, *ex art.* 1920, comma 2, c.c., consente di indicare il beneficiario anche con atto successivo al contratto (testamento o dichiarazione scritta)<sup>9</sup>.

stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare.

In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto».

La disciplina degli artt. 1920 ss. (vedi *supra* nelle note), a ben vedere, si differenzia da quella di cui all'art. 1411 c.c. sotto molteplici aspetti: l'attribuzione della somma assicurata è "libera", non è quindi richiesto l'interesse del contraente alla stipulazione a favore del terzo di cui all'art. 1411, comma 1, c.c. (su tale aspetto, invero, si contrappongono due orientamenti. Secondo L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2010, p. 165, «l'interesse è elemento dell'assicurazione contro i danni perché si vuole evitare un ingiustificato arricchimento conseguente al pagamento di un'indennità che non sia a ristoro di un danno. Nell'assicurazione sulla vita, non operando il principio indennitario, la questione non si pone neppure». Secondo altri, invece, l'interesse è implicito nella stipulazione del contratto di assicurazione. In tal ultimo senso M. IRRERA, *o.u.c.*, p. 404; S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, Sub Art. 1920, in *Comm c.c.* Schlessinger, Milano, 2013, p. 77; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 393 «il beneficio è sempre concesso a persona che lo stipulante ha interesse a favorire»); il terzo acquista il diritto all'indennità per effetto della designazione e non per effetto della stipulazione; la revoca può essere disposta anche qualora il beneficiario abbia dichiarato di accettare la designazione purché l'assicurato non abbia rinunciato alla facoltà di revoca.

<sup>9</sup> Secondo L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 649 «questa norma non si spiega per il sol fatto che il beneficiario può essere designato in un momento successivo alla conclusione del contratto, giacché anche nell'ipotesi di contratti disciplinati dagli artt. 1411-1413 sembra difficile escludere che lo stipulante possa, mediante clausola espressa, riservarsi il diritto di designare in un momento successivi la persona a cui favore dovrà essere eseguita la prestazione». La previsione avrebbe piuttosto quale funzione riconoscere al contraente la possibilità di individuare quale beneficiario un terzo con atto successivo al contratto anche nell'ipotesi in cui non sia stata originariamente pattuita la stipulazione a favore del terzo. Facoltà che viene riconosciuta al contraente assicurato in ragione del fatto che «l'assicuratore sa già sin dal momento della conclusione del contratto che la sua prestazione dovrà necessariamente essere conseguita da persona diversa da colui che contrae» (p. 648). Tant'è che «mentre l'art. 1411 parla di "stipulazione a favore di terzo" l'art. 1920 dispone genericamente che "è valida l'assicurazione sulla vita a favore di un terzo" e non solo quella "contratta

Quanto al maggior potere di revoca dell'attribuzione che caratterizza la fattispecie assicurativa rispetto al modello delineato dall'art. 1411 c.c. – possibile nonostante l'accettazione del terzo – si ritiene che il diverso regime normativo rinvenga la propria *ratio* nel fine previdenziale dell'assicurazione, spettando al contraente stabilire il bisogno che intende soddisfare con la polizza e quindi decidere liberamente per tutta la vita sulla attribuzione del beneficio<sup>10</sup>.

Esclusa la coincidenza tra irrevocabilità della disposizione e perfezionamento dell'acquisto (la revocabilità dell'attribuzione, secondo questo orientamento, non escluderebbe il perfezionamento dell'acquisto – che origina dal fatto stesso della stipulazione – ma opererebbe alla stregua di «condizione sospensiva negativa» ovvero «condizione risolutiva»<sup>11</sup>), si afferma che la designazione svolgerebbe una funzione meramente determinativa, da un punto di vista soggettivo, dell'obbligazione contratta dall'assicuratore e già sorta per effetto del contratto, con la conseguenza che tanto nell'ipotesi di designazione contestuale o successiva realizzata con atto tra vivi, quanto nell'ipotesi di designazione testamentaria, l'acquisto del beneficiario opererebbe *inter vivos*, non potendosi riconoscere alla designazione una natura a geometria variabile<sup>12</sup>.

o stipulata” a favore di terzo, e cioè manca qualsiasi parola o frase dalla quale risulti che per potersi applicare l'art. 1920, la stipulazione a favore di terzi deve essere prevista sin dal momento della conclusione del contratto» (p. 650). Non occorre che l'assicurazione sia “contratta” o “stipulata” a favore del terzo essendo tale previsione implicita. *Contra* L. COVIELLO, *L'assicurazione sulla propria vita a favore di terzo e l'attribuzione per testamento della somma assicurata*, in *Assicurazioni*, 1952, p. 51 ss., secondo il quale nel caso in cui nel contratto di assicurazione sulla vita non sia stata prevista una clausola di destinazione dell'indennizzo a favore del terzo, al fine di consentire la designazione dello stesso sarà necessaria una modifica del contratto.

<sup>10</sup> S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, cit., p. 76, rilevano che il maggior potere di revoca è giustificato in «ragione dell'esistenza di particolari relazioni personali tra lo stipulante ed il beneficiario, solitamente esposte al rischio di mutamenti nel corso del tempo».

<sup>11</sup> Cfr. M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., p. 53 s. e G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 302, secondo il quale per condizione sospensiva negativa si intende «alla condizione che l'assicurato muoia senza avere revocato il beneficio».

<sup>12</sup> L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 658.

Il contratto di assicurazione sulla vita caso morte, si rileva, è infatti per la natura stessa del rischio assicurato a favore di terzo. Il contraente assicurato è consapevole sin dall'inizio che della indennità beneficerà un terzo. Similmente l'assicuratore sa già dal momento della conclusione del contratto che la sua prestazione dovrà necessariamente essere conseguita da persona diversa da colui che contrae. Il proposito dello stipulante di beneficiare un terzo e la promessa di pagare al terzo costituiscono dunque contenuto costante delle polizze vita caso morte e connotano tale contratto sin dal momento della sua stipulazione. Poiché tali elementi arricchiscono il contenuto negoziale sin dal momento in cui esso è posto in essere, è sempre il contratto titolo della prestazione assicurativa in favore del beneficiario. La promessa di pagare il terzo opera sin dal momento della conclusione della polizza, è in tale istante che sorge l'obbligo della compagnia assicurativa e dunque il credito del beneficiario, sebbene il contraente assicurato possa specificarne l'identità anche in un momento successivo alla sottoscrizione del contratto<sup>13</sup>.

Indipendentemente dal mezzo impiegato per integrare la volontà contrattuale, dunque, il titolo della prestazione assicurativa è sempre il contratto ed il beneficiario acquisisce il diritto all'indennizzo sempre *iure proprio* («diritto proprio»), mai *iure hereditario*, anche perché l'assicurato non potrebbe disporre per causa di morte di un bene che in realtà non è mai entrato nel suo patrimonio da vivo<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> L. BUTTARO, *o.c.*, p. 648 ss.: «La stipulazione a favore di terzi è insita nelle assicurazioni sulla vita per il caso morte per la natura stessa del rischio assicurato. Ed invero, poiché l'obbligazione pecuniaria dell'assicuratore diviene liquida ed esigibile solo alla morte del titolare dell'interesse assicurato, costui non potrà in nessun caso godere personalmente dei benefici dell'assicurazione [...] l'assicuratore sa già sin dal momento della conclusione del contratto che la sua prestazione dovrà necessariamente essere conseguita da persona diversa da colui che contrae ed egli si obbliga di conseguenza a pagare al terzo [...], proprio a causa di questa promessa, il beneficiario acquista il diritto verso l'assicuratore a titolo originario e non a titolo derivativo dallo stesso assicurato».

<sup>14</sup> Riconoscono natura autonoma al diritto acquistato dal beneficiario di un'assicurazione sulla vita ai sensi dell'art. 1920 c.c., tra le altre, Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. not.*, 1996, p. 1490 e Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1734. Sull'origine dell'autonomia del diritto del beneficiario si veda in particolare M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., pp. 18

Tale lettura risulterebbe suffragata oltre che dal meccanismo di funzionamento del contratto a favore di terzo – basato sulla scissione soggettiva tra contraente e beneficiario, in cui il primo assume gli obblighi del contratto mentre il secondo ne acquista i diritti – dall’ultimo inciso del secondo comma dell’art. 1920 c.c. e dal disposto di cui all’art. 1923 c.c.

L’art. 1920 c.c., infatti, nello statuire che equivale a designazione l’attribuzione della somma assicurata fatta nel testamento a favore di una determinata persona chiarisce che la designazione è atto *inter vivos* autonomo che può essere contenuto nel testamento senza per ciò stesso essere qualificato come legato<sup>15</sup>.

e 70: «se si fosse seguita l’idea che [...] la somma in parola serviva ad accrescere l’attivo ereditario la conseguenza da trarne sarebbe stata in netta opposizione ai motivi che avevano spinto il contraente ad assicurarsi. Egli aveva risparmiato [...] per evitare la iattura di morire senza lasciare nulla ai propri cari costretti quindi al bisogno. Ma dire che alla sua morte il suo patrimonio [...] si accresceva della somma pagata dall’assicuratore, significava [...] mettere una massa maggiore di beni a disposizione dei suoi creditori [...] che si sarebbero potuti soddisfare su tali somme, magari assorbendole per intero. E quindi una stipulazione rivolta specialmente a vantaggio dei superstiti poteva risolversi in molti casi a profitto dei creditori dell’assicurato, il ch  avrebbe frustato [...] il proposito di quest’ultimo». Per tali ragioni «per garantire al beneficiario la riscossione del capitale sottraendolo alle pretese dei creditori e degli eredi» il legislatore   intervenuto «derogando a due norme fondamentali, di cui l’una autorizza il creditore insoddisfatto ad escutere l’intero patrimonio dell’obbligato [...] e l’altra attribuisce all’erede lo *universum jus defuncti* inteso come comprendente tutti i beni da lui posseduti (ivi compresi i crediti) e tutti gli oneri da lui assunti». L. BUTTARO, *o.l.c.*, individua quale ulteriore esigenza quella «di favorire il diffondersi delle assicurazioni sulla vita che stavano via via acquistando una sempre maggiore rilevanza sul mercato finanziario». Queste due tesi spiegano il dibattito sul fondamento della previsione di cui all’art. 1923 c.c. Sul punto *infra* nelle note. S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell’assicurazione sulla vita*, cit., p. 84, richiamando gli studi compiuti da G. ROJAS ELGUETA, *La disciplina del capitale assicurato ed il regime patrimoniale della famiglia*, 2007, scrivono che «l’origine dell’autonomia del diritto del beneficiario andrebbe ricercata nella struttura sociale, economica e familiare delle societ  della seconda met  del XIX secolo e [...] si afferm , anche in forza della possibilit  di designare un beneficiario che restasse immune dalle ordinarie regole di circolazione della ricchezza in ambito familiare, per garantire un’entit  patrimoniale a quei soggetti (tipicamente il coniuge) che erano esclusi dai diritti successori».

<sup>15</sup> In tal senso L. BUTTARO, *o.c.*, p. 658.

L'art. 1923 c.c. consente ai creditori e agli eredi del defunto di far valere le proprie ragioni sulle somme pagate dal contraente e non anche su quelle assicurate in quanto le prime fuoriescono dal suo patrimonio, mentre le seconde vengono direttamente acquisite dal beneficiario<sup>16</sup>.

Non si tratterebbe quindi mai di una attribuzione a causa di morte, anche perché la funzione delle polizze vita non è ripartire le proprie sostanze residue per il tempo in cui si avrà cessato di vivere, ovvero regolare la devoluzione dei beni del defunto, né quella di far acquisire al terzo un diritto che nasce nuovo dopo la morte del disponente<sup>17</sup>. «Nel concludere un contratto di assicurazione a favore di

<sup>16</sup> Cfr. M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., p. 45; L. BUTTARO, *o.c.*, p. 651 ss. il quale argomenta dalla natura *favor tertii* dell'assicurazione sulla vita caso morte e dall'assenza di alcun riferimento testuale alla designazione nell'art. 1923, comma 2, c.c. che anche in caso di mancanza di designazione il diritto all'indennizzo degli eredi dell'assicurato viene acquisito *iure proprio*. Contra S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore del terzo*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Diritto privato*, III, Padova, 1998 p. 215 e V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 364, ritengono che in tale ipotesi opererà la regola di cui all'art. 1411, comma 3, sicché gli eredi acquisteranno il diritto *iure successionis*.

<sup>17</sup> Secondo Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, cit., p. 1490, nelle polizze vita manca la «connotazione tipica del negozio *mortis causa*, e cioè la manifestazione della volontà di disporre, a favore dei propri eredi, di un bene del quale si presupponga l'appartenenza - presente o futura - al proprio patrimonio». Ritiene M. PERRECA, *La donazione come alternativa al testamento: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2009, p. 103, che l'assicurazione vita dovrebbe ricondursi alla categoria dei negozi *trans mortem*, che non confliggono con il divieto dei patti successori perché non regolano rapporti e situazioni che si formano in via originaria con la morte del soggetto o che da quest'ultima traggono comunque una loro autonoma qualificazione (questa la definizione di negozio *mortis causa* offerta da G. GIAMPICCOLO, *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 ss.; ID., *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 300 e ripresa da R. NICOLÒ, *Disposizione di beni mortis causa in forma indiretta*, in *Riv. not.*, 1967, p. 644, e in ID., *attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 148) ma hanno come finalità quella di regolare una situazione preesistente, sia pure subordinandone gli effetti al momento della morte. Sul punto altresì M. STOLFI, *o.c.*, p. 49, secondo il quale ricondurre l'assicurazione sulla vita a favore nell'ambito dei negozi a causa di morte si scontra «con tutta la storia, la struttura e gli scopi dell'assicurazione a favore di terzi».

un terzo nessuno pensa a fare testamento [...] (ma) tende a mettere i propri cari al riparo delle strettezze economiche derivanti dalla sua morte: non attribuisce loro il patrimonio che egli lascerà, ma versa periodicamente del denaro perché alla scadenza il beneficiario abbia una massa di beni che l'assicurato non aveva in vita»<sup>18</sup>. Lo scopo del contratto è soddisfare, a costo parziale, un bisogno futuro delle persone alle quali si vuole provvedere<sup>19</sup>. Giuridicamente non si realizza una trasmissione della ricchezza dal *de cuius* al beneficiario, tant'è che dal punto vista fiscale la somma dovuta in caso di morte dell'assicurato non è sottoposta all'imposta sulla successione ma assoggettata allo stesso regime giuridico previsto per le assicurazioni danni. L'indennizzo è dunque considerato alla stregua di una forma di reintegrazione patrimoniale, una sorta di risarcimento del danno derivante dalla morte dell'assicurato<sup>20</sup>.

Il diritto del beneficiario non grava sul patrimonio dello stipulante ma è un «diritto», «proprio», «nei confronti dell'assicurazione» e, si potrebbe aggiungere, al patrimonio dell'assicurazione. I premi corrisposti alle compagnie assicurative vengono da queste incamerati e investiti, subendo una sorta di metamorfosi. Le somme versate dall'assicurato fuoriescono dalla sua sfera di appartenenza per entrare nella disponibilità dell'assicurazione ed essere ulteriormente investite, tant'è che alcuna dottrina sostiene che il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 1923 c.c. ravvisi la propria *ratio* nell'esigenza

<sup>18</sup> M. STOLFI, *o.l.c.*

<sup>19</sup> Secondo A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, cit., p. 257; ID., *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, cit., p. 57; ID., *Negozi trans mortem e donazioni indirette*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, t. 2, Milano, 1991, p. 667) sovente tale contratto è rivolto «a risarcire l'erede necessario delle perdite che gli cagiona la successione, non ultime quelle fiscali, e potrebbe essere un modo per consentirgli di accettare l'eredità senza venderla». Similmente S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore del terzo*, cit., pp. 209 e 225.

<sup>20</sup> Per tali osservazioni, G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, cit., p. 89. Cfr. L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 614 ss. «L'assicurazione sulla vita, proprio perché il bene assicurato è la stessa vita umana può coprire e copre non solo e non tanto il danno conseguente alla perdita del reddito [...] (ma) persino quel maggior valore della vita umana».

di tutelare l'assicurazione<sup>21</sup>, e per il caso di riscatto anticipato sono previste delle penali molto gravose, evenienza che non si verifica nel caso di chiusura di conti correnti rispetto ai quali la disponibilità monetaria è considerata di pertinenza del depositante<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Controversa è la *ratio* della disposizione. La dottrina maggioritaria ricollega il divieto di impignorabilità alla funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita, dunque alla tutela dell'assicurato (così Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Foro it.*, 2008, c. 143 ss.; N. GASPERONI, *Impignorabilità e insequestrabilità delle somme dovute dall'assicurazione sulla vita all'erede del fallito del beneficiario*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 3025. Rilevano S. BARISON e M. GAGLIARDI, *Dell'assicurazione sulla vita*, cit., p. 105 che «La disposizione [...] presenta una eloquente analogia [...] con quella dettata dall'art. 2117 c.c. in tema di “fondi speciali di previdenza e assistenza che l'imprenditore abbia costituiti”», condividendone la natura previdenziale). Un diverso orientamento, valorizzando il riferimento letterale alle somme “dovute”, cioè non ancora pagate, ravvisa la *ratio* della norma nella tutela dell'interesse dell'assicuratore (così G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, T.U.F. e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, p. 408; L. BUTTARO, o.c., p. 651 ss., il quale evidenzia che «l'art. 1923, comma 1, c.c. riproduce una norma che era già contenuta nell'art. 5 r.d.l. del 1923 ed ancor prima nell'art. 19 l. 4 aprile 1912 n. 305 [...] essenzialmente dirette a tutelare gli assicuratori»; Cass., 29 marzo 1940, n. 1017, in *Assicurazioni*, 1949, p. 215; App. Roma, 30 maggio 1939, *ivi*, 1940, p. 219; Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, in *Dir. fall.*, 1989, p. 285 secondo la quale la previsione tutela direttamente il patrimonio dell'assicuratore e, indirettamente, l'interesse dell'assicurato, argomentando da ciò l'applicabilità alle sole somme non riscosse). Favorevoli a ricomprendere anche il valore di riscatto nella nozione di «somme dovute dall'assicuratore» Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit.; G. CASTELLANO, *Il pagamento del valore di riscatto all'assicurato fallito*, in *Giur. it.*, 1971, c. 829; G. FAVARA, *Ancora sul fallimento dell'assicurato sulla vita e suoi effetti sul riscatto*, in *Assicurazioni*, 1971, p. 1971; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Rapporti tra fallimento dell'assicurato e divieto di azioni esecutive o cautelari sulle somme dovute in forza di assicurazione vita*, *ivi*, 2000, p. 297.

<sup>22</sup> L'impostazione tradizionale applica al contratto di conto corrente gli schemi del deposito (e/o dell'apertura di credito) e del mandato (così G. FERRI, *Il conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 666; A. FIORENTINO, *Le operazioni bancarie*, Napoli, 1964, p. 217; ID., *Del conto corrente*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 162 ss. Più nel dettaglio le menzionate ricostruzioni sembrano così articolate: all'apertura del conto, quando il cliente versa una somma di denaro, a monte del rapporto si colloca un deposito; diversamente, qualora il conto sia affidato, è presente un'apertura di credito; il successivo obbligo della banca di dare esecuzione agli ordini impartiti e di annotare i relativi movimenti

3. *L'orientamento che sostiene la natura mortis causa delle attribuzioni nascenti dalle polizze vita*

Quanti sostengono la natura *mortis causa* delle polizze vita argomentano dalla natura costitutiva dell'atto di designazione e dalla precarietà dell'aspettativa del beneficiario – essendo il contraente *dominus negotii* fino al verificarsi dell'evento morte, caratteristica quest'ultima tipica degli atti di ultima volontà – e ritengono che, per lo meno nell'ipotesi di designazione testamentaria, l'assicurazione sulla vita assuma i connotati di un'attribuzione a causa di morte<sup>23</sup>.

monetari – c.d. servizio di cassa – integra, infine un rapporto di mandato). Secondo alcuni si tratterebbe di un contratto innominato misto (G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1981, p. 490 ss., il quale discorre di «unità della causa»; Cass., 23 gennaio 1979, n. 517, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, p. 145; Cass., 23 maggio 1986, n. 3447, in *Giur. it.*, 1988, c. 889; Cass., 28 giugno 2002, n. 9494, in *Contratti*, 2002, p. 1023.) Altri preferiscono ricorrere alla figura del collegamento negoziale (G. FERRI, *o.l.c.*; F. GIORGIANNI, *I crediti disponibili*, Milano, 1974, p. 287; G.F. CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, p. 84; F. MARTORANO, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1955, p. 130; Cass., 23 gennaio 1984, n. 548, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 70). Discorrono di contratto legalmente tipico V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano, 1992, p. 10; ID., *Conto corrente bancario*, in *Dir. banc.*, 1988, p. 407 ss.; M.R. MORELLI, *Materiali per una configurazione del conto corrente bancario come contratto legalmente tipico*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 140 ss.; N. SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1988, p. 407). La riconduzione della fattispecie al deposito o all'apertura di credito mista a mandato ha suscitato invero già da tempo qualche perplessità tra i giuristi, i quali non hanno mancato di evidenziare come le strutture richiamate, che realizzano una tipica funzione di scambio, non appaiano idonee ad esprimere la funzione propria del conto corrente. Così M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, p. 135 ss., preferisce ricostruire il conto corrente come «regolamento convenzionale di una disponibilità monetaria». Similmente N. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 5, secondo il quale la qualificazione della fattispecie in termini di deposito o apertura di credito misti a mandato sembra scontare un approccio formalistico, sí da determinare «un distacco dell'atto dal suo farsi; uno spoglio di concrete circostanze, intenzioni e motivi; un catturarlo nella misura della giuridicità».

<sup>23</sup> Segnatamente nell'ambito della dottrina che riconosce alle assicurazioni sulla vita natura *mortis causa* si contrappongono due orientamenti. Alcuni distinguono a seconda del mezzo scelto per l'indicazione del destinatario beneficiario, contratto o atto *ante mortem* da un lato, testamento dall'altro, il primo

In particolare si osserva che se da un lato l'art. 1920 c.c. discor-

negozio *post mortem*, il secondo negozio *mortis causa* (così G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 305-307 il quale rileva che «se la designazione del terzo beneficiario è effettuata nel contratto di assicurazione, o comunque successivamente ma nelle forme *inter vivos*, non è dubbio che *al momento della designazione* il terzo acquista il beneficio [...] (sia pure a termine iniziale della morte dell'assicurato e sotto condizione sospensiva del non verificarsi di una revoca) [...]. Ma, quando la designazione è compiuta per testamento [...] il diritto proprio del terzo si produce soltanto alla morte del testatore». Secondo l'A. poiché la designazione testamentaria, per sua natura, non può che produrre effetti dopo la morte dell'assicurato, l'attribuzione fatta per testamento è a causa di morte «dal momento che opera alla morte e per la morte dell'attribuente». In questo caso però si pone un problema acutamente colto da M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., p. 45 seppur non con specifico riguardo alla designazione testamentaria: «concesso che la tesi qui combattuta sia esatta, e cioè che il terzo acquista *mortis causa* il capitale assicurato, bisognerebbe spiegare come possa quest'ultimo riguardarsi come oggetto di un acquisto *mortis causa* quando nel momento della morte non fa parte del patrimonio dell'assicurato: [...] l'acquisto dell'indennità presuppone la morte dell'assicurato e quindi cronologicamente deve seguire quest'ultima sia pure di un attimo: ciò significa però che l'indennità al momento dell'apertura della successione non fa parte dei beni del defunto e quindi esclude che si possa dare acquisto *mortis causa* di essa da parte del terzo»). Altri sostengono che le assicurazioni sulla vita integrino sempre una attribuzione a causa di morte (in tal senso C. MANENTI, *Il contratto di assicurazione sulla vita*, cit., p. 589; C. VIVANTE, *Tratt. dir. comm.*, VI, Milano, 1904, p. 512; ID., *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni sulla vita*, III, Milano, 1887, p. 78; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 320 nota 3; L. FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 93; T. FORMICHELLI, *Riflessioni sulla qualificazione del contratto di attribuzione dopo la morte*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 478 ss.; V. BARBA, *I patti successori ed il divieto di disposizione della delazione*, cit., p. 110 ss., secondo il quale la designazione è atto di ultima volontà, dunque *mortis causa*, e la circostanza che lo stipulante possa revocare il beneficio e anche nell'ipotesi di accettazione del beneficiario non va vista come una previsione eccezionale che deroga alla disciplina generale di cui agli art. 1411 ss. – secondo la quale l'accettazione determina la definitività dell'attribuzione – ma una regola di coerenza con la natura di ultima volontà della designazione: «la circostanza che lo stipulante possa modificare o revocare la stipulazione, ove pure il terzo abbia dichiarato di volerne profittare, è [...] una semplice conseguenza logico-giuridica della natura dell'atto di nomina. Cfr. C. MANENTI, *o.c.*, p. 591 secondo il quale «il vantaggio potè essere destinato al terzo e poi da esso acquisito solo come effetto [...] di una vera e propria dispo-

re di «diritto proprio nei confronti dell'assicurazione», dall'altro precisa che tale diritto nasce «per effetto della designazione». La seconda parte della disposizione riconduce la nascita del diritto al momento designativo, che non avrebbe dunque funzione meramente determinativa del beneficiario di un diritto già ed *aliunde* sorto, bensì costitutiva. E poiché l'attribuzione (*rectius* designazione) ex art. 1920 c.c. è revocabile sino al verificarsi dell'evento morte, la nascita della posizione del beneficiario sarebbe differita a tale momento. «Vivo l'assicurato il beneficiario non acquista alcun diritto [...] perché il sorgere nel beneficiario di un tale diritto a partire dalla conclusione del contratto non si può conciliare con la facoltà che a partire dallo stesso viene riservata all'assicurato di revocare o modificare sino alla sua morte la designazione del beneficiario stesso»<sup>24</sup>. Il diritto del terzo è giuridicamente incompatibile con il potere di revoca dello stipulante, onde la conclusione secondo la quale fino a che il diritto di revoca sussista nello stipulante (diritto che si risolverebbe nel diritto di disporre della prestazione) il terzo beneficiario sarebbe titolare di una mera

sizione unilaterale di ultima volontà da parte dell'assicurato [...] destinata appunto perché tale, ad avere efficacia solo per effetto della morte del disponente».

<sup>24</sup> Così C. MANENTI, *o.l.c.*, secondo il quale il base al contratto «il terzo non solo non acquista nessun diritto sul beneficio [...] ma non acquista neppure il diritto [...] di accettare il beneficio che da esso gli verrebbe, se non dopo il fatto stesso della morte dello stipulante». In effetti, a quanti eccepiscono che il potere di revoca è rinunciabile si potrebbe replicare che anche in tale ipotesi la definitività dell'acquisto è subordinata all'accettazione del beneficiario, e che questa, nel caso di polizze vita caso morte, tendenzialmente interviene dopo la verifica dell'evento morte, momento in cui il terzo viene a conoscenza dell'attribuzione in suo favore. La circostanza che il legislatore sia intervenuto a disciplinare le polizze dormienti in parte conferma l'assunto. Il fenomeno si spiega in quanto il più delle volte i beneficiari sono inconsapevoli dell'esistenza di una polizza vita in loro favore. *Contra* U. NAVARRINI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, Torino, 1896, p. 28 s., secondo il quale «tale coesistenza [...] non può seriamente ritenersi come inammissibile. Se tali diritti di cui, di cui l'uno distruggere l'altro, coesistono, in tanto coesistono, in quanto sono unicamente in potenza e fino a che vi rimangono. Se l'uno o l'altro viene esercitato, allora, per necessità inevitabile, quello che viene esercitato paralizza e rende impossibile l'esercizio dell'altro: e così, appunto, quando la contraddizione, la ripugnanza si farebbero sentire, vengono soppresse e scompaiono».

aspettativa di fatto, similmente a quanto avviene nelle disposizioni testamentarie<sup>25</sup>.

*A fortiori* dovrebbe considerarsi *mortis causa* l'acquisto del beneficiario nell'ipotesi di designazione testamentaria. In questo caso non solo la designazione – visto l'atto che la contiene – non potrebbe produrre effetto prima della morte del disponente – e quindi, correlativamente, il terzo non potrebbe acquistare alcun diritto prima di tale momento, posto che solo all'apertura della successione la dichiarazione di nomina acquisirebbe efficacia nei confronti della generalità – ma sarebbe anche indisponibile il potere di revoca dell'attribuzione, non potendosi ipotizzare l'accettazione del beneficiario che *ex art. 1920 c.c.* perfeziona l'efficacia della rinuncia al potere di revoca da parte del contraente. Il beneficiario e la compagnia assicurativa, infatti, verrebbero a conoscenza della designazione solo al momento dell'apertura della successione, sicché un eventuale patto di irrevocabilità non sarebbe opponibile né dall'assicuratore né dal terzo designato. «Il potere di revoca della designazione testamentaria sussiste dunque illimitato»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, cit., p. 307; I. LA LUMIA, *La facoltà di revoca del beneficio nelle assicurazioni sulla vita a favore di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, p. 802. *Contra* M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., p. 55, secondo il quale «quando si tenta di argomentare dal parallelismo tra il beneficiario e l'erede non si tiene in debito conto il fatto che le due ipotesi sono forse apparentemente simili, ma profondamente diverse per la struttura dei due negozi contrapposti, e ciò perché in tanto l'erede ha una semplice aspettativa prima dell'apertura della successione in quanto egli acquista sí in base ad un titolo revocabile ma il testamento è tale perché al momento della sua confezione è un atto formato ma non ancora perfetto. Perché lo diventi è necessario che il testatore muoia senza averlo revocato». Invece «il contratto di assicurazione [...] è formato e perfetto al momento in cui lo stipulante e la compagnia scambiano i loro consensi, e da questo istante le due parti acquistano i diritti loro spettanti tra cui [...] quello al pagamento periodico di premi, di contro al quale sta l'altro al pagamento del capitale quando si verifica il sinistro».

<sup>26</sup> Sul punto G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 305 ss. il quale, più in generale, rileva un difetto di coordinamento delle norme dettate in materia di assicurazione sulla vita, alcune applicabili solo alle polizze caso morte altre solo a determinate ipotesi di designazione. In particolare l'A. osserva che per le polizze vita stipulate per il caso di sopravvivenza «in quanto la prestazione diventi esigibile prima della morte dell'assicurato, è chiaro che né

Laddove invece il contraente rinunciasse al potere di revoca ci si troverebbe al cospetto di un patto successorio eccezionalmente consentito dall'ordinamento in deroga al generale divieto di cui all'art. 458 c.c.<sup>27</sup>.

Né varrebbe obiettare contro la tesi della natura *mortis causa* che ai sensi dell'art. 1920 c.c. il beneficiario acquista il diritto *iure proprio* e non *iure hereditario*, nei confronti dell'assicuratore e non dell'eredità. «Questa esatta osservazione [...] non esclude affatto che nell'ipotesi possa qualificarsi un'attribuzione a causa di morte [...]. L'osservazione che il terzo beneficiario non sia un erede o un legatario, ossia un successore dell'assicurato, non è preclusiva (perché) [...] né

la designazione n'è la revoca contenute in testamento potranno produrre effetto [...] essendosi gli effetti del contratto definitivamente consolidati oramai in testa al beneficiario». Similmente il caso di irrevocabilità pattizia della designazione di cui all'art. 1921 c.c. non potrebbe operare nell'ipotesi della designazione testamentaria: «un patto di irrevocabilità della (futura) designazione di terzo, addietto eventualmente al contratto con l'assicuratore, non può da quest'ultimo opporsi allo stipulante finché la designazione non gli sia stata comunicata [...] meno che mai potrebbe dunque risultare opponibile dall'assicuratore nella specie, una volta che la designazione non gli può essere nemmeno cognita». Per le stesse ragioni «un patto di irrevocabilità nei confronti del terzo designato [...] non potrebbe vincolare il testatore». Quanto alla disciplina di cui all'art. 1923 c.c. l'A. ritiene inapplicabile la previsione ivi contenuta in tema di collazione, imputazione e riduzione del beneficio che altrimenti darebbe luogo ad una serie di incongruenze. Il vizio di coordinamento, secondo l'A., sarebbe da ricondurre alla circostanza che «non si è appieno meditata la sostanziale innovazione portata dall'art. 1920» che ha appunto introdotto l'ipotesi di designazione testamentaria, «con la conseguenza che nella formazione delle varie norme si è avuto riguardo agli elaborati della dottrina formatasi in costanza dell'abrogato codice, senza avvertire la diversità del sistema».

<sup>27</sup> Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 411; L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., p. 110. Cfr. M. STOLFI, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, cit., p. 46 nota 1; N. DI MAURO, *Patti successorii, donazioni mortis causa e contratto a favore di terzo con prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante*, in *Giust. civ.*, 1991, p. 1791; ID., *Patto di intrasmisibilità mortis causa del diritto all'indennità per invalidità permanente e patti successorii*, *ivi*, 1993, p. 728. *Contra* V. BARBA, *I patti successorii ed il divieto di disposizione della delazione*, cit., p. 116 ss. spec. nota 225, secondo il quale la designazione è atto di ultima volontà a causa di morte che tuttavia non interferisce con il divieto dei patti successorii dal momento che non incide sulla delazione.

l'acquisto *mortis causa* coincide con le figure della istituzione di erede o del legato, né l'attribuzione a causa di morte si esaurisce in esse», potendo rientrare «nel concetto dell'attribuzione *mortis causa*, [...] oltre che l'istituzione di erede o legatario, l'attribuzione indiretta a causa di morte, figura della quale qui appunto ricorre un esempio»<sup>28</sup>.

#### 4. Polizze vita e designazione generica degli eredi beneficiari

Il dibattito sulla natura *inter vivos* o *mortis causa* delle polizze caso morte riveste particolare interesse ove si considerino alcune questioni strettamente connesse al tema che qui si discute e di grandissima attualità: come debba avvenire la liquidazione del capitale nel caso in cui l'assicurato designi quali beneficiari «gli eredi» (argomento attualmente sottoposto al vaglio delle Sezioni unite)<sup>29</sup> e come vada inteso il rapporto tra designazione compiuta in vita e successiva disposizione testamentaria (asseritamente) difforme.

Quanto al primo aspetto occorre preliminarmente osservare che l'art. 1920 c.c. consente la designazione generica dei beneficiari, realizzata cioè per *relationem*, a condizione che tali soggetti siano individuati o per lo meno individuabili. Nella prassi assicurativa le clausole

<sup>28</sup> Così G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pp. 305-307.

<sup>29</sup> Cass., 16 dicembre 2019, n. 33195, in *Dir. giust.*, 2019, 229, p. 1 ss. con nota di E. VALENTINO, *Come si deve ripartire il risarcimento pagato dall'assicurazione sulla vita? La parola alle Sezioni Unite*, che ha rimesso alle Sezioni Unite le seguenti questioni:

a. se in materia di assicurazione sulla vita in favore di un terzo, in presenza della diffusa formula contrattuale, presente anche nel contratto in esame e genericamente riferita ai “legittimi eredi”, detta espressione sia meramente descrittiva di coloro che, in astratto, rivestono la qualità di eredi legittimi o se debba intendersi, invece, che sia riferita ai soggetti effettivamente destinatari dell'eredità.

b. se la designazione degli eredi in sede testamentaria possa interferire, in sede di liquidazione di indennizzo, con la individuazione astratta dei legittimi eredi.

c. se, in tale seconda ipotesi, il beneficio indennitario debba ricalcare la misura delle quote ereditarie spettanti *ex lege* o se la natura di “diritto proprio” sancita dalla norma (cfr. art. 1920 c.p.c., u.c.) imponga una divisione dell'indennizzo complessivo fra gli aventi diritto in parti uguali».

di designazione generica assumono le formule piú svariate e sovente la determinazione dei beneficiari è realizzata con riferimento alla loro generica qualità di eredi, testamentari o legittimi, ipotesi questa che, quando presente, spesso porta al sorgere di contestazioni<sup>30</sup>. In questo caso, infatti, si pone il problema di stabilire se una simile designazione abbia mera valenza “descrittiva”, rilevante cioè ai soli fini dell’individuazione soggettiva dei beneficiari, o piuttosto sostanziale, riverberandosi sul *quantum* e sul *quomodo* della liquidazione.

La questione, piú nel dettaglio, si snocciola in un triplice problema interpretativo: il primo riguarda la valenza semantica da attribuire al termine «eredi», ci si chiede in particolare se tale qualità debba essere riferita al momento della designazione o piuttosto a quello dell’apertura della successione; ci si interroga poi sulla necessità o meno dell’accettazione ereditaria a fini dell’attribuzione assicurativa; da ultimo si dibatte in ordine alla possibilità di ripartire l’indennizzo assicurativo applicando le regole materiali sulla successione relative alle quote ereditarie.

Le prime due questioni sono risolte dalla giurisprudenza in manie-

<sup>30</sup> Nella pratica peraltro le formule piú utilizzate risultano, oltre a quella che fa riferimento agli eredi od agli eredi legittimi e/o testamentari, anche le seguenti: ai miei figli, ai miei fratelli, al coniuge. Secondo A. DE GREGORIO e G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 224 con le prime due designazioni (ai figli, ai fratelli) si fa riferimento «a tutti i figli ovvero a tutti i fratelli che si troveranno ad essere nati nel momento della realizzazione del beneficio». Il concepito, non essendo ancora nato al momento dell’evento previsto in polizza, resterebbe quindi escluso dalla designazione di beneficio e per comprenderlo si dovrebbe avere una designazione piú analitica del tipo “tutti i miei figli nati e nascituri”. *Contra* A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1987, p. 336 i quali fanno rientrare nella designazione “a favore dei figli” anche i concepiti. Quanto alla designazione “al coniuge” ritiene che vada interpretata con riferimento al soggetto che tale risulti al momento della designazione medesima G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, cit., p. 230, secondo il quale se il contraente volesse favorire una seconda moglie lo stesso dovrebbe «revocare la prima designazione, che non può che essere riferita alla moglie di allora». Sostiene che i soggetti indicati con la designazione generica (eccetto gli eredi) vadano sempre individuati con riferimento al momento della designazione poiché è per effetto di questa che il beneficiario acquista il diritto alla prestazione assicurativa L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 660.

ra congiunta e pressoché pacifica, sebbene forse un po' "semplicistica" in quanto non si tiene in debita considerazione l'indagine relativa all'effettiva volontà del contraente assicurato. Eccetto qualche isolata voce difforme in dottrina<sup>31</sup>, l'orientamento prevalente ritiene che qualora in un contratto di assicurazione sulla vita per il caso di morte siano stati designati come beneficiari gli eredi legittimi o testamentari dello stipulante, tale riferimento valga a identificare coloro che astrattamente rivestono, al momento della morte del contraente, la qualità di chiamati all'eredità, indipendentemente dalla loro effettiva vocazione e senza che rilevi la (successiva) rinuncia o accettazione della stessa<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> A. CICU, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1954, p. 70.

<sup>32</sup> In tal senso Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, cit. «poiché nel contratto di assicurazione per il caso di morte il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1921 c.c., un diritto proprio derivante dal contratto alla prestazione assicurativa (salvi gli effetti dell'eventuale revoca della designazione ex art. 1921 c.c.), l'eventuale designazione dei terzi beneficiari con la categoria degli eredi legittimi o testamentari non vale ad assoggettare il rapporto alle regole della successione ereditaria, atteso che tale designazione concreta una mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari, i quali sono coloro che rivestono, al momento della morte del contraente, la qualità di chiamati all'eredità, senza che rilevi la (successiva) rinuncia o accettazione dell'eredità da parte degli stessi»; Cass., 21 dicembre 2016, n. 26606, in *Dejure online* «qualora in un contratto di assicurazione sulla vita per il caso di morte siano stati designati come beneficiari gli eredi legittimi dello stipulante, tale riferimento vale a identificare coloro che, in astratto, siano i successibili *ex lege* al momento della morte dell'assicurato, indipendentemente dalla loro effettiva vocazione»; Cass., 15 ottobre 2018, n. 25635, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 1239 con nota di D. PIRILLI, *La designazione (e la revoca) del beneficiario nell'assicurazione sulla vita tra contratto e successione* «nel contratto di assicurazione per il caso di morte, il beneficiario designato acquista, ai sensi dell'art. 1920 c.c., comma 3, un diritto proprio che trova la sua fonte nel contratto e che non entra a far parte del patrimonio ereditario del soggetto stipulante e non può, quindi, essere oggetto delle sue (eventuali) disposizioni testamentarie nè di devoluzione agli eredi secondo le regole della successione legittima; sicché la designazione dei terzi beneficiari del contratto, mediante il riferimento alla categoria degli eredi legittimi o testamentari, non vale ad assoggettare il rapporto alle regole della successione ereditaria, trattandosi di una mera indicazione del criterio per la individuazione dei beneficiari medesimi in funzione della loro astratta appartenenza alla categoria dei successori

Piú controverso è il tema relativo all'applicabilità delle regole sulla devoluzione ereditaria nelle ipotesi in cui il l'assicurato designi quali beneficiari della polizza i suoi eredi. Sul punto si registrano tre orientamenti.

Quanti propendono per la natura *mortis causa* delle attribuzioni nascenti dalle polizze vita ritengono che la clausola in esame stia ad indicare non solo i destinatari dei vantaggi assicurativi ma anche la misura dell'acquisizione e, conseguentemente, il diverso valore delle quote spettanti a ciascun individuo, da commisurarsi alle regole successorie.

Viceversa, l'orientamento prevalente in giurisprudenza, muovendo dalla natura *iure proprio* del diritto alla prestazione assicurativa, ritiene che in mancanza di uno specifico criterio di ripartizione, le quote tra gli eredi debbano presumersi uguali, essendo contrattuale la fonte regolatrice del rapporto e non applicandosi, quindi, la disciplina civilistica in materia di successione<sup>33</sup>. Tale indirizzo sostiene che la

indicata nel contratto, in modo che qualora i beneficiari siano individuati, come nella specie, negli eredi legittimi, gli stessi sono da identificarsi con coloro che, in linea teorica e con riferimento alla qualità esistente al momento della morte dello stipulante, siano i successibili per legge, indipendentemente dalla loro effettiva chiamata all'eredità». Cfr. Trib. Siena, 17 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1337; Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, cit.; App. Milano, 3 gennaio 1989, in *Giur. it.*, 1989, p. 848 e in *Assicurazioni*, 1990, p. 162; Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, cit.; Trib. Lamezia Terme, 24 luglio 1978, in *Assicurazioni*, 1980, p. 53; Cass., 14 gennaio 1953, n. 93, in *Foro it.*, 1953, c. 1073. In dottrina V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, cit., p. 440: «ove il contratto preveda che le somme assicurate debbano essere pagate agli “eredi legittimi o testamentari”, una siffatta designazione rappresenterà una semplice indicazione del criterio che deve essere adottato al fine di potere individuare i beneficiari i quali, pertanto, saranno coloro che al momento dell'apertura della successione dell'assicurato rivestiranno la qualità di eredi legittimi o testamentari, senza che rilevi la (successiva) rinuncia od accettazione dell'eredità, essendo avvenuta la designazione per mezzo di un atto *inter vivos* e non già *mortis causa*». Similmente A. PALAZZO, *Istituti alternativi al testamento*, Napoli, 2003, p. 112; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2002, p. 194; LA TORRE, *L'assicurazione sulla vita “a favore degli eredi”*, in *Assicurazioni*, 1996, II, p. 94; N. GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Passarelli, Milano, 1966, p. 217; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 397.

<sup>33</sup> Cass., 10 novembre 1994, n. 9388, in *Giust. civ.*, 1995, p. 949 «Poiché la

generica espressione «eredi», utilizzata per designare i beneficiari, investa esclusivamente la determinazione dei soggetti titolari dei diritti nascenti dall'assicurazione stipulata a favore degli stessi, non potendosi la formula invece intendere come una sorta di «rinvio materiale» alla disciplina codicistica sulla devoluzione ereditaria (testamentaria o legittima). Ciò in quanto l'applicabilità di tale disciplina al terzo beneficiario contraddirebbe il fondamento normativo del suo acquisto (art. 1920, comma 3, c.c.) definito dalla legge come «proprio» e cioè autonomo, non derivato da quello dello stipulante.

In una posizione intermedia rispetto agli indirizzi appena esaminati si pone l'orientamento interpretativo inaugurato dalla sentenza 29 settembre 2015, n. 19210<sup>34</sup> che, pur non rinnegando la natura contrattuale del conferimento assicurativo, ritiene che nella liquidazione dell'indennizzo possa farsi applicazione delle regole successorie, non sussistendo alcuna incompatibilità logica tra forma e natura (*inter vivos*) dell'attribuzione assicurativa e disciplina materiale della successione. Secondo la Corte la questione va risolta sul piano interpretativo, ed è proprio muovendo dalla ricostruzione della volontà contrattuale che considera del tutto priva di giustificazione la limitazione del senso del termine «erede» alla sola individuazione formalistica di colui che abbia acquisito tale qualità sulla base delle regole della vocazione ereditaria. «Pensare che la genericità del riferimento agli eredi sottenda che l'indennizzo dovrà essere attribuito a favore loro per parti eguali è una forzatura, che fa violenza al criterio di esegesi letterale, a quello teleologico ed in definitiva al buon senso dell'uomo comune» perché «chi stipula vuole individuare non solo il beneficiario

fonte regolatrice del rapporto è costituita esclusivamente dalla polizza, ne consegue che, ove questa preveda una pluralità di beneficiari rispetto all'indennità dovuta dall'assicuratore per il caso di morte dello stipulante e non prefiguri uno specifico criterio di ripartizione delle quote fra i beneficiari medesimi, le quote stesse devono presumersi uguali». Nello stesso senso Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, cit. Cfr. Cass., 5 marzo 2001, n. 3160, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2871; Trib. Roma, 18 marzo 2004, in *Giur. merito*, 2005, p. 1118. Si veda altresì la giurisprudenza richiamata alla nota precedente.

<sup>34</sup> Cass., 29 settembre 2015, n. 19210, in *Danno resp.*, 2016, p. 736 ss., con commento di D.V. CERINI, *I diritti dei beneficiari nell'assicurazione vita: tra volontà del contraente e successione*.

nella sua qualità di erede in senso generico, bensì anche nel valore che la posizione assume, o per testamento o per legge, all'interno della successione»<sup>35</sup>. Tale indirizzo, dunque, scongiura l'asserito pericolo di collisione con il principio di non interferenza fra regole contrattuali e successorie spostando la questione sul piano esegetico affermando, senza in alcun modo rinnegare la natura *inter vivos* dell'acquisto, che una corretta interpretazione della volontà dell'assicurato debba portare a sostenere che il rinvio alla qualità di erede non si limiti alla sola individuazione di *chi* lo sia, ma debba estendersi anche alla determinazione della *misura* in cui il beneficiario sia chiamato all'eredità.

Ulteriore questione oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale che interessa la designazione generica in favore degli eredi investe il rapporto tra nomina dei beneficiari compiuta con atto *inter vivos* e disposizione testamentaria (asseritamente) incompatibile. Ci si chiede in particolare se con riferimento alla revoca della nomina del beneficiario possano valere le regole ermeneutiche che governano la revocazione tacita delle attribuzioni *mortis causa*.

<sup>35</sup> Si aggiunge nella motivazione: «[s]i può opinare che la tesi criticata abbia fondamento tanto nella dottrina delle assicurazioni che l'ha prospettata quanto nella giurisprudenza che l'ha abbracciata in un intento di semplificazione della posizione dell'assicuratore, nel senso di assegnare ad esso una posizione di comodo qual è quella che, all'esito della sola dimostrazione della qualità di erede da parte di ciascuno dei successori si risolve nel pagare l'indennizzo ripartendolo in quote eguali, una volta, appunto, palesatisi gli eredi, anziché tener conto della quota di ognuno, il che potrebbe portare ad una maggiore lungaggine della fase di liberazione dell'assicuratore dall'obbligo assicurativo. Ma, se tale esigenza costituisce la surrettizia giustificazione della tesi criticata, in disparte l'assoluta carenza di fondamento sopra evidenziata secondo le regole dell'ermeneutica contrattuale, si tratterebbe di giustificazione che sarebbe priva di alcun fondamento pratico, atteso che la stessa dimostrazione da parte degli eredi della loro qualità, specie se vi siano contrasti fra loro, può comportare che la situazione non trovi immediatezza di definizione da parte dell'assicuratore. Si deve aggiungere che l'interpretazione criticata, là dove intende le clausole come quelle di cui è processo nel senso che si debbano interpretare come dirette ad attribuire agli eredi una quota dell'indennizzo proporzionale alla quota ereditaria, costituisce piana applicazione del criterio indicato dalla legge nell'art. 1314 c.c., posto che esso impone proprio di dividere l'obbligazione di indennizzo per la parte che corrisponde alla posizione di ciascun erede, e ciò perché questa è quella che la norma definisce come la "sua parte"».

L'orientamento prevalente in materia non esclude in radice la possibilità di invocare le regole sulla incompatibilità oggettiva di cui agli art. 682 ss. c.c.<sup>36</sup> tuttavia pretende che l'inconciliabilità delle dichiarazioni risulti in maniera espressa o per lo meno inequivoca<sup>37</sup>. La casistica sul

<sup>36</sup> Sul tema della revoca implicita delle disposizioni testamentarie sia consentito il rinvio a C. PERNICE, *Institutio ex certa re e revocabilità ex art. 686 c.c.*, in *Riv. dir. succ. fam.*, 2019, p. 599 ss. e ivi ulteriore bibliografia

<sup>37</sup> Trib. Palermo, 22 gennaio 2003, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 825 ss. con nota di L. BUGIOLACCHI, *Assicurazione sulla vita e nuova designazione del beneficiario per disposizione testamentaria incompatibile: il rapporto tra forma e natura dell'atto di designazione*: «la disposizione testamentaria costituisce una delle modalità con cui il contraente di un'assicurazione sulla vita a favore di terzi può revocare, anche tacitamente, la designazione del beneficiario, se la disposizione testamentaria risulti incompatibile con una precedente designazione e quindi dia luogo a nuova designazione» (il Tribunale ha giudicato il desiderio, contenuto in testamento, di attribuire «la piena proprietà di tutti i beni mobili, compreso denaro e titoli di qualsiasi tipo» espressivo, espressivo della volontà del testatore di revocare implicitamente, la precedente designazione). Riguardo alle ipotesi di c.d. revoca tacita (o implicita), risultante da atti incompatibili con la volontà di confermare l'attribuzione al terzo designato, quali una nuova designazione (e non all'aggiunta, che pure è possibile, di un altro beneficiario), l'esercizio del riscatto ex art. 1925 c.c., il mancato pagamento dei premi o la cessione della polizza cfr. Trib. Roma, 27 marzo 1946, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 218; Trib. Cosenza, 30 maggio 1966, in *Arch. resp. civ.*, 1966, p. 857; Trib. Verona, 15 novembre 2016, in *Fam. dir.*, 2017, p. 877 ss., con commento di F.S. MATTUCCI, *Assicurazione sulla vita e revoca implicita di designazione degli originari beneficiari per disposizione testamentaria incompatibile*. Sull'esigenza che la modifica di una precedente designazione non debba tanto essere esplicita quanto inequivoca ex multis N. GASPERONI, *Assicurazione (assicurazione sulla vita)*, in *Enc. giur.* Treccani, III, Roma, 1988, p. 13. Maggiori perplessità suscita l'ipotesi della riduzione della somma assicurata, di cui all'art. 1925 c.c. Secondo alcuni (A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 608; N. GASPERONI, *Le assicurazioni*, cit., p. 223), in caso di riduzione, non avendosi estinzione ma semplice modificazione del contenuto contrattuale, non vi sarebbe revoca del beneficio, tanto è vero che, a seguito della riduzione, il beneficiario continua ad essere titolare del diritto alla prestazione assicurativa, sia pure ridotta nell'ammontare. Secondo altri (A.D. CANDIAN, A. POLOTTI DI ZUMAGLIA e M. SANTARONI, *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, cit., p. 22; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 400), in caso di riduzione, si dovrebbe parlare di revoca parziale, ma la precisazione non pare giustificabile se non nel senso di evidenziare che, a seguito della riduzione della polizza, è stato modificato, e quindi in parte revocato, anche il beneficio del designato.

tema è profondamente eterogenea, l'ipotesi piú frequente però è quella in cui alla designazione contrattuale in favore degli eredi legittimi segue, in testamento, l'istituzione di un erede universale<sup>38</sup>. A tal proposito la giurisprudenza afferma che «la redazione di un testamento successivo alla stipula del contratto di assicurazione con istituzione di un erede non assume chiara valenza di revoca dell'originario beneficiario, individuato negli «eredi legittimi»» e che la revoca della designazione del beneficiario «non si realizza attraverso la modificazione della generica categoria degli eredi legittimi, ma attraverso una specifica individuazione di un nuovo soggetto beneficiario». Pertanto «deve negarsi che, in difetto di alcun riferimento alla designazione formulata nel contratto, tale disposizione testamentaria possa di per se sola integrare univoca manifestazione di volontà di revoca, anche tacita, della (ovvero che sia incompatibile con la) designazione avvenuta nel contratto di assicurazione», vieppiú considerato che «la dichiarazione di revoca va interpretata con i criteri stabiliti dall'articolo 1362 e seguenti c.c. e non con le norme in tema di successione testamentaria, con il *favor testamenti*»<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Un caso particolare è quello deciso da Trib. Perugia, 17 aprile 2015, n. 746, in *Dejure online*, con nota di A. MUSTO, *Discordanza tra l'indicazione dei beneficiari contenuta nella polizza a vita e quella risultante dal testamento: la sentenza del Tribunale Perugia, 17 aprile 2015, n. 746*. A dare origine alla vicenda vi era il contrasto sull'interpretazione da attribuire ad una disposizione testamentaria, che rinviava ad una assicurazione sulla vita, contenuta nel testamento olografo redatto da un'anziana signora. La tutrice di quest'ultima era stata nominata quale esecutrice testamentaria e unica erede ed aveva appreso dal testamento dell'esistenza di una polizza assicurativa stipulata in favore di due Onlus. Entrata in possesso della documentazione relativa all'assicurazione, l'erede notava però che successivamente alla stipula della polizza l'anziana signora aveva piú volte modificato i beneficiari dell'assicurazione. E l'ultima modifica indicava quali beneficiari, oltre ad alcune persone precisamente individuate, anche «gli eredi testamentari», non menzionando piú invece le due Onlus. Il tribunale di Perugia in tale occasione ha statuito che «La frase contenuta in un testamento olografo con cui il *de cuius* rende noto l'esistenza di una polizza sulla vita stipulata in favore di alcuni beneficiari espressamente indicati non ha natura di disposizione testamentaria, ma ha solamente un valore ricognitivo dell'esistenza dell'assicurazione sulla vita. Pertanto, se il *de cuius* ha successivamente modificato i nomi dei beneficiari della polizza, il capitale deve essere liquidato in favore di questi ultimi, in quanto l'obbligazione di pagamento gravante sull'assicuratore discende esclusivamente dal contratto di assicurazione».

<sup>39</sup> Cass., 15 ottobre 2018, n. 25635, cit. nello stesso senso Cass., 21 dicembre 2016,

## 5. Polizze vita e successioni transfrontaliere

A sèguito dell'entrata in vigore del Regolamento UE 650/2012<sup>40</sup> il problema della distinzione tra negozi *inter vivos*, *mortis causa* e *post mortem*, ed in particolare il controverso tema della natura delle attribuzioni nascenti dalle polizze vita e della riconducibilità di tale tipologia negoziale al contratto a favore di terzo, è destinato acquisire nuova linfa vitale arricchendosi, allo stesso tempo, di considerazioni nuove.

Il regolamento UE 650/2012 com'è noto, si propone, di regolare le successioni con implicazioni transfrontaliere all'uopo dettando una serie di disposizioni relative, tra l'altro, alla competenza giurisdizionale e alla legge applicabile alle successioni internazionali. La sua operatività pertanto è subordinata alla previa considerazione della questione quale successoria.

n. 26606, cit., «qualora in un contratto di assicurazione sulla vita per il caso di morte siano stati designati come beneficiari gli eredi legittimi dello stipulante, tale riferimento vale a identificare coloro che, in astratto, siano i successibili *ex lege* al momento della morte dell'assicurato, indipendentemente dalla loro effettiva vocazione, laddove la successiva istituzione testamentaria di uno di questi ultimi quale erede universale non è di per sé idonea a manifestare univocamente la volontà di revoca, anche tacita, della designazione avvenuta nel contratto»; App. Milano, 3 gennaio 1989, cit.: «Nel caso di vocazione di erede universale fatta per testamento, i legittimari pretermessi non sono chiamati alla successione, perciò la formula “eredi legittimi e/o testamentari” usata nella polizza per indicare astrattamente i beneficiari dell'acquisto dell'indennità assicurativa, va riferita al solo erede universale». Sulla possibilità di interpretare le espressioni linguistiche “equivocche” alla luce del testamento e secondo le regole ermeneutiche che riguardano gli atti unilaterali *mortis causa* L. BUGIOLACCHI, *Assicurazione sulla vita e nuova designazione del beneficiario per disposizione testamentaria incompatibile: il rapporto tra forma e natura dell'atto di designazione*, cit., p. 831 s.

<sup>40</sup> Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, noto anche come Bruxelles IV, pubblicato in GUUE, L. 201, del 27 luglio 2012. Per una prima disamina sul tema, v. M.G. ANTOCI, *Le successioni transfrontaliere e il diritto internazionale privato europeo*, in V. CUFFARO (a cura di), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, p. 710 ss.; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Timidi tentativi di armonizzazione della disciplina successoria in Europa*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 495 ss.; L. SARTORI, *Successioni transfrontaliere: il nuovo regolamento europeo di diritto internazionale privato*, in *Riv. not.*, 2013, p. 1251 ss.; A. BONOMI, *Il regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 293 ss.; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1116 ss.; U. TACCONI, *Prime osservazioni sul regolamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di successioni*, in *Vita not.*, 2013, p. 85 ss.

Sebbene le assicurazioni siano *ex art. 1, par. 2, lett. g*, esplicitamente escluse dal perimetro di operatività del regolamento<sup>41</sup> e non possano testualmente rientrare né nella nozione di patto successorio di cui all'*art. 3, par. 1, lett. b*, (non essendo il beneficiario parte del contratto)<sup>42</sup>, né in quello di disposizione causa di morte di cui all'*art. 3, par. 1, lett. d*<sup>43</sup>, deve rilevarsi che nel diritto comune di alcuni stati le polizze vita, e più in generale i contratti a favore di un terzo eseguibili dopo la morte, sono oggetto di qualificazione successoria. I tribunali dei paesi in questione potrebbero dunque decidere in modo autonomo di sottoporre tali atti di trasferimento alle disposizioni del regolamento (*rectius* alla legge designata dal regolamento). L'esclusione delle materie elencate all'*art. 1, par. 2*, dall'ambito di applicazione del regolamento, infatti, non preclude agli stati membri di applicare la disciplina ivi contenuta se secondo il proprio ordinamento la questione deve essere qualificata come successoria. Tale metodo è del tutto legittimo dal punto di vista europeo giacché gli stati membri restano liberi di regolare a loro modo le materie escluse dall'ambito di applicazione di un atto derivato.

A ciò si aggiunga che soprattutto nei sistemi di *common law*, i cui ordinamenti potrebbero essere richiamati applicando i criteri di collegamento individuati dal regolamento, le assicurazioni sulla vita con designazione revocabile vengono ricondotte alla categoria dei *pure will substitutes*<sup>44</sup>, veri e propri atti di natura testamentaria, che si distinguono dagli *imperfect will substitutes* per il fatto di lasciare al disponente il pieno controllo del suo patrimonio fino al giorno della morte; in particolare questi può cambiare o revocare le sue disposizioni, mentre i beneficia-

<sup>41</sup> *Ex art. 1, par. 2, lett. g*, sono «Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento [...] i diritti e i beni creati o trasferiti con strumenti diversi dalla successione, quali le donazioni, la comproprietà con reversibilità a favore del comproprietario superstite, i piani pensione, i contratti di assicurazione e accordi analoghi, fatto salvo l'articolo 23, paragrafo 2, lettera i)».

<sup>42</sup> *Ex art. 3 par. 1 lett b*, per «patto successorio» si intende «l'accordo, anche derivante da testamenti reciproci, che conferisce, modifica o revoca, con o senza corrispettivo, diritti nella successione futura di una o più persone parti dell'accordo».

<sup>43</sup> *Ex art. 3, par. 1, lett. d*, per «disposizione a causa di morte» si intende «un testamento, un testamento congiuntivo o un patto successorio».

<sup>44</sup> Sul tema V.J.H. LANGBEIN, *The non probate Revolution and the Future of the Law of Succession*, in 97 *Harv. L. Rev.*, 1984, p. 1109 ss.

ri hanno soltanto delle aspettative di fatto non protette dalla legge. Per contro, gli atti della seconda categoria, pur avendo effetto alla morte del loro autore, conferiscono ai beneficiari un'aspettativa di diritto (*interest*) che il disponente non può sopprimere in modo unilaterale. Il carattere dell'irrevocabilità di questi ultimi negozi li avvicina ai patti successori.

I *will substitutes* talvolta sono soggetti alle condizioni di forma dei testamenti e frequentemente sono sottoposti alle regole sostanziali del diritto successorio.

In questi casi però si pone un duplice problema: capire se la natura *inter vivos* o *mortis causa* debba essere riconosciuta avendo riguardo i criteri adottati dal diritto interno dell'autorità chiamata a decidere della controversia o a quelli impiegati dalla legge regolatrice la successione<sup>45</sup>, e se la legge applicabile all'atto *mortis causa* sia quella della residenza abituale al momento della morte *ex art. 21*<sup>46</sup> o a quella

<sup>45</sup> A tal riguardo si consideri che recentemente, seppur con riferimento alla disciplina di cui alla l. 218 del 1995, la Corte di Cassazione, con sentenza 3 gennaio 2020, n. 18, ha rimesso alle Sezioni unite, tra le altre, la seguente questione «se, in virtù del combinato disposto della L. n. 218 del 1995, art. 13, comma 1, art. 15 e art. 46, comma 1, la qualificazione degli istituti e delle materie, ai fini dell'individuazione delle norme sostanziali applicabili nei singoli casi, debba operarsi in base all'inquadramento effettuato dall'ordinamento straniero o in base alle norme e alle qualificazioni della *lex fori*».

<sup>46</sup> Sulla nozione di residenza abituale e le problematiche connesse alla difficile determinazione del concetto I. RIVA, *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017, p. 79 ss.; R. BATTILORO, *Le successioni transfrontaliere ai sensi del reg. ue n. 650/2012 tra residenza abituale e certificato successorio europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 658 ss.; O. FERACI, *The last habitual residence of the deceased: potentials and challenges*, in *Bibl. fond. it. not.*, 2019, 1, p. 273 ss.; I. MARTONE, *The concept of habitual residence in Italian jurisprudence*, *ivi*, p. 405 ss. e *ivi* ulteriore bibliografia. Sul punto vedi altresì i considerando 22, 23 e 24 del Regolamento UE 650/2012. La tendenza giurisprudenziale registrabile in materia è quella di valorizzare la portata effettiva e sostanziale del concetto, indipendentemente dalla mera indicazione anagrafica, intendendosi per residenza abituale il fulcro territoriale ove si svolge concretamente, continuativamente e prevalentemente la vita personale e professionale dell'individuo. La determinazione della residenza abituale secondo la giurisprudenza è ricavabile dalla combinazione di elementi oggettivi e soggettivi, generalmente tra loro complementari. La sintesi di tali fattori disvelerebbe un legame di fatto del soggetto con un determinato Stato che, se sul piano oggettivo, può definirsi stabile e duraturo, sul piano soggettivo, è in grado di esprimere la perfetta

ipotetica di cui agli artt. 24<sup>47</sup> e 25<sup>48</sup> del Regolamento UE 650/2012.

integrazione dell'interessato nell'ambiente sociale e culturale di riferimento. Calando il ragionamento nello specifico, mentre l'elemento oggettivo riflette le caratteristiche di stabilità e di durata della residenza abituale, l'elemento soggettivo può declinarsi, indifferentemente, tanto nella volontarietà del soggetto di permanere in un determinato posto, tanto nel senso di appartenenza e di affinità tra l'interessato e il luogo stesso. Pertanto, l'elemento oggettivo rispecchia un collegamento effettivo e stabile tra soggetto e Stato, obiettivamente valutabile sulla scorta di fattori quantitativi e qualitativi quali l'arco temporale di permanenza di un soggetto in un determinato territorio, la presenza sul territorio del maggior numero dei suoi beni o, quantomeno, la parte di più rilevante consistenza economica; l'apertura di un conto corrente bancario; l'accensione di finanziamenti di medio o lungo termine, la richiesta di un permesso di soggiorno o della cittadinanza dello Stato ospitante. L'elemento soggettivo, invece, descrive una sfaccettatura diversa della relazione, strettamente correlata al solo profilo intenzionale del soggetto e si traduce nell'inconfutabile *animus* dello stesso di fissare proprio in quel luogo il centro principale dei propri interessi sociali ed economici. Rilevano dunque le ragioni del soggiorno e dovrà quindi escludersi, ad esempio, la sussistenza della residenza abituale in tutti i casi nei quali la permanenza in un dato luogo sia dovuta a un viaggio di piacere, a un periodo di studio o ancora a un distacco temporaneo addebitabile a cause di lavoro. In queste ipotesi infatti, la residenza, pur protrahendosi per un periodo apprezzabilmente lungo, non rivelerebbe un legame permanente tra il territorio e il soggetto, né soprattutto l'intenzione di quest'ultimo di insediarsi in quel luogo con carattere di stabilità. Cfr. Corte giust. UE 11 novembre 2004, C-372/02, Adanez-Vega; Corte giust. UE 25 febbraio 1999, C-90/97, Swaddling c. Adjudication officer; Corte giust. UE 15 settembre 1994, C-452/93, Magdalena Fernández c. Commissione; Corte giust. UE 8 luglio 1992, C-102/91, Knoch c. Bundesanstalt für Arbeit

<sup>47</sup> Ai sensi dell'art. 24 del Regolamento UE 650/2012 (Disposizioni a causa di morte diverse dai patti successori): «1. Una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio è disciplinata, per quanto riguarda l'ammissibilità e la validità sostanziale, dalla legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione della persona che ha fatto la disposizione se fosse deceduta il giorno in cui è stata fatta la disposizione.

2. In deroga a quanto stabilito al paragrafo 1, una persona può scegliere come legge regolatrice della sua disposizione a causa di morte, per quanto riguarda l'ammissibilità e la validità sostanziale, la legge che avrebbe potuto scegliere conformemente all'articolo 22 alle condizioni ivi stabilite.

3. Il paragrafo 1 si applica, in quanto compatibile, alla modifica o alla revoca di una disposizione a causa di morte diversa da un patto successorio. In caso di scelta di legge a norma del paragrafo 2, la modifica o la revoca sono disciplinate dalla legge scelta».

<sup>48</sup> Dispone l'articolo 25 del Regolamento UE 650/2012 (Patti successori): «1.

Un esempio potrà meglio chiarire il concetto. Tizio, cittadino italiano, sposato e con due figli, vive in Italia e ivi stipula una polizza caso morte individuando quali beneficiari i propri eredi legittimi. Poi si trasferisce in Inghilterra ove muore dopo 15 anni. Ipotizziamo che il diritto inglese consideri la polizza vita atto a causa di morte. Il giudice italiano, chiamato a decidere della controversia, dovrà qualificare la questione alla luce dell'ordinamento interno o del diritto inglese? Dovrà applicare la legge della residenza abituale del *de cuius* o potrà aver riguardo alla legge ipotetica applicabile al tempo della sottoscrizione del contratto *ex art. 24*?

Testualmente l'assicurazione vita non rientra nella nozione di atto a causa di morte, sicché non dovrebbe venire in rilievo la previsione di cui all'art. 24. Tuttavia ci si potrebbe chiedere se dal regolamento europeo non possa trarsi una più ampia nozione di atto a causa di morte alla luce della *ratio* che ispira tale regolazione, potendosi considerare tale ogni negozio volto a disciplinare gli atti funzionali alla sistemazione degli interessi del disponente in vista del dopo di sé.

Come è stato acutamente osservato «se si considera la funzione

Un patto successorio avente a oggetto la successione di una sola persona è disciplinato, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni di scioglimento, dalla legge che, in forza del presente regolamento, sarebbe stata applicabile alla successione di tale persona se questa fosse deceduta il giorno della conclusione del patto.

2. Un patto successorio avente a oggetto la successione di più persone è ammissibile solo se è ammissibile in base a ciascuna delle leggi che, in forza del presente regolamento, avrebbero regolato la successione di ciascuna di tali persone se esse fossero decedute il giorno della conclusione del patto. Un patto successorio ammissibile ai sensi del primo comma del presente paragrafo è disciplinato, per quanto riguarda la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni per il suo scioglimento, dalla legge con la quale presenta il collegamento più stretto tra quelli menzionati al primo comma del presente paragrafo.

3. In deroga ai paragrafi 1 e 2, le parti possono scegliere come legge regolatrice del loro patto successorio, per quanto riguarda l'ammissibilità, la validità sostanziale e gli effetti vincolanti tra le parti, comprese le condizioni per il suo scioglimento, la legge che la persona o una delle persone della cui successione si tratta avrebbe potuto scegliere ai sensi dell'articolo 22, alle condizioni ivi indicate».

dei *will substitutes* nonché la tendenza di alcuni ordinamenti nazionali a sottoporli all'applicazione di certe norme di diritto successorio, sembra preferibile optare per una qualificazione successoria di tali atti. La loro validità ed il loro effetti dovrebbero essere allora regolati dalla legge applicabile a tali disposizioni (artt. 24 e 25)»<sup>49</sup>.

La *querelle* non è puramente teorica ma porta con sé notevoli implicazioni applicative, soprattutto economiche. Basti pensare alla diversa disciplina della successione legittima che caratterizza i vari ordinamenti giuridici contemplati nel caso ipotizzato, sia per quanto riguarda i soggetti suscettibili sia per quanto riguarda la porzione di eredità spettante a ciascuno di essi.

Emblematica in tal senso la sentenza del Tribunale Salerno del 12 aprile 2018<sup>50</sup>, il quale, chiamato a decidere sulla successione di un cittadino italiano deceduto a New York, ha affrontato, nell'ordine, i tre punti sopra evidenziati: qualificazione della questione, giurisdizione e legge applicabile.

La controversia investiva una duplice questione: la prima inerente all'azione di scioglimento della comunione ordinaria, e, pertanto, afferente alla materia dei diritti reali; la seconda relativa allo scioglimento della comunione ereditaria instauratasi a seguito dell'apertura della successione e l'accertamento dei debiti a carico dell'eredità su di un bene sito in Italia.

Il giudice salentino dopo aver rilevato, «alla stregua dell'ordinamento interno», che la questione sottoposta al suo scrutinio inerisce alla materia successoria e presenta elementi di internazionalità<sup>51</sup>, afferma che la normativa di riferimento è da individuarsi nel Regolamento UE n. 650 del 2012. «Tale fonte, ai fini della giurisdizione, detta due criteri di competenza, uno generale ancorato allo stato Membro in cui il defunto aveva la sua residenza abituale (art. 4) ed uno sussidia-

<sup>49</sup> A. BONOMI e P. WAUTELET, Sub Art. 1, in *Il regolamento europeo sulle successioni*, Varese, 2015, p. 52.

<sup>50</sup> Trib. Salerno, 12 aprile 2018, in *Dejure online*.

<sup>51</sup> L'elemento di transnazionalità nel caso di specie era rappresentato dalla circostanza che il *de cuius* avesse stabilito il proprio centro d'interessi nello stato di New York e che nel medesimo stato risiedesse la coniuge di quest'ultimo, convenuta in giudizio

rio – operante quando difetti il presupposto della residenza abituale in uno Stato Membro – che radica in relazione all'intera successione la giurisdizione dello Stato Membro in cui si trovano i beni ereditari, (e, dunque, non tutti i beni ricadenti nell'asse) se il defunto possedeva la cittadinanza di quello Stato al momento della morte (art. 10, co. 1, lett. a)<sup>52</sup>. Appurata la giurisdizione del giudice italiano sull'intera successione, visto che il defunto aveva la cittadinanza italiana e i beni erano situati sul territorio nazionale, il giudice scioglie l'ulteriore nodo relativo alla legge applicabile alla vicenda successoria. «Il criterio generale previsto dall'art. 21 del [...] Regolamento UE impone che la legge applicabile all'intera successione sia quella dello Stato in cui il defunto aveva la propria residenza abituale al momento della morte, quand'anche non sia quella di uno Stato Membro». Ebbene, nel caso di specie il Tribunale ravvisa diverse circostanze che convergono ai fini dell'individuazione della residenza abituale del defunto nello Stato di New York: il fatto che il decesso fosse avvenuto in tale Stato; che in tale Stato il defunto avesse contratto matrimonio nell'anno 1989; che la consorte avesse la residenza nel medesimo Stato; che in New York il *de cuius* avesse il domicilio, ivi concentrando i propri interessi familiari e lavorativi; infine che avesse conferito procura generale al fratello al fine di attribuirgli i più ampi poteri di amministrazione dei propri interessi in Italia, stante la sua assenza. Alla luce di tali rilievi Il Tribunale conclude che la legge applicabile alla controversia è quella dello Stato di New York, ed invita le parti

<sup>52</sup> *Ex art. Art. 10, rubricato «Competenza sussidiaria»:*

«1. Se, al momento della morte, il defunto non risiedeva abitualmente in uno Stato membro, gli organi giurisdizionali di uno Stato membro in cui si trovano beni ereditari sono comunque competenti a decidere sull'intera successione, nella misura in cui:

a) il defunto possedeva la cittadinanza di quello Stato membro al momento della morte; o, in mancanza,

b) la precedente residenza abituale del defunto era stabilita in quello Stato membro, purché nel momento in cui l'organo giurisdizionale è adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento di tale residenza abituale.

2. Se nessun organo giurisdizionale di uno Stato membro è competente ai sensi del paragrafo 1, gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui si trovano beni ereditari sono comunque competenti a decidere su tali beni».

ad agevolare «l'acquisizione delle fonti normative dello Stato di New York vigenti in materia successoria e la loro interpretazione anche ai fini della verifica dei soggetti successibili».

Orbene, applicando le coordinate ermeneutiche sancite nel provvedimento appena esaminato, in un caso come quello formulato in ipotesi, laddove sorgesse una contestazione in ordine alla ripartizione dell'indennizzo assicurativo, ne dovrebbe conseguire che: sussisterebbe la giurisdizione italiana, essendo italiano il *de cuius* e collocandosi in Italia i beni oggetto di controversia<sup>53</sup>; la questione non dovrebbe essere qualificata come successoria alla luce di quello che è l'orientamento "interno" prevalente in Italia; non verrebbe in rilievo la disciplina dell'ordinamento inglese non operando i criteri di collegamento di cui al Regolamento UE 650/2012.

La soluzione muterebbe notevolmente laddove il giudice italiano optasse per la natura *mortis causa* dell'attribuzione assicurativa, magari in ragione della designazione testamentaria dei beneficiari o a motivo della qualificazione della questione alla stregua dell'ordinamento la cui legge risulti applicabile ai sensi del Regolamento Ue: in questo caso la riconduzione della fattispecie alla tematica successoria ne determinerebbe l'assoggettamento al diritto inglese, con tutte le conseguenze accennate in tema di individuazione dei soggetti destinatari dell'indennizzo assicurativo e di ripartizione dello stesso.

Le regole poste dal regolamento UE in tema di giurisdizione e legge applicabile sono abbastanza recenti, non vi è dunque ancora un orientamento giurisprudenziale consolidato in materia che consenta di prevedere con ragionevole sicurezza quali determinazioni assumeranno i giudici europei, vieppiù considerato che la disciplina in materia di successioni internazionali richiama un concetto, quello di residenza abituale, opinabile, ambiguo, che si presta a diverse soluzioni interpretative<sup>54</sup>. Nella prassi, del resto, la casista si manifesta in

<sup>53</sup> Ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di affermare che i beni oggetto di controversia si collochino nel territorio italiano. Se si aderisce all'orientamento secondo cui la pretesa dei beneficiari è nei riguardi dell'assicurazione e al patrimonio dell'assicurazione dovrebbe dirsi che i beni oggetto di controversia sono siti presso la compagnia con sede in Italia.

<sup>54</sup> Si è detto che il concetto di residenza abituale è ricavato dall'analisi di ele-

maniera ben piú complessa di quella paventata nell'esempio oggetto di esame. Sarà dunque interessante osservare il punto di vista degli ordinamenti europei che non soffrendo la scure del divieto dei patti successori e della "rigida" dicotomia negozi *inter vivos/mortis causa*, probabilmente svilupperanno una elaborazione teorica scevra da condizionamenti normativi<sup>55</sup>.

menti soggettivi ed oggettivi. A questo punto però una domanda sorge spontanea: quale dei due profili deve prevalere nella ricostruzione in caso di sostanziale difformità? Si immagini il caso (proposto dallo steso considerando 24 del Reg. Ue) di un soggetto che, per motivi professionali o economici, sia andato a vivere all'estero, anche per un lungo periodo ma, ciò nonostante, abbia continuato a mantenere un collegamento stretto e stabile con lo Stato di origine. O ancora il caso (esaminato al considerando 25) di un soggetto che sia vissuto alternativamente in piú Stati o si sia trasferito da uno Stato all'altro senza essersi stabilito in modo permanente in alcuno di essi. La soluzione non può essere né unica né certa. Nella prima ipotesi, forse, un'interpretazione sistematica dei dati riportati dovrebbe far propendere per una tendenziale prevalenza degli elementi soggettivi rispetto a quelli oggettivi attinenti all'attività professionale; nella seconda viceversa, indurrebbe a reputare preminenti gli elementi oggettivi. Sí che, nella specie, la mera allocazione del maggior numero di beni del soggetto finirebbe per costituire l'elemento dirimente ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, diversamente dal primo caso nel quale l'attenzione verrebbe posta sullo Stato nel quale risulta situato il centro di interessi della famiglia e della vita sociale del soggetto.

<sup>55</sup> Per una ricostruzione della disciplina dei contratti testamentari nell'ordinamento tedesco e francese R. CALVO, *I confini tra attribuzioni successorie e prestazioni assicurative*, in *Assicurazioni*, 2010, p. 253, nota 7.



LUCA E. PERRIELLO

## Effetto segregativo delle polizze vita e *trust* collegato

SOMMARIO: 1. Il *trust* collegato all'assicurazione sulla vita. – 2. Il passaggio intergenerazionale «controllato» della ricchezza. Varietà contenutistica del *life insurance trust*. – 3. *Trust* «dormiente» o «*funded*». Poteri e doveri del *trustee*. – 4. Compatibilità con il divieto dei patti successori. Il problema della revocabilità. – 5. La segregazione patrimoniale nell'art. 1923 c.c. e nel *trust* a confronto. Tesi restrittiva dell'art. 1923 c.c.: la svalutazione della funzione previdenziale. – 6. La natura previdenziale dell'assicurazione sulla vita. L'interpretazione costituzionalmente conforme ed evolutiva dell'art. 1923 c.c. nella giurisprudenza delle Sezioni unite. – 7. Non coincidenza di previdenzialità e impignorabilità. La funzione alimentare quale vero limite alle ragioni creditorie. Graduazione dell'effetto segregativo in relazione agli interessi sottesi al *life insurance trust*. – 8. Il rischio della lesione della garanzia patrimoniale generica. Il requisito dell'«*insurable interest*» e il sistema dei filtri nella Convenzione de L'Aja.

### 1. *Il trust collegato all'assicurazione sulla vita*

La prassi assicurativa e gli operatori della pianificazione patrimoniale da tempo fanno uso di due strumenti apparentemente molto divergenti, l'assicurazione sulla vita e il *trust*, i quali presentano, se combinati tra loro, vantaggi spesso non conseguibili, o conseguibili soltanto in parte, con il consueto armamentario della trasmissione intergenerazionale della ricchezza. Nella sua struttura piú ricorrente, il collegamento tra l'assicurazione sulla vita e il *trust* implica che l'assicurato nomini, quale beneficiario della polizza, un soggetto designato, anche in atto separato, come *trustee*, il quale accetta di riscuotere l'indennità vincolandola a vantaggio di terzi beneficiari o alla realizzazione di scopi, secondo il programma definito dal disponente/assicurato<sup>1</sup>. In altre con-

<sup>1</sup> Sottolinea la necessità di una nomina formale del *trustee* quale beneficiario

figurazioni, l'assicurato può auto-dichiararsi *trustee* della polizza vita<sup>2</sup> ovvero può trasferire la polizza già sottoscritta ad un *trustee*<sup>3</sup>.

*Le origini del life insurance trust* risalgono alla fine del XVIII secolo<sup>4</sup>, ma è dagli anni '20 del secolo scorso che è divenuto un elemento costante della vita dei cittadini americani<sup>5</sup>. L'assicurazione sulla vita si è andata ad innestare su uno strumento, il *trust*, già radicato nell'e-

della polizza: W.S. HUFF, *The Irrevocable Life Insurance Trust*, in *Ark. L. Rev.*, 1984, 38, pp. 139 ss., 142. In caso contrario, infatti, l'indennità della polizza verrebbe corrisposta ad altri beneficiari, come il coniuge o i figli dell'assicurato, esponendo il *trustee* a responsabilità per *breach of trust* nei confronti dei beneficiari del *trust*.

<sup>2</sup> Nel *trust* c.d. «autodichiarato» il disponente, anziché trasferire beni ad altri, nomina se stesso *trustee*, segregando all'interno del proprio patrimonio un sottoinsieme di beni e vincolandoli alla realizzazione del programma destinatario. Nel senso che si tratterebbe di un *trust* a tutti gli effetti, nonostante la mancanza dell'effetto traslativo: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford-Portland, 2002, p. 106; L. TUCKER, N. LE POIDEVIN e J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, 19<sup>a</sup> ed., Londra, 2014, p. 528; nonché M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Assago-Padova, 2016, p. 240 s.

<sup>3</sup> A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, 5<sup>a</sup> ed., New York, 2006, p. 410. È anche possibile che il beneficiario della polizza crei un *trust* di assicurazione sulla vita nominando se stesso come *trustee* dei diritti conferiti dalla polizza ovvero cedendoli ad un soggetto designato quale *trustee* (ivi, p. 418). Nella giurisprudenza americana si veda *First Trust Company v. Northwestern Mutual Life Insurance Co.* 283 N.W. 236 (Minn. 1939), caso riguardante una serie di polizze vita irrevocabili nelle quali l'assicurato nominava la moglie come beneficiaria. La corte decise che la donna, prima della morte del marito, potesse trasferire i suoi diritti nelle polizze ad una società, costituendole in *trust* a vantaggio di lei e dei figli. Similmente, in *Pugh v. Gaines* 41 A.2d 287 (Pa. Super. 1945), fu stabilito che l'amante dell'assicurato, beneficiaria di una polizza vita, la quale aveva accettato di pagare le spese funebri e di condividere con la moglie e la figlia dell'assicurato l'indennità, avesse in tal modo costituito un *trust*.

<sup>4</sup> 23 aprile 1787 è la data, registrata in un *report*, del primo *life insurance trust* costituito in Inghilterra sotto gli auspici dell'*Equitable Assurance Office*, anche se non possono escludersi atti costitutivi precedenti. Negli Stati Uniti, risale al 1878 il caso deciso dalla Corte suprema del Maine concernente una polizza, datata 1 gennaio 1866, pagabile in *trust*: O.F. GRAHAME, *The Insurance Trust as Non-Testamentary Disposition*, in *Minn. L. Rev.*, 1934, 18, pp. 391 ss., 393.

<sup>5</sup> O.F. GRAHAME, *o.u.c.*, p. 391, nt. 2, osserva che nel 1930 circa il 4% delle polizze vita statunitensi era costituito in *trust*. Sugli sviluppi storici del *trust* col-

sperienza di *common law*<sup>6</sup>. In Italia, invece, la diffusione del *trust* collegato alle polizze vita ha seguito un percorso, da un lato, inverso, perché l'affermarsi dell'istituto straniero risale ad un'epoca relativamente recente e successiva a quella dell'assicurazione, e, dall'altro, ancora per molti aspetti inedito, dal momento che il collegamento tra i due negozi ha ricevuto scarsissima, se non alcuna, attenzione da parte della dottrina<sup>7</sup>.

## 2. Il passaggio intergenerazionale «controllato» della ricchezza. Varietà contenutistica del *life insurance trust*

Nonostante la carente concettualizzazione sul piano teorico, i professionisti dell'organizzazione patrimoniale hanno dimostrato di apprezzare l'alchimia tra i due istituti. Le ragioni sono di tutta evidenza e vanno ben oltre gli indiscutibili vantaggi fiscali, che si sostanziano nell'esenzione dall'imposta di successione e donazione<sup>8</sup>. Ove l'assicu-

legato all'assicurazione sulla vita negli Stati Uniti v. altresì J. HANNA, *Some Legal Aspects of Life Insurance Trusts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1930, 78, p. 346 ss.

<sup>6</sup> Il *trust* nacque in Inghilterra nel XIII secolo, quando gli Statuti di Mortmain (1279 e 1290) vietarono ai frati francescani e domenicani di essere titolari di proprietà, sì che il trasferimento avveniva nei confronti di terzi ma a beneficio degli ordini religiosi. Lo sviluppo del *trust* fu, poi, strettamente legato alle norme feudali che limitavano la circolazione *mortis causa* del patrimonio: L. BARTON, *The Medieval Use*, in *L. Q. Rev.*, 1965, p. 562 ss.; S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, Londra, 1981, p. 203; J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, in R. HELMHOLZ e R. ZIMMERMANN (a cura di), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlino, 1998, p. 111 ss.; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londra, 2002, p. 265 ss.

<sup>7</sup> Se si eccettuano le scarse pagine di M. LUPOI, *Trusts*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, pp. 648-650, non constano studi, di taglio scientifico, dedicati al *trust* di assicurazione sulla vita.

<sup>8</sup> S. LOCONTE e N. ALVARO, *La raffinata alchimia tra la polizza vita e trust*, in *Advisor Probate*, 2017-2018, n. 9, p. 50 ss. Benefici fiscali sono riconosciuti anche dalla legislazione americana: cfr. B.E.S. FOGEL, *Life Insurance and Life Insurance Trusts: Basics and Beyond*, in *Probate & Property*, 2002, pp. 8 ss., 8, il quale nota che, attraverso la sottrazione dei beni che ne formano oggetto alla successione dell'assicurato, il *life insurance trust* è in grado di raddoppiare l'ammontare dell'indennità a favore degli eredi dell'assicurato. Negli Stati Uniti il *life insurance*

razione non sia collegata ad un *trust*, al verificarsi dell'evento di rischio (la morte dell'assicurato), l'assicuratore altro non potrebbe fare che liquidare l'indennità ai beneficiari, ma costoro potrebbero essere minori o incapaci o, comunque, trovarsi in una condizione che non consentirebbe loro di amministrare oculatamente il capitale assicurato dal *de cuius*<sup>9</sup>. Impedendo un'attribuzione diretta della somma al beneficiario e vincolandola alla realizzazione di un programma attraverso la nomina di un *trustee*, si previene la frammentazione del patrimonio e si consente all'assicurato di controllare l'impiego dell'indennità. I beneficiari, pertanto, non vanteranno alcun diritto di proprietà sul capitale pervenuto al *trustee*, beneficiario della polizza, bensì una mera pretesa, di natura evidentemente creditoria<sup>10</sup>, a che il *trustee* amministri quel capitale secondo le finalità indicate dal disponente nell'atto istitutivo del *trust*; finalità che, per contro, potrebbero essere disattese ove la somma sia corrisposta direttamente al beneficiario.

La funzione del *life insurance trust* non si limita alla preservazione del patrimonio dalla possibile inesperienza o sconsideratezza dei successori dell'assicurato. In alcune ipotesi, la funzione può essere sensi-

*trust* viene, infatti, impiegato per evitare le lungaggini e i costi del procedimento di *probate*, che regola la devoluzione della successione attraverso la nomina di un esecutore testamentario: G.G. BOGERT, G.T. BOGERT e A.M. HESS, *Bogert's Trusts and Trustees*, St. Paul, 2008, § 231. Diversamente, in Svizzera, all'assicurazione sulla vita pura e semplice si attribuiscono maggiori vantaggi fiscali rispetto al *trust* di protezione patrimoniale: M. GANTENBEIN, *Swiss Annuities and Life Insurance versus Asset Protection Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2005, p. 13 ss.

<sup>9</sup> Cfr. W.S. HUFF, cit., p. 140 s., che equipara il *life insurance trust* ad un *trust* di protezione familiare. Più in generale, sull'impiego del *trust* come strumento di trasmissione intergenerazionale della ricchezza cfr. F. PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 851 ss.; R. SICLARI, *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trusts att. fid.*, 2011, p. 130 ss.; L.E. PERRIELLO, *I trust con funzione successoria*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2017, p. 121 ss.; V. CICCONARDI, *Capitalismo familiare e sua pianificazione successoria*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, p. 189 ss.

<sup>10</sup> Sulla natura personale del diritto del beneficiario del *trust* v. le suggestive pagine di F.W. MAITLAND, *Equity, Also the Forms of Actions at Common Law. Two Courses of Lectures*, a cura di A.H. Chaytor e W.J. Whittaker, Cambridge, 1910, p. 29 s.; nonché, H.F. STONE, *The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust*, in *Columbia L. Rev.*, 1917, p. 467 ss. Così anche Corte giust., 17 maggio 1994, C-294/92, *George Lawrence Webb v. Lawrence Desmond Webb*, ECLI:EU:C:1994:193.

bilmente previdenziale, come quando l'assicurato non lascia beni di là dalla polizza vita, la quale, pertanto, servirebbe a sottrarre i familiari a carico del *de cuius* ad una possibile condizione di indigenza, evitando che il loro sostentamento sia posto a carico della finanza pubblica<sup>11</sup>.

Non vi sono, quindi, limiti alla definizione del contenuto del programma sotteso al *trust*. Si potrà, ad esempio, prevedere che il *trustee* eroghi una rendita periodica ai beneficiari fino al raggiungimento di una certa età oppure al fine di garantirgli un tenore di vita adeguato o analogo a quello goduto quando l'assicurato era ancora in vita. Il *trustee* potrà anche corrispondere una somma *una tantum* per soddisfare specifiche esigenze (es. il pagamento di spese funebri, studi e formazione, matrimoni, interventi chirurgici etc.)<sup>12</sup>. Ove il *trust* sia di scopo, e cioè senza beneficiari, l'atto istitutivo potrà imporre al *trustee* di destinare l'indennità alla realizzazione di opere di beneficenza o allo svolgimento di attività culturali<sup>13</sup>.

Non può, poi, tralasciarsi l'impiego del *life insurance trust* per finalità marcatamente successorie, come, ad esempio, al fine di integrare le quote dei legittimari lesi o pretermessi, livellare le loro posizioni, impedire l'insorgenza dell'usufrutto legale del coniuge sopravvissuto su un capitale che altrimenti sarebbe di spettanza dei figli minori<sup>14</sup>.

### 3. Trust «dormiente» o «funded». *Poteri e doveri del trustee*

Benché gran parte dei doveri gestori in capo al *trustee* sorga al momento della morte dell'assicurato e, dunque, della corresponsione dell'indennità, ciò non vale a trasformare il *trust* di assicurazione sulla vita in uno «dormiente» o «*stand-by*»<sup>15</sup>. È consentito, infatti, dispor-

<sup>11</sup> Questo aspetto è particolarmente avvertito da E.I. PHILLIPS, *The Testamentary Character of Personal Unfunded Life Insurance Trusts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1934, pp. 700 ss., spec. 730.

<sup>12</sup> S. LOCONTE e N. ALVARO, cit., p. 52.

<sup>13</sup> Si fa l'esempio del soggetto privo di discendenti in linea retta che intenda destinare la propria collezione d'arte all'esposizione in un museo privato finanziato con i proventi del proprio patrimonio mobiliare: S. LOCONTE e N. ALVARO, cit., p. 50.

<sup>14</sup> M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 650.

<sup>15</sup> Così, invece, S. LOCONTE e N. ALVARO, cit., p. 50.

re che sia il *trustee* a dover corrispondere i premi dell'assicurazione con beni che il disponente/assicurato abbia costituito in *trust* (c.d. «*funded life insurance trust*»)<sup>16</sup>. In tale ipotesi, è indiscutibile che il *trust* sia produttivo di effetti sin dal momento della sua istituzione, comportando obblighi di amministrazione a carico del *trustee*.

Sì che, nemmeno potrebbe sostenersi che il *trust* collegato ad una polizza vita sia del tipo c.d. «*bare*», in quanto il *trustee*, in ogni caso, non appare un mero depositario, privato di obblighi di gestione attiva se non quelli relativi alla conservazione dei beni a vantaggio dei beneficiari<sup>17</sup>. In quanto beneficiario della polizza, il *trustee* deve attivarsi per conseguire l'indennità al momento della morte dell'assicurato. Inoltre, l'attribuzione di beni ai beneficiari del *trust* potrebbe richiedere che il *trustee* ponga in essere una serie di attività preliminari o esecutive<sup>18</sup>.

Molti altri poteri possono essere attribuiti al *trustee* rendendo così il *life insurance trust* «discrezionale», come il potere di effettuare assegnazioni ai beneficiari ove, già durante la vita del disponente, il *trust* diventi economicamente svantaggioso oppure l'assicurato cessa di pagare i premi<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Questa, anzi, è l'ipotesi più diffusa negli Stati Uniti. Ove, invece, sia l'assicurato a pagare i premi, in quanto il *trust* non è dotato di altri beni, il negozio è detto «*unfunded life insurance trust*»: cfr. *Taliaferro v. Taliaferro* 921 P.2d 803 (Kan. 1996). Sul punto v. B.E.S. FOGEL, *Life Insurance and Life Insurance Trusts: Basics and Beyond*, cit., p. 10, il quale ritiene artificioso l'accordo in base al quale l'assicurato sia tenuto a pagare direttamente i premi, pagamento che verrebbe in ogni caso considerato come una liberalità in favore del *trustee*.

<sup>17</sup> D. HAYTON, P. MATTHEWS e C. MITCHELL, *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*, 19<sup>a</sup> ed., Londra, 2016, p. 93 ss. Di *bare trust* si è occupata la *Family Court* inglese in *Thakkar v. Thakkar* [2017] EWFC 13, affermando che «*a bare trustee is a trustee who is a mere repository of the trust property with no active duties to perform and no responsibilities in relation to the trust property other than to preserve the property for the beneficiary. The bare trustee is purely passive and "bare" or naked of active duties decreed by the settlor/transferor*». Si osservi che il *bare trust* non è considerato uno strumento di trasmissione «controllata» di ricchezza, dal momento che non consente alcuna flessibilità nell'amministrazione dei beni da parte del *trustee*, né clausole condizionali (come l'assegnazione dell'indennità al conseguimento della maggiore età): E. STONE, *Dying Trusts, Living Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2020, 2, pp. 124 ss., 126.

<sup>18</sup> Così, E.I. PHILLIPS, cit., p. 715.

<sup>19</sup> Cfr. W.S. HUFF, cit., p. 142.

#### 4. *Compatibilità con il divieto dei patti successori. Il problema della revocabilità*

Specularmente, anche il disponente potrebbe riservarsi una gamma di poteri, con l'unico limite di non esaurire il *trustee* al punto da far apparire il *trust* come *sham*<sup>20</sup>.

Solitamente, i *life insurance trust* sono irrevocabili, nel senso che l'assicurato non si riserva né il diritto di revocare il *trust*, né quello di modificare i beneficiari della polizza. Negli Stati Uniti, l'irrevocabilità è condizione di accesso ai benefici fiscali<sup>21</sup>.

In queste ipotesi, è incontestabile che il beneficiario della polizza vita sia immediatamente investito di tutti i diritti da essa derivanti e la circostanza che l'indennità sia corrisposta soltanto al momento della morte del disponente/assicurato non depone nel senso della natura

<sup>20</sup> Nel modello tradizionale di diritto inglese, si tende ad escludere che il *trust* sia *sham* quando, in presenza di riserve di poteri in capo al disponente o di «lettere di desideri», il *trustee*, in buona fede e nell'esercizio di un giudizio indipendente, dopo aver valutato tutte le circostanze del caso, abbia deciso di accogliere la richiesta formulata dal disponente: cfr. *Grupo Torras SA v. Al Sabah* [2003] JRC 092; *Shalson v. Russo* [2003] EWHC 1637 (Ch); *Charman v. Charman* [2005] EWCA Civ 1606; *Kan Lai Kwan v. Poon Lok To Otto* (2014) 7 HKCFAR 414. Considerazioni critiche sul punto sono state, tuttavia, di recente espresse da L. SMITH, *Massively Discretionary Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2019, 4, pp. 397 ss., 415, il quale osserva che, al fine di evitare la declaratoria di *sham*, «it is said that the trustees must make their own decisions, and not simply follow the settlor's decisions. But in this context, this looks almost like sophistry. They are not to follow the settlor's directions, but the only thing they have to go on is the settlor's wishes». In Italia la riserva di poteri in capo al disponente è spesso vista con sfavore. L'Agenzia delle Entrate, in particolare, tende a considerare fiscalmente inesistenti i *trust* che attribuiscono diritti o poteri al disponente (cfr. Circolare n. 61/E del 27 dicembre 2010), benché l'art. 2 della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai *trust* ed al loro riconoscimento (resa esecutiva in Italia in forza della l. 16 ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore l'1 gennaio 1992) preveda espressamente che «the reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust». Al riguardo, nota giustamente M. LUPOI, *Il "controllo" in materia di trust, auto-dichiarato e non*, in *Trusts att. fid.*, 2020, pp. 121 ss., 127, che la circolare dell'Agenzia delle Entrate è «priva di base giuridica ed anzi visibilmente contrasta con le norme applicabili».

<sup>21</sup> B.E.S. FOGEL, *Life Insurance and Life Insurance Trusts: Basics and Beyond*, cit., p. 9.

*mortis causa* del *trust*<sup>22</sup>, il quale non ha ad oggetto il *quod superest* ma diritti determinati e individuati al momento dell'atto istitutivo<sup>23</sup>. L'assetto di interessi è definito in maniera irretirabile al momento della nascita del *trust*.

Nella consapevolezza che l'art. 458 c.c. contiene tre divieti distinti, rispondenti a differenti *rationes*<sup>24</sup>, va escluso che il *trust* di assicurazione sulla vita costituisca un contratto con il quale un soggetto nomini altri erede o legatario (c.d. patto successorio istitutivo). Non sussiste, infatti, alcun accordo dispositivo della devoluzione ereditaria tra l'assicurato (disponente) e il beneficiario del *trust*, il quale piuttosto acquista il suo diritto *iure proprio* in virtù dell'atto istitutivo. Né la libertà testamentaria del disponente è attentata, rimanendo egli libero di scegliere i propri successori a titolo universale o particolare<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, cit., p. 410; E.I. PHILLIPS, *The Testamentary Character of Personal Unfunded Life Insurance Trusts*, cit., p. 702 ss. Nella giurisprudenza americana v. *Tivis v. Hulsey* 84 P.2d 862 (Kan. 1938); *Mass. Linotyping Corp. v. Fielding* 43 N.E.2d 521 (Mass. 1942).

<sup>23</sup> Secondo G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37, sono atti *mortis causa* quelli che regolano «rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, e che nessun effetto, nemmeno prodromico o preliminare, [sono] perciò destinat[i] a produrre, e produc[ono], prima di tale evento». Si che, l'oggetto dell'attribuzione *mortis causa* è considerato «come entità misurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza e modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente» e la persona del beneficiario «come esistente in quello stesso momento».

<sup>24</sup> Sul punto v. G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 187 ss., i quali avvertono che «è un errore metodologico, foriero di incertezze e incomprensioni, ritenere che sia unica la ragione per la quale il legislatore abbia vietato i patti successori» (p. 189).

<sup>25</sup> L'osservazione è valida se si ritiene, come la dottrina più diffusa, che il fondamento del divieto dei patti successori istitutivi sia da individuare nella tutela della libertà testamentaria, ossia della libertà di cambiare idea in qualsiasi momento prima della morte: così, *ex multis*, W. D'AVANZO, *Delle successioni*, I, *Parte generale*, Firenze, 1941, p. 69; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, p. 40; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 60; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, p. 93;

A rigore, il *life insurance trust* rientrerebbe nella categoria degli atti c.dd. *post mortem*, nei quali la morte non rappresenta la causa dell'attribuzione patrimoniale, bensì il termine fissato per la produzione degli effetti giuridici del negozio<sup>26</sup>, fermo restando che taluni effetti possono essere anticipati, come quando il *trustee* sia tenuto a versare i premi assicurativi (c.d. *funded life insurance trust*).

Maggiori difficoltà ricostruttive suscita l'ipotesi in cui l'assicurato si riservi il diritto di modificare il beneficiario della polizza (*trustee*), i beneficiari del *trust* o di revocare l'intero *trust*. Negli Stati Uniti, dove non vige un divieto della successione *mortis causa* contrattuale, si esclude l'applicabilità delle formalità testamentarie al *life insurance trust*, quandanche sia revocabile, giacché il beneficiario dell'assicurazione sulla vita, nominato *trustee*, gode con effetto immediato di

L. FERRI, *Successioni in generale. Artt. 456-511*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 95; A. LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Tratt. Rescigno*, V, Torino, 1982, p. 40; e con precipuo riferimento al *trust*, E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 1075 ss., 1104-1105, il quale ravvisa nella libertà testamentaria «la ragione ultima del divieto dei patti successori». L'opinione, per quanto autorevole, non è del tutto condivisibile, perché basterebbe la semplice previsione di un recesso *ad nutum* del disponente per rendere valido l'accordo sulla successione. Sí che, sembra che la *ratio* del divieto dei patti istitutivi risieda nella tutela dell'esclusività della volontà del *de cuius*, che si vuole scevra da qualsiasi condizionamento di terzi. La facoltà di recedere non sarebbe un adeguato presidio di quella volontà, dal momento che i doveri contrattuali di buona fede renderebbero rilevanti gli interessi della controparte e gli affidamenti in quest'ultima legittimamente ingenerati dal contratto successorio: in tale direzione, cfr. F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, pp. 1411 ss., 1418 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 42 ss.; ID., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Notariato*, 1995, pp. 552 ss., 555 s.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 178 ss. Quanto al *trust*, osserva A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 468, che esso non costituisce un patto successorio vietato, in quanto difetta l'elemento del rapporto bilaterale tra il costituente ed il beneficiario.

<sup>26</sup> Per la nozione di atto *post mortem*, in contrapposizione a quello *mortis causa*, si veda A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 50 s., il quale osserva che nel primo la morte ha la funzione di determinare lo svolgimento effettuale di un rapporto che si è già costituito, là dove nel secondo la morte determina il costituirsi di un rapporto prima inesistente.

tutti i diritti contemplati dalla polizza, e la circostanza che l'assicurato possa porre fine al *trust* a suo piacimento, che i beneficiari del *trust* ricevano vantaggi solo alla morte del disponente, che il *trustee* potrebbe non avere obblighi di amministrazione attiva prima di questo evento, non esclude che il *trust* sia di natura *inter vivos*, sebbene revocabile<sup>27</sup>.

In un ordinamento, come quello italiano, dove invece vige il divieto dei patti successori, vero è che la libertà testamentaria del disponente non appare pregiudicata, ma questi, riservandosi il potere di revoca, sembrerebbe disporre tra vivi della devoluzione ereditaria in maniera funzionalmente analoga al testamento<sup>28</sup>. Senonché, l'art. 1920, comma 3, c.c., prevede espressamente che, per effetto della designazione, il beneficiario della polizza acquista «un diritto proprio» ai vantaggi dell'assicurazione sulla vita; la designazione è revocabile nelle forme dell'art. 1921 c.c. Sì che, la designazione, anche se effettuata per testamento<sup>29</sup>, costituisce un negozio *inter vivos* revocabile, la cui

<sup>27</sup> Così A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, cit., p. 410 s., per i quali se si dovesse ritenere testamentario il *life insurance trust* revocabile, lo stesso dovrebbe dirsi per le polizze vita semplici, nelle quali l'assicurato si sia riservato il diritto di modificare il beneficiario, ma la giurisprudenza si rifiuta di avallare una simile conclusione e riconosce al beneficiario il diritto di esigere l'indennità anche quando le formalità testamentarie non siano state rispettate. Nel senso che il *trust* revocabile di assicurazione sulla vita non avrebbe natura testamentaria, v. anche E.I. PHILLIPS, *The Testamentary Character of Personal Unfunded Life Insurance Trusts*, cit., p. 708 s.; S.M. EHRMANN, *Insurance Policy with Right to Change Beneficiary Reserved Is Sufficient Res*, in *UCLA L. Rev.*, 1954/55, p. 151 ss.

<sup>28</sup> Ciò, a maggior ragione, se si riconduce il fondamento del divieto dei patti successori istitutivi non tanto alla salvaguardia della libertà testamentaria, quanto all'indisponibilità *inter vivos* della devoluzione: v. *supra* nota 25. Nel senso che l'elemento comune a tutti i patti successori consiste nell'«avere per oggetto una successione non ancora aperta di cui si dispone mediante contratto»: A. CICU, *Le successioni. Parte generale – Successione legittima e dei legittimari – Testamento*, Milano, 1947, p. 294.

<sup>29</sup> Si noti che anche negli Stati Uniti è consentito nominare il *trustee*, beneficiario della polizza, nel testamento dell'assicurato e la nomina non è considerata di natura *mortis causa*: A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, cit., p. 416. In giurisprudenza v. *In Cammarata Estate* 35 Pa. D. & C.2d 195 (C.P. 1964), dove si è affermata la validità della disposizione te-

funzione è quella di attribuire un diritto autonomo al beneficiario, giammai a titolo di eredità o di legato<sup>30</sup>. Quanto invece ai beneficiari del *trust*, essi sono liberamente revocabili, senza quindi la necessità di osservare le forme dell'art. 1921 c.c., non essendo a rigore beneficiari della polizza<sup>31</sup>.

Che il *trust* sia o meno revocabile, la morte dell'assicurato non è causa dell'attribuzione dell'indennità al beneficiario della polizza (*trustee*), ma costituisce il termine di adempimento degli obblighi assunti dal *trustee* in virtù dell'atto istitutivo del *trust*. Le assegnazioni in favore dei beneficiari del *trust*, da eseguirsi alla morte dell'assicurato, non rappresentano l'effetto di una devoluzione ereditaria disposta contrattualmente, quanto piuttosto adempimento di obbligazioni che il *trustee* assume direttamente nei confronti dei beneficiari del *trust*. Difatti, il termine di riferimento delle obbligazioni del *trustee* non può mai essere il disponente ma soltanto il beneficiario<sup>32</sup>.

stamentaria con cui l'assicurato modificava il nome del beneficiario della polizza vita, prevedendo che l'indennità venisse corrisposta ad una donna in *trust* per l'istruzione della di lei figlia.

<sup>30</sup> Cfr. A. VIGORITA, *In tema di designazione testamentaria del terzo beneficiario di una polizza di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1953, II, p. 95 ss.; L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 658; A. DI AMATO, *Negoziio unilaterale, morte del dichiarante al momento della ricezione e designazione del beneficiario nell'assicurazione vita*, in *Giust. civ.*, 1979, p. 677 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 602; N. GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ.* Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1966, p. 217; G. FANELLI, *Assicurazioni sulla vita*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1399; G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazioni sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2099. In giurisprudenza, sulla natura autonoma del diritto acquisito dal beneficiario dell'assicurazione sulla vita e la mancanza nella fattispecie di cui all'art. 1920 c.c. della «connotazione tipica del negozio *mortis causa*, e cioè la manifestazione della volontà di disporre, a favore dei propri eredi, di un bene del quale si presupponga l'appartenenza – presente o futura – al proprio patrimonio», v. Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. not.*, 1996, p. 1490.

<sup>31</sup> M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 649.

<sup>32</sup> Ciò distingue nettamente il *trust* dalla fiducia di *civil law*, che si caratterizza per un rapporto obbligatorio tra fiduciario e fiduciante. L'elemento fiduciario nel *trust*, piuttosto, si esprime come affidamento, ossia «*commissione* di un di-

5. *La segregazione patrimoniale nell'art. 1923 c.c. e nel trust a confronto. Tesi restrittiva dell'art. 1923 c.c.: la svalutazione della funzione previdenziale*

Il *trust* presenta un ulteriore vantaggio rispetto alla funzione di trasmissione intergenerazionale «controllata» del patrimonio. Il *trust* rafforza, infatti, il meccanismo segregativo previsto, per l'assicurazione sulla vita, dall'art. 1923 c.c. La norma già sottrae le somme dovute dall'assicuratore all'azione esecutiva dei creditori del contraente o del beneficiario. La segregazione patrimoniale realizzata dal *trust*, che ne costituisce effetto minimo ed essenziale<sup>33</sup>, è più intensa, perché opera non solo rispetto ai creditori personali del *trustee* (beneficiario della polizza), ma anche rispetto ai creditori della destinazione. Il fondo costituito in *trust* è, infatti, insensibile alle pretese dei creditori per debiti legati alla realizzazione dello scopo di destinazione, in quanto i debiti sono sempre assunti personalmente dal *trustee* ed è lui che ne risponde con il proprio patrimonio<sup>34</sup>.

Ma vi è di più. Se è vero che l'art. 1923 c.c. già prevede l'effetto segregativo, il *trust* consentirebbe di perpetuare la separazione patrimoniale per il periodo successivo alla riscossione dell'indennità da parte del beneficiario dell'assicurazione. La disposizione, in verità, ha dato luogo ad interpretazioni confliggenti tra quanti – la maggioranza – ritengono che la segregazione cessi nel momento in cui la somma

ritto al *trustee* affinché realizzi certi interessi o scopi o per mezzo di tale diritto o in conseguenza della titolarità di tale diritto»: M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 307.

<sup>33</sup> Si noti, infatti, che l'art. 11 della Convenzione de L'Aja prevede che il riconoscimento del *trust* «implica, quanto meno, che i beni in *trust* rimangano distinti dal patrimonio personale del *trustee*» (nella traduzione italiana reperibile in M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 395). Sul punto v. anche G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645 ter c.c. e «trust italiano»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 167 ss., spec. 174.

<sup>34</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a L.E. PERRIELLO, *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano. Meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*, Napoli, 2017, p. 254 ss., anche per osservazioni critiche sull'opportunità di qualificare l'effetto prodotto dal *trust* come quello proprio di un autentico patrimonio separato. Sull'insensibilità del fondo in *trust* rispetto alle pretese dei creditori del *trust* nel modello tradizionale inglese v. altresì L. SMITH, *Trust and Patrimony*, in *Est. Tr. & Pensions J.*, 2009, pp. 332 ss., spec. 338-339.

è incassata dal beneficiario della polizza e quanti, invece, sostengono l'estensione dell'effetto segregativo anche una volta che l'indennità si sia confusa con il restante patrimonio del beneficiario. È chiaro che il ricorso al *life insurance trust* si giustificerebbe soprattutto ove si aderisca all'impostazione più restrittiva, diventando così il *trust* lo strumento per eludere il termine finale dell'effetto segregativo, coincidente con la riscossione dell'indennità. Il *trust*, infatti, permetterebbe la destinazione e la separazione immediata, cioè al momento della stessa riscossione, delle somme corrisposte dall'assicuratore al *trustee*. Nondimeno, ove anche si ritenga che l'effetto segregativo non cessi con la riscossione dell'indennità, il *life insurance trust* si presenterebbe parimenti utile per garantire quella trasmissione «controllata» della ricchezza del *de cuius* ai suoi successori.

Vale, dunque, la pena soffermarsi sulle ragioni addotte dalle varie opzioni ermeneutiche che si confrontano sull'art. 1923 c.c. La tesi più restrittiva argomenta, in prima istanza, dal tenore letterale della disposizione, che si esprime in termini di somme «dovute» dall'assicuratore, sí da far intendere che la protezione dalle azioni esecutive sia limitata alla fase in cui l'indennità costituisce ancora un diritto di credito dell'assicurato o del beneficiario verso l'assicuratore<sup>35</sup>. Tuttavia, il dato letterale, da solo, non appare dirimente, se non altro perché la tesi contraria non è del tutto inconciliabile con il testo della disposizione<sup>36</sup>. Sí che, la so-

<sup>35</sup> A. DONATI e G. VOLPE-PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 8ª ed., Milano, 2006, p. 201. In giurisprudenza si veda Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, con nota di A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Una diversa interpretazione giurisprudenziale del divieto di azioni esecutive o cautelari sulle somme pagate in forza di polizza vita*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 951 ss., per la quale «che l'impignorabilità sia dettata a tutela delle imprese, al livello della interpretazione letterale sembrerebbe agevolmente desumibile dalla circostanza che il divieto riguarda «le somme dovute»».

<sup>36</sup> Lo osserva anche Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, con nota di O. CLARIZIA, *Funzione previdenziale e interpretazione adeguatrice: non acquisizione del valore di riscatto all'attivo fallimentare*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 557 ss., riconoscendo che «tutte le prospettate soluzioni sono legittimamente sostenibili, nessuna di esse trovandosi univocamente respinta dal dato testuale e corrispondendo tutte ad esigenze in astratto perseguibili dall'ordinamento». Più in generale, sull'insufficienza dell'interpretazione letterale, v. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica*.

luzione andrebbe piuttosto ricercata sul terreno della funzione assolta dall'assicurazione sulla vita e sugli interessi sottesi alla previsione che sottrae all'azione esecutiva l'indennità assicurativa.

Quanti restringono l'ambito dell'art. 1923 c.c. alla fase precedente al pagamento dell'indennità sono portati a svalutare la funzione previdenziale e a porre la norma a tutela dell'interesse dell'assicuratore a non vedersi coinvolto in procedimenti esecutivi quale terzo pignorato o in processi di cognizione tesi a contestare la validità o l'efficacia del pagamento eseguito nei confronti dell'assicurato o del beneficiario. In tal modo, anche questi ultimi verrebbero tutelati, ma soltanto indirettamente, giacché l'assicuratore che partecipa al giudizio finirebbe per traslare i relativi costi sugli assicurati in termini di maggiori premi da corrispondere, pregiudicando in ultima istanza il regolare svolgimento del rapporto e il processo di raccolta e di capitalizzazione dei risparmi<sup>37</sup>. Il divieto di azioni esecutive non sarebbe, quindi, legato alla funzione del contratto ma alle particolari qualità della persona del debitore (l'assicuratore), che si vuole proteggere dalle molestie arrecate da procedure esecutive durante lo svolgimento del contratto.

La funzione previdenziale non sarebbe ravvisabile nella fase antecedente alla riscossione dell'indennità, tant'è vero che l'assicurato potrebbe disporre liberamente del suo credito verso l'assicuratore e la cessione farebbe venir meno il beneficio della impignorabilità<sup>38</sup>. Se

*Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, ivi, 1985, p. 990 ss.*

<sup>37</sup> Così L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 652 ss., il quale suffraga la sua tesi con argomentazioni storiche, facenti leva sugli artt. 5, r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966 e 19, l. 4 aprile 1912, n. 305, che estendevano all'Istituto Nazionale delle Assicurazioni (INA) il privilegio, già previsto per altre pubbliche amministrazioni, dell'impignorabilità ed insequestrabilità dei crediti vantati da privati. Sul punto, v. anche Cass. Regno, 29 marzo 1940, n. 1017, in *Foro it.*, 1940, I, c. 1866, per la quale la norma di cui al r.d.l. del 1923 sarebbe preposta alla tutela del regolare svolgimento del contratto di assicurazione sulla vita, senza pregiudicare il principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Più di recente, l'argomento è stato ripreso da Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, cit., e da Cass., 26 giugno 2000, n. 8676, con nota di S. MARINELLO, *Il riscatto della polizza vita acquisito all'attivo del fallimento*, in *Dir. econ. ass.*, 2000, p. 628 ss.

<sup>38</sup> In tal senso si veda Trib. Milano, 20 marzo 1956, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 305 ss., dove si osserva che il beneficio dell'impignorabilità non è connatu-

si fosse voluto derogare al principio della responsabilità patrimoniale del debitore anche per le somme incassate, la facoltà di disposizione del credito in capo all'assicurato sarebbe stata limitata, giacché il nostro ordinamento non ammetterebbe forme di segregazione patrimoniale, con conseguente limitazione della responsabilità del debitore, senza una parallela restrizione delle facoltà di disporre dei beni facenti parte del patrimonio separato<sup>39</sup>.

Ma la funzione previdenziale non sussisterebbe neanche nella fase successiva. Una volta percepita, l'indennità si confonderebbe con il restante patrimonio dell'assicurato ed egli sarebbe libero di disporre come meglio ritiene, senza essere vincolato a destinarla a fini prefissati<sup>40</sup>. Ed è proprio la confusione a determinare la perdita della limitazione della responsabilità patrimoniale, al punto che, secondo taluni, finché l'indennità sia entrata nel patrimonio dell'assicurato o del beneficiario ma sia identificata e tenuta separata dai restanti cespiti, l'impignorabilità continuerebbe ad operare<sup>41</sup>. Sul piano fallimentare, ne discenderebbe l'inclusione dell'indennità incassata dall'assicurato nell'attivo fallimentare<sup>42</sup>.

rato al diritto verso l'assicuratore, ma alla persona del beneficiario della polizza vita, sí che una volta che questo muti, non vi sarebbero piú ragioni per continuare ad applicare l'art. 1923 c.c. Così anche A. MORA, *Il beneficiario dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 332 ss., 347; nonché A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Vita (Assicurazione sulla)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, p. 459.

<sup>39</sup> Ritiene questo argomento decisivo: C. SEVERI, *Funzione previdenziale e limitazione della garanzia patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 2371 ss., 2391 s.

<sup>40</sup> Cfr. P. GAGGERO, *Pignoramento e sequestro del credito verso l'assicuratore sulla vita*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, Torino, 2006, p. 2969, il quale, pur muovendo dall'asserito programma previdenziale dell'assicurazione sulla vita, ritiene che detto programma sarebbe poi indifferente alla concreta destinazione che l'assicurato o il beneficiario imprima all'indennità percepita, sí che l'esclusione dal fallimento non sarebbe giustificata.

<sup>41</sup> Trattasi di un'opinione, per così dire intermedia, sostenuta da N. SANTI, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, p. 572; V. PISAPIA, *Il divieto di azioni esecutive e cautelari sulle somme dovute dall'assicuratore nell'assicurazione sulla vita*, in *Giust. civ.*, 1966, II, p. 355 ss.; G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 232.

<sup>42</sup> In tal senso, L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita a favore di terzi e falli-*

6. *La natura previdenziale dell'assicurazione sulla vita. L'interpretazione costituzionalmente conforme ed evolutiva dell'art. 1923 c.c. nella giurisprudenza delle Sezioni unite*

Non possono nascondersi alcune perplessità sulla svalutazione della funzione previdenziale assolta dall'art. 1923 c.c. e, a monte, dallo stesso contratto di assicurazione sulla vita. Per negare la natura previdenziale, si osserva che la certezza della prestazione dovuta dall'assicuratore sarebbe di carattere meramente formale in periodi di alta inflazione, nei quali l'indennità ricevuta dal contraente o dal beneficiario potrebbe non avere più lo stesso potere di acquisto contemplato al momento della sottoscrizione della polizza<sup>43</sup>. L'assicurato, poi, potrebbe accantonare somme superiori ai bisogni suoi o dei beneficiari, sí da far venir meno il collegamento tra indennità ed entità del bisogno<sup>44</sup>.

A ben vedere, però, questi rilievi non sono concludenti. La tipologia di assicurazione e la durata della vita dell'assicurato possono incidere sulla natura previdenziale del contratto, ma non al punto di sopprimerla integralmente. E così vi saranno ipotesi, come l'assicurazione temporanea per il caso di morte o l'assicurazione di sopravvivenza, dove la funzione previdenziale è più marcata, in quanto l'incertezza riguarda proprio l'*an* dell'evento, sí da vanificare l'accantonamento

*mento*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 14 ss., sul rilievo che l'art. 46, n. 5, l. fall. si riferisce non all'indennità di cui all'art. 1923 c.c. ma ai beni e crediti impignorabili di cui agli artt. 514 e 545 c.p.c., inerenti alla persona del fallito e strettamente necessari per l'assolvimento dei suoi bisogni essenziali. Così anche A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 453; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1309.

<sup>43</sup> In tal senso, A. CANDIAN, *La Corte di legittimità e la qualificazione delle polizze vita*, in *Danno resp.*, 2018, pp. 701 ss., 711-712, per la quale l'impignorabilità di cui all'art. 1923 c.c. non si giustifica in ragione della finalità previdenziale perseguita, ma di una precisa scelta di politica del diritto posta in essere dal legislatore, valida finché non venga revocata o modificata.

<sup>44</sup> A. CANDIAN, *o.u.c.*, p. 711. Ma v. A. ALBANESE, *Assicurazione sulla vita e protezione patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 1422 ss., 1443, il quale osserva che il rischio del negativo andamento del mercato è assunto dall'assicuratore, mentre il pagamento dei premi garantirà all'assicurato con certezza la futura acquisizione del capitale o della rendita, senza correre alcun rischio.

dei premi nel caso in cui lo stesso non si verifichi; ed altre ipotesi, come l'assicurazione per il caso di morte a vita intera, dove l'evento è incerto soltanto in relazione al *quando*, sí che l'assicurazione assume anche una funzione di risparmio, consistente nell'accantonamento di premi in funzione di una loro restituzione certa. In ogni caso, la causa previdenziale rimane pur sempre quella caratterizzante<sup>45</sup>.

Il risparmio finalizzato alla previdenza si manifesta nel sacrificio certo di un bene attuale per far fronte ad un bisogno futuro ed eventuale la cui insorgenza è legata ad un evento della vita umana<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 89 ss., 94. Sulla natura elastica dell'assicurazione sulla vita, che combina finalità previdenziali con quelle di risparmio, v. G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. comm.*, I, Torino, 1987, p. 345, nonché G. VOLPE-PUTZOLU, *Le polizze unit linked e index linked (ai confini della assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 2000, p. 233 ss. Nel senso, tuttavia, che l'atto di puro risparmio non coincide con l'atto di previdenza, sul rilievo che il risparmio non è vincolato alla realizzazione di una determinata finalità e deve essere restituito al beneficiario a sua semplice richiesta o alla scadenza del termine previsto: A. GAMBINO, *Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giur. comm.*, 1989, I, pp. 13 ss., 18 ss.; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992, p. 81 ss.

<sup>46</sup> Così F. SANTORO PASSARELLI, *Funzione delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Assicurazioni*, 1962, p. 45; ma già ID., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, pp. 177 ss., 188. Sulla natura previdenziale dell'assicurazione sulla vita v. altresí V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 185; G. FANELLI, *Prestazione di rendita e assicurazione di rendita: note preliminari per la disciplina della previdenza integrativa*, in *Assicurazioni*, 1987, I, pp. 197 ss., spec. 213 s.; F. MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, p. 35; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, cit., p. 81 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, II, *Singoli contratti*, 4ª ed., Padova, 2004, p. 241; G. CIOCCA, *Previdenza e libertà nella riforma del 2004 e del 2005*, in *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, I, Torino, 2008, p. 329 ss. In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass., 5 marzo 2019, n. 6319, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2817, per la quale nelle polizze «unit linked», caratterizzate dalla componente causale mista, finanziaria ed assicurativa sulla vita, anche ove sia prevalente la causa finanziaria, la parte qualificata come assicurativa deve rispondere ai principi dettati dal codice civile, delle assicurazioni e della normativa secondaria ad essi collegata, con particolare riferimento al rischio demografico rispetto al quale occorre valutare l'entità della copertura as-

Attraverso lo scambio tra una prestazione certa (il premio) con una controprestazione incerta, nell'*an* o nel *quando*, e di entità superiore (l'indennità), l'assicurato mira a garantire la tranquillità economica dei propri familiari, per il periodo successivo alla propria morte, o di se stesso, per l'anzianità.

Discutere sulla funzione dell'assicurazione sulla vita non appare un esercizio retorico, in quanto la previdenza costituisce il valore costituzionale al quale agganciare l'interpretazione conforme dell'art. 1923 c.c., come affermato dalle Sezioni unite della Suprema Corte<sup>47</sup>. Una simile opzione esegetica imporrebbe di considerare impignorabili, e sottrarre all'attivo fallimentare, le somme riscosse dall'assicurato o dai beneficiari al verificarsi dell'evento della vita umana, ciò anche in ragione dell'evoluzione dell'assicurazione sulla vita, idonea a porsi, accanto alle assicurazioni sociali, come «terzo pilastro» della previdenza, in un momento storico, come quello attuale, in cui lo Stato sociale incontra sempre maggiori difficoltà ad assolvere le sue funzio-

sicurativa, desumibile dall'ammontare del premio versato dal contraente rispetto al capitale garantito, dall'orizzonte temporale e dalla tipologia dell'investimento.

<sup>47</sup> «Risolutiva, ai fini dell'opzione esegetica [...] la considerazione, in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, del rilievo e spessore – costituzionale appunto – che va riconosciuto al valore della “previdenza” [...] che la norma in esame (unitamente ad eventuali e, in varia misura, concorrenti finalità di risparmio) è volta a tutelare»: Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit. Si noti che la pronuncia riguarda la somma ricevuta in séguito all'esercizio del riscatto della polizza stipulata dal fallito quando era in *bonis*, ma le argomentazioni sviluppate dalla Suprema Corte possono riferirsi anche alla stessa indennità assicurativa. In precedenza, seppur non sulla base di una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 1923 c.c. ma del rilievo generalmente previdenziale della disposizione, hanno escluso l'estensibilità del fallimento alla somma proveniente dal riscatto: Cass., 28 luglio 1965, n. 1811, con nota di G. CASTELLANO, *Riscatto o revocatoria*, in *Assicurazioni*, 1966, p. 224 ss.; nonché Cass., 25 ottobre 1999, n. 11975, in *Fall.*, 2001, p. 67 ss.; Cass., 19 luglio 2004, n. 13342, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 1130, in relazione ad una polizza contro gli infortuni mortali. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 16 marzo 2004, con nota di D. FINARDI, *Acquisizione alla massa fallimentare delle somme riscattate dalla polizza-vita*, in *Fallimento*, 2005, p. 309 ss., dove si precisa che la finalità previdenziale riguarda anche le somme derivanti dal riscatto in quanto queste «contribuiscono, in modo ancor più immediato, al soddisfacimento delle esigenze dell'assicurato in stato di bisogno».

ni previdenziali<sup>48</sup>. Sarebbe, peraltro, irragionevole che la previdenzialità, che permea il contratto durante il suo svolgimento (quando cioè l'assicurato versa i premi all'assicuratore), venga automaticamente a cessare quando l'indennità è corrisposta al contraente o al beneficiario, ossia proprio nel momento in cui sorge il bisogno alla cui soddisfazione l'accantonamento delle risorse sia stato destinato.

L'interpretazione costituzionalmente conforme ed evolutiva<sup>49</sup> dell'art. 1923 c.c. consentirebbe di restituire dignità alla teoria che estendeva il beneficio dell'impignorabilità, in sede ordinaria e fallimentare, alle somme percepite dall'assicurato o dal beneficiario a titolo di riscatto o di indennità, sul rilievo che la norma rientrerebbe proprio tra i casi di esenzione dal fallimento contemplati dall'art. 46, n. 5, l. fall.<sup>50</sup> L'illogicità dell'interpretazione restrittiva risiederebbe anche in ciò, che all'assicurato o al beneficiario basterebbe rifiutarsi di

<sup>48</sup> Così Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit. Sul punto v. altresì F. MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, p. 35, il quale nota che «l'assicurazione è l'unico strumento giuridico utilizzabile sul piano contrattuale che consente – in mancanza di una disciplina legale che regolamenti la previdenza privata – di ripetere in forma privatistica lo schema pubblicistico del rapporto previdenziale, storicamente ed intrinsecamente assicurativo».

<sup>49</sup> Esalta il collegamento tra il procedimento ermeneutico e l'evoluzione storica della realtà sociale, O. CLARIZIA, *Funzione previdenziale e interpretazione adeguatrice*, cit., p. 570, la quale osserva che «le circostanze di tempo e luogo caratterizzanti il contesto di applicazione non costituiscono profili irrilevanti ma parametri privilegiati, la considerazione dei quali è necessaria al fine di verificare l'adeguatezza del tessuto storico e sociale nel quale l'assicurazione sulla vita è destinata a trovare attuazione». Sulla natura necessariamente evolutiva dell'interpretazione v. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006, p. 540.

<sup>50</sup> Cfr. A. DE MARTINI, *Natura del credito del beneficiario di assicurazione sulla vita e sua impignorabilità, in sede ordinaria e fallimentare*, in *Assicurazioni*, 1956, II, pp. 93 ss., 107; N. GASPERONI, *Impignorabilità e insequestrabilità delle somme dovute dall'assicuratore sulla vita all'erede fallito del beneficiario premorto*, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 834 ss.; ID., *Assicurazione*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 15; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *L'art. 1923 del codice civile ed il fallimento del contraente o del beneficiario*, in *Assicurazioni*, 1959, II, p. 23 ss., i quali argomentano altresì dalla natura previdenziale sia del credito, sia della somma che ne deriva.

incassare la somma dovuta per proteggerla dall'aggressione dei propri creditori<sup>51</sup>.

7. *Non coincidenza di previdenzialità e impignorabilità. La funzione alimentare quale vero limite alle ragioni creditorie. Graduazione dell'effetto segregativo in relazione agli interessi sottesi al life insurance trust*

Seguendo il percorso tracciato dalle Sezioni unite, non sarebbe soltanto il credito verso l'assicuratore ad essere segregato all'interno del patrimonio dell'assicurato, ma anche la stessa indennità percepita al verificarsi dell'evento relativo alla vita umana. Se ciò è vero, sembra allora che il *life insurance trust* non serva a protrarre un effetto segregativo che già sussisterebbe in virtù dell'art. 1923 c.c., ma, al più, a conseguire una separazione patrimoniale più intensa, in quanto operante anche nei confronti dei creditori per debiti contratti per lo scopo della destinazione. Senonché, la veridicità di questa conclusione è posta in dubbio da una più attenta valutazione della finalità previdenziale e dei suoi rapporti con il beneficio dell'impignorabilità.

Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, infatti, l'area della previdenza non coincide con quella della impignorabilità. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quelle norme che escludevano la pignorabilità, per ogni credito, di trattamenti pensionistici, anziché prevedere l'impignorabilità della sola parte dell'assegno necessaria ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle sue esigenze di vita, richiamando la necessità di operare un bilanciamento tra la funzione previdenziale (art. 38 Cost.) e le ragioni creditorie, le quali sono espressione di beni parimenti garantiti dalla Costituzione, quali l'iniziativa economica e la proprietà privata (artt. 41 e 42 Cost.)<sup>52</sup>. Vero è che la solidarietà sociale può imporre una compres-

<sup>51</sup> Cfr. E. DEL CONTE, *Legittimazione del curatore all'apprensione delle somme dovute dall'assicuratore, nel caso di fallimento del beneficiario*, in *Dir. fall.*, 1957, p. 834 ss.

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 506, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2554, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 128 del r.d.l. 4 ottobre

sione delle ragioni creditorie per consentire al beneficiario dell'atto di previdenza di godere di un trattamento adeguato alle proprie esigenze di vita, ma tale sacrificio non può essere totale e indiscriminato, bensì deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, i quali, da un lato, garantiscano al beneficiario i mezzi per condurre una vita dignitosa, dall'altro, non impongano una soppressione integrale delle ragioni dei creditori, negando in radice al trattamento previdenziale la qualità di bene su cui soddisfarsi.

Se la Suprema Corte esclude la avocabilità al fallimento dell'intero ammontare della polizza vita, di cui pur riconosce la natura previdenziale, la Corte costituzionale, con atteggiamento più prudente e attento al bilanciamento con le ragioni creditorie, sostiene l'impignorabilità della sola quota del trattamento previdenziale destinata a soddisfare adeguate esigenze di vita del beneficiario<sup>53</sup>. Sì che, il vero limite alla pignorabilità non è dato dalla funzione previdenziale ma da quella alimentare, come del resto emerge da molteplici indici sistematici (es. art. 545 c.p.c.; art. 46 l. fall.).

Se l'impignorabilità assoluta ex art. 1923 c.c. riguardasse soltanto

1935, n. 1827, convertito, con modificazioni, nella l. 6 aprile 1936, n. 1155, nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, assegni ed indennità erogati dall'INPS, anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione, assegno o indennità necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte. Ha conseguentemente dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 2, primo comma, del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, nella parte in cui escludono la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, indennità che ne tengono luogo ed altri assegni di quiescenza erogati ai dipendenti dai soggetti individuati dall'art. 1 dello stesso d.P.R., anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte delle pensioni, indennità o altri assegni di quiescenza necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.

<sup>53</sup> Denuncia, al riguardo, V. FERRARI, *La funzione previdenziale fra diritto pubblico e diritto privato (nota a Cass. Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271)*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1434, il paradosso di una funzione previdenziale che rende totalmente impignorabili i trattamenti derivanti dalle forme private di previdenza e soltanto parzialmente quelli derivanti dalle forme obbligatorie.

le indennità assicurative che, oltre ad avere una natura previdenziale, assolvono una concorrente funzione alimentare, ne discenderebbe una polifunzionalità del *trust* collegato all'assicurazione sulla vita, modulata in relazione all'idoneità dello strumento a fornire quanto necessario per il mantenimento di chi versi in stato di bisogno. E così, ove il *life insurance trust* sia stipulato dall'imprenditore facoltoso, il quale non abbia fiducia delle capacità gestorie dei propri congiunti, il *trust* consentirebbe proprio di perpetuare quell'effetto segregativo che verrebbe meno con la confusione dell'indennità assicurativa nel restante patrimonio dei beneficiari della polizza. Ma nel caso in cui il *life insurance trust* sia destinato a provvedere ai bisogni di minori rimasti orfani in tenera età o di anziani inabili al lavoro e privi di mezzi di sostentamento, non sarebbe peregrino immaginare la continuazione della separazione patrimoniale finalizzata al bisogno alimentare anche una volta che l'indennità della polizza sia stata corrisposta, di guisa che il *trust* assolverebbe una funzione meno intensa ma comunque espressiva di un valore aggiunto: rendere la somma inaggregabile non solo per i creditori del *trustee* ma anche per quelli della destinazione<sup>54</sup>. A ciò si aggiunge il vantaggio di rimettere la rendita o il capitale corrisposti alla gestione oculata di un *trustee* dotato di requisiti di professionalità, soprattutto quando si vuole evitare la frammentazione e la dilapidazione della somma tra più beneficiari o questi non dispongono ancora delle doti necessarie per farne un uso accorto.

8. *Il rischio della lesione della garanzia patrimoniale generica. Il requisito dell'«insurable interest» e il sistema dei filtri nella Convenzione de L'Aja*

Stante il rafforzamento dell'effetto segregativo, il rischio che si corre è quello relativo all'abuso del *trust* collegato all'assicurazione

<sup>54</sup> *Contra* L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 652 ss., il quale ritiene che la generica funzione previdenziale assoluta dall'art. 1923 c.c. non consentirebbe in nessun caso di concedere il beneficio dell'impignorabilità assoluta, nemmeno quando i beneficiari dell'assicurazione sulla vita risultino essere soggetti meritevoli di particolari tutele, come i minori o i disabili.

sulla vita, e in particolare che il *trust* venga utilizzato al solo scopo di distrarre beni dalla garanzia patrimoniale generica. Negli Stati Uniti, al fine di ridurre l'impiego dello strumento per finalità illecite, si richiede che il *trustee*, beneficiario della polizza vita, possieda il c.d. «*insurable interest*» nei confronti dell'assicurato, ossia un interesse nei beni della vita, salute o proprietà dell'assicurato, tale per cui il beneficiario riceve un vantaggio dalla loro preservazione e un danno dalla loro lesione<sup>55</sup>. Ad esempio, i figli hanno un *insurable interest* nei confronti del genitore in quanto conseguono un beneficio dalla sua sopravvivenza, come il sostegno economico nell'ipotesi in cui essi siano minori o maggiorenni non autosufficienti. In ogni caso, l'uso del *life insurance trust* è attestato anche nell'ambito di procedimenti divorzili per garantire un supporto immediato ai familiari a carico in caso di decesso improvviso dell'assicurato<sup>56</sup>, per provvedere ai bisogni di individui non imparentati con l'assicurato, quali amici di lunga data o dipendenti di fiducia, o di soggetti disabili<sup>57</sup>.

La carenza di *insurable interest* determina l'invalidità del *trust* di assicurazione sulla vita. Si prenda il caso deciso dalla United States District Court for the Eastern District of Virginia in *Chawla ex rel. Giesinger v. Transamerica Occidental Life Insurance Co.*<sup>58</sup> *Harald Giesinger aveva stipulato una assicurazione sulla propria vita, del valore di un milione di dollari, a favore di se stesso e di Vera Chawla in qualità di co-trustee*, falsificando la propria cartella medica e omettendo di informare la compagnia assicurativa degli interventi subiti negli anni immediatamente precedenti alla stipula. Alla morte di Giesinger, la compagnia si è rifiutata di corrispondere l'indennità al *trustee* Chawla. La Corte ha dato ragione alla compagnia, sul rilievo

<sup>55</sup> In H.C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4<sup>a</sup> ed., St. Paul, 1968, p. 942, l'«*insurable interest*» è definito come «*a reasonable expectation of pecuniary benefit from the continued life of another; also, a reasonable ground, founded upon the relation of the parties to each other, either pecuniary or of blood or affinity, to expect some benefit or advantage from the continuance of the life of the assured*».

<sup>56</sup> Cfr. J.F. RYDSTROM, *Court's Establishment of Trust to Secure Alimony or Child Support in Divorce Proceedings*, in *Am. L. Rep.*, 1965, p. 1170.

<sup>57</sup> G.G. BOGERT, G.T. BOGERT e A.M. HESS, *Bogert's Trusts and Trustees*, cit., § 234.

<sup>58</sup> No. CIV.A. 03-CV-1215, 2005 WL 405405 (E.D. Va. Feb. 3, 2005).

che il *trustee* non avesse un *insurable interest* nella vita di Giesinger in base alla legge del Maryland, non essendo legato da un rapporto di parentela, né possedendo un valido interesse economico nella sopravvivenza dell'assicurato.

In realtà, gli statuti di molti stati americani contengono previsioni simili a quelle del Maryland, che tendono ad escludere un *insurable interest* in capo al *trustee*<sup>59</sup>. Le conseguenze dell'invalidità del *trust* per carenza di interesse assicurabile sono particolarmente gravi, dal momento che i successori dell'assicurato potranno rivolgersi ai beneficiari del *trust* e domandare la restituzione dei vantaggi conseguiti. Inoltre, vero è che, a séguito della declaratoria di invalidità, i premi assicurativi sono restituiti, ma se risulta che gli stessi potevano essere investiti in strumenti alternativi con profitto, il *trustee* potrebbe essere ritenuto responsabile per il mancato guadagno, in violazione del suo dovere di rendere la *trust property* produttiva nei confronti dei beneficiari<sup>60</sup> (è evidente che ciò riguarda i *trust* di assicurazione sulla vita di tipo «*funded*», nei quali l'assicurato conferisce beni nel *trust* e i premi sono versati dal *trustee*). Se la gravità delle conseguenze dell'invalidità è mitigata nell'ipotesi in cui i successori dell'assicurato e i beneficiari del *trust* coincidono (la perdita sarebbe limitata al mancato investimento del capitale in forme alternative), il beneficiario del *trust* che, invece, non rientri nella successione dell'assicurato potrebbe perdere le risorse che il disponente gli aveva destinato tramite la polizza vita.

Dall'esame dell'esperienza statunitense emerge, dunque, la necessità di circoscrivere l'impiego del *life insurance trust* attraverso il requisito dell'interesse assicurabile in capo al beneficiario della polizza. La validità di un *trust* collegato ad una assicurazione sulla vita nel nostro or-

<sup>59</sup> M.M. GARDNER, *Trust, We Have a Problem: Chawla ex rel. Geisinger v. Transamerica Occidental Life Insurance Company, Its Revelation of a Problem in Insurable Interest Statutes and the Subsequent Effect on Irrevocable Life Insurance Trusts*, in *Oklahoma L. Rev.*, 2009, pp. 125 ss., 132-133, riporta che sono venti gli stati che non attribuiscono un *insurable interest* al *trustee* di un *life insurance trust*; undici, inclusi il Delaware e la Virginia, che lo attribuiscono espressamente; mentre i restanti stati non hanno norme specifiche che definiscono l'*insurable interest*.

<sup>60</sup> M.M. GARDNER, *o.u.c.*, pp. 135-136.

dinamento andrà vagliata anche in relazione al requisito dell'«*insurable interest*» prescritto dalle leggi di diversi stati americani, atteso che l'art. 8 della Convenzione de L'Aja del 1985 rimette la disciplina, tra l'altro, della validità e degli effetti del *trust* alla legge regolatrice del negozio, che non può che essere una legge straniera, non avendo l'Italia ancora disciplinato il *trust* ma soltanto equivalenti funzionali dell'istituto.

Nel nostro sistema, è, inoltre, evidente che se il negozio viene adoperato per sottrarre beni alla garanzia patrimoniale, i creditori pregiudicati possono agire in revocatoria rispetto ai premi pagati, azione espressamente consentita dall'art. 1923, comma 2, c.c. Ma la tutela nei confronti di *trust* che perseguono ulteriori finalità illecite è rafforzata dalla Convenzione de L'Aja, la quale impedisce, con un articolato sistema di «filtri», che possano fare ingresso nel nostro ordinamento *trust* contrari a norme imperative inderogabili (art. 15), a norme di applicazione necessaria (art. 16), all'ordine pubblico (art. 18). In ultima istanza, l'art 13, interpretato come clausola di chiusura del sistema convenzionale, impedirà il riconoscimento di quei *life insurance trust* che, seppur superando gli altri filtri della convenzione e, dunque, non essendo passibili di illiceità, producono effetti immeritevoli di tutela<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Per una panoramica sulle diverse ricostruzioni dell'art. 13 Conv. e la scelta di intepretare la norma come clausola di chiusura del sistema atta a sanzionare quei *trust* che, sia pur non confliggenti con gli artt. 15, 16 e 18 Conv., producano effetti non meritevoli di tutela, si rinvia a L.E. PERRIELLO, *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 333 ss. Si vedano altresì S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, pp. 773 ss., 782-783, per il quale l'art. 13 Conv. consente di sanzionare quei *trust* nei quali la scelta della legge applicabile sia avvenuta «non già secondo ragionevolezza e/o *bona fide* e/o in funzione della tutela di legittimi interessi, bensì al solo fine di sottrarre abusivamente la situazione relativamente alla quale opera il *trust* alla legge che sarebbe ad essa applicabile secondo il normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato»; nonché M. GRAZIADEI, *Recognition of Common Law Trusts in Civil Law Jurisdictions Under the Hague Trusts Convention with Particular Regard to the Italian Experience*, in L. SMITH (a cura di), *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge, 2012, p. 62, per il quale il giudice potrebbe ricorrere alla clausola di salvaguardia se appare che la *professio iuris* sia in concreto fraudolenta, in quanto impropriamente sottrae il rapporto alla *lex fori*.



LUCA E. PERRIELLO

## Effetto segregativo delle polizze vita e *trust* collegato

SOMMARIO: 1. Il *trust* collegato all'assicurazione sulla vita. – 2. Il passaggio intergenerazionale «controllato» della ricchezza. Varietà contenutistica del *life insurance trust*. – 3. *Trust* «dormiente» o «*funded*». Poteri e doveri del *trustee*. – 4. Compatibilità con il divieto dei patti successori. Il problema della revocabilità. – 5. La segregazione patrimoniale nell'art. 1923 c.c. e nel *trust* a confronto. Tesi restrittiva dell'art. 1923 c.c.: la svalutazione della funzione previdenziale. – 6. La natura previdenziale dell'assicurazione sulla vita. L'interpretazione costituzionalmente conforme ed evolutiva dell'art. 1923 c.c. nella giurisprudenza delle Sezioni unite. – 7. Non coincidenza di previdenzialità e impignorabilità. La funzione alimentare quale vero limite alle ragioni creditorie. Graduazione dell'effetto segregativo in relazione agli interessi sottesi al *life insurance trust*. – 8. Il rischio della lesione della garanzia patrimoniale generica. Il requisito dell'«*insurable interest*» e il sistema dei filtri nella Convenzione de L'Aja.

### 1. *Il trust collegato all'assicurazione sulla vita*

La prassi assicurativa e gli operatori della pianificazione patrimoniale da tempo fanno uso di due strumenti apparentemente molto divergenti, l'assicurazione sulla vita e il *trust*, i quali presentano, se combinati tra loro, vantaggi spesso non conseguibili, o conseguibili soltanto in parte, con il consueto armamentario della trasmissione intergenerazionale della ricchezza. Nella sua struttura piú ricorrente, il collegamento tra l'assicurazione sulla vita e il *trust* implica che l'assicurato nomini, quale beneficiario della polizza, un soggetto designato, anche in atto separato, come *trustee*, il quale accetta di riscuotere l'indennità vincolandola a vantaggio di terzi beneficiari o alla realizzazione di scopi, secondo il programma definito dal disponente/assicurato<sup>1</sup>. In altre con-

<sup>1</sup> Sottolinea la necessità di una nomina formale del *trustee* quale beneficiario

figurazioni, l'assicurato può auto-dichiararsi *trustee* della polizza vita<sup>2</sup> ovvero può trasferire la polizza già sottoscritta ad un *trustee*<sup>3</sup>.

*Le origini del life insurance trust* risalgono alla fine del XVIII secolo<sup>4</sup>, ma è dagli anni '20 del secolo scorso che è divenuto un elemento costante della vita dei cittadini americani<sup>5</sup>. L'assicurazione sulla vita si

della polizza: W.S. HUFF, *The Irrevocable Life Insurance Trust*, in *Ark. L. Rev.*, 1984, 38, pp. 139 ss., 142. In caso contrario, infatti, l'indennità della polizza verrebbe corrisposta ad altri beneficiari, come il coniuge o i figli dell'assicurato, esponendo il *trustee* a responsabilità per *breach of trust* nei confronti dei beneficiari del *trust*.

<sup>2</sup> Nel *trust* c.d. «autodichiarato» il disponente, anziché trasferire beni ad altri, nomina se stesso *trustee*, segregando all'interno del proprio patrimonio un sottoinsieme di beni e vincolandoli alla realizzazione del programma destinatorio. Nel senso che si tratterebbe di un *trust* a tutti gli effetti, nonostante la mancanza dell'effetto traslativo: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention. Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford-Portland, 2002, p. 106; L. TUCKER, N. LE POIDEVIN e J. BRIGHTWELL, *Lewin on Trusts*, 19<sup>a</sup> ed., Londra, 2014, p. 528; nonché M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Assago-Padova, 2016, p. 240 s.

<sup>3</sup> A.W. SCOTT, W.F. FRATCHEL e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, 5<sup>a</sup> ed., New York, 2006, p. 410. È anche possibile che il beneficiario della polizza crei un *trust* di assicurazione sulla vita nominando se stesso come *trustee* dei diritti conferiti dalla polizza ovvero cedendoli ad un soggetto designato quale *trustee* (ivi, p. 418). Nella giurisprudenza americana si veda *First Trust Company v. Northwestern Mutual Life Insurance Co.* 283 N.W. 236 (Minn. 1939), caso riguardante una serie di polizze vita irrevocabili nelle quali l'assicurato nominava la moglie come beneficiaria. La corte decise che la donna, prima della morte del marito, potesse trasferire i suoi diritti nelle polizze ad una società, costituendole in *trust* a vantaggio di lei e dei figli. Similmente, in *Pugh v. Gaines* 41 A.2d 287 (Pa. Super. 1945), fu stabilito che l'amante dell'assicurato, beneficiaria di una polizza vita, la quale aveva accettato di pagare le spese funebri e di condividere con la moglie e la figlia dell'assicurato l'indennità, avesse in tal modo costituito un *trust*.

<sup>4</sup> 23 aprile 1787 è la data, registrata in un *report*, del primo *life insurance trust* costituito in Inghilterra sotto gli auspici dell'*Equitable Assurance Office*, anche se non possono escludersi atti costitutivi precedenti. Negli Stati Uniti, risale al 1878 il caso deciso dalla Corte suprema del Maine concernente una polizza, datata 1 gennaio 1866, pagabile in *trust*: O.F. GRAHAME, *The Insurance Trust as Non-Testamentary Disposition*, in *Minn. L. Rev.*, 1934, 18, pp. 391 ss., 393.

<sup>5</sup> O.F. GRAHAME, *o.u.c.*, p. 391, nt. 2, osserva che nel 1930 circa il 4% delle polizze vita statunitensi era costituito in *trust*. Sugli sviluppi storici del *trust* col-

è andata ad innestare su uno strumento, il *trust*, già radicato nell'esperienza di *common law*<sup>6</sup>. In Italia, invece, la diffusione del *trust* collegato alle polizze vita ha seguito un percorso, da un lato, inverso, perché l'affermarsi dell'istituto straniero risale ad un'epoca relativamente recente e successiva a quella dell'assicurazione, e, dall'altro, ancora per molti aspetti inedito, dal momento che il collegamento tra i due negozi ha ricevuto scarsissima, se non alcuna, attenzione da parte della dottrina<sup>7</sup>.

## 2. Il passaggio intergenerazionale «controllato» della ricchezza. Varietà contenutistica del *life insurance trust*

Nonostante la carente concettualizzazione sul piano teorico, i professionisti dell'organizzazione patrimoniale hanno dimostrato di apprezzare l'alchimia tra i due istituti. Le ragioni sono di tutta evidenza e vanno ben oltre gli indiscutibili vantaggi fiscali, che si sostanziano nell'esenzione dall'imposta di successione e donazione<sup>8</sup>. Ove l'assicu-

legato all'assicurazione sulla vita negli Stati Uniti v. altresì J. HANNA, *Some Legal Aspects of Life Insurance Trusts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1930, 78, p. 346 ss.

<sup>6</sup> Il *trust* nacque in Inghilterra nel XIII secolo, quando gli Statuti di Mortmain (1279 e 1290) vietarono ai frati francescani e domenicani di essere titolari di proprietà, sì che il trasferimento avveniva nei confronti di terzi ma a beneficio degli ordini religiosi. Lo sviluppo del *trust* fu, poi, strettamente legato alle norme feudali che limitavano la circolazione *mortis causa* del patrimonio: L. BARTON, *The Medieval Use*, in *L. Q. Rev.*, 1965, p. 562 ss.; S.F.C. MILSOM, *Historical Foundations of the Common Law*, Londra, 1981, p. 203; J. BIANCALANA, *Medieval Uses*, in R. HELMHOLZ e R. ZIMMERMANN (a cura di), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlino, 1998, p. 111 ss.; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londra, 2002, p. 265 ss.

<sup>7</sup> Se si eccettuano le scarse pagine di M. LUPOI, *Trusts*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2001, pp. 648-650, non constano studi, di taglio scientifico, dedicati al *trust* di assicurazione sulla vita.

<sup>8</sup> S. LOCONTE e N. ALVARO, *La raffinata alchimia tra la polizza vita e trust*, in *Advisor Probate*, 2017-2018, n. 9, p. 50 ss. Benefici fiscali sono riconosciuti anche dalla legislazione americana: cfr. B.E.S. FOGEL, *Life Insurance and Life Insurance Trusts: Basics and Beyond*, in *Probate & Property*, 2002, pp. 8 ss., 8, il quale nota che, attraverso la sottrazione dei beni che ne formano oggetto alla successione dell'assicurato, il *life insurance trust* è in grado di raddoppiare l'ammontare dell'indennità a favore degli eredi dell'assicurato. Negli Stati Uniti

razione non sia collegata ad un *trust*, al verificarsi dell'evento di rischio (la morte dell'assicurato), l'assicuratore altro non potrebbe fare che liquidare l'indennità ai beneficiari, ma costoro potrebbero essere minori o incapaci o, comunque, trovarsi in una condizione che non consentirebbe loro di amministrare oculatamente il capitale assicurato dal *de cuius*<sup>9</sup>. *Impedendo un'attribuzione diretta della somma al beneficiario e vincolandola alla realizzazione di un programma attraverso la nomina di un trustee*, si previene la frammentazione del patrimonio e si consente all'assicurato di controllare l'impiego dell'indennità. I beneficiari, pertanto, non vanteranno alcun diritto di proprietà sul capitale pervenuto al *trustee*, beneficiario della polizza, bensì una mera pretesa, di natura evidentemente creditoria<sup>10</sup>, a che il *trustee* amministri quel capitale secondo le finalità indicate dal disponente nell'atto istitutivo del *trust*; finalità che, per contro, potrebbero essere disattese ove la somma sia corrisposta direttamente al beneficiario.

La funzione del *life insurance trust* non si limita alla preservazione

il *life insurance trust* viene, infatti, impiegato per evitare le lungaggini e i costi del procedimento di *probate*, che regola la devoluzione della successione attraverso la nomina di un esecutore testamentario: G.G. BOGERT, G.T. BOGERT e A.M. HESS, *Bogert's Trusts and Trustees*, St. Paul, 2008, § 231. Diversamente, in Svizzera, all'assicurazione sulla vita pura e semplice si attribuiscono maggiori vantaggi fiscali rispetto al *trust* di protezione patrimoniale: M. GANTENBEIN, *Swiss Annuities and Life Insurance versus Asset Protection Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2005, p. 13 ss.

<sup>9</sup> Cfr. W.S. HUFF, cit., p. 140 s., che equipara il *life insurance trust* ad un *trust* di protezione familiare. Più in generale, sull'impiego del *trust* come strumento di trasmissione intergenerazionale della ricchezza cfr. F. PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 851 ss.; R. SICLARI, *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trusts att. fid.*, 2011, p. 130 ss.; L.E. PERRIELLO, *I trust con funzione successoria*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2017, p. 121 ss.; V. CICONARDI, *Capitalismo familiare e sua pianificazione successoria*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, p. 189 ss.

<sup>10</sup> Sulla natura personale del diritto del beneficiario del *trust* v. le suggestive pagine di F.W. MAITLAND, *Equity, Also the Forms of Actions at Common Law. Two Courses of Lectures*, a cura di A.H. Chaytor e W.J. Whittaker, Cambridge, 1910, p. 29 s.; nonché, H.F. STONE, *The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust*, in *Columbia L. Rev.*, 1917, p. 467 ss. Così anche Corte giust., 17 maggio 1994, C-294/92, *George Lawrence Webb v. Lawrence Desmond Webb*, ECLI:EU:C:1994:193.

del patrimonio dalla possibile inesperienza o sconsideratezza dei successori dell'assicurato. In alcune ipotesi, la funzione può essere sensibilmente previdenziale, come quando l'assicurato non lascia beni di là dalla polizza vita, la quale, pertanto, servirebbe a sottrarre i familiari a carico del *de cuius* ad una possibile condizione di indigenza, evitando che il loro sostentamento sia posto a carico della finanza pubblica<sup>11</sup>.

Non vi sono, quindi, limiti alla definizione del contenuto del programma sotteso al *trust*. Si potrà, ad esempio, prevedere che il *trustee* eroghi una rendita periodica ai beneficiari fino al raggiungimento di una certa età oppure al fine di garantirgli un tenore di vita adeguato o analogo a quello goduto quando l'assicurato era ancora in vita. Il *trustee* potrà anche corrispondere una somma *una tantum* per soddisfare specifiche esigenze (es. il pagamento di spese funebri, studi e formazione, matrimoni, interventi chirurgici etc.)<sup>12</sup>. Ove il *trust* sia di scopo, e cioè senza beneficiari, l'atto istitutivo potrà imporre al *trustee* di destinare l'indennità alla realizzazione di opere di beneficenza o allo svolgimento di attività culturali<sup>13</sup>.

Non può, poi, tralasciarsi l'impiego del *life insurance trust* per finalità marcatamente successorie, come, ad esempio, al fine di integrare le quote dei legittimari lesi o pretermessi, livellare le loro posizioni, impedire l'insorgenza dell'usufrutto legale del coniuge sopravvissuto su un capitale che altrimenti sarebbe di spettanza dei figli minori<sup>14</sup>.

### 3. Trust «dormiente» o «funded». Poteri e doveri del trustee

Benché gran parte dei doveri gestori in capo al *trustee* sorga al momento della morte dell'assicurato e, dunque, della corresponsione

<sup>11</sup> Questo aspetto è particolarmente avvertito da E.I. PHILLIPS, *The Testamentary Character of Personal Unfunded Life Insurance Trusts*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1934, pp. 700 ss., spec. 730.

<sup>12</sup> S. LOCONTE e N. ALVARO, cit., p. 52.

<sup>13</sup> Si fa l'esempio del soggetto privo di discendenti in linea retta che intenda destinare la propria collezione d'arte all'esposizione in un museo privato finanziato con i proventi del proprio patrimonio mobiliare: S. LOCONTE e N. ALVARO, cit., p. 50.

<sup>14</sup> M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 650.

dell'indennità, ciò non vale a trasformare il *trust* di assicurazione sulla vita in uno «dormiente» o «*stand-by*»<sup>15</sup>. È consentito, infatti, disporre che sia il *trustee* a dover corrispondere i premi dell'assicurazione con beni che il disponente/assicurato abbia costituito in *trust* (c.d. «*funded life insurance trust*»)<sup>16</sup>. In tale ipotesi, è indiscutibile che il *trust* sia produttivo di effetti sin dal momento della sua istituzione, comportando obblighi di amministrazione a carico del *trustee*.

Sí che, nemmeno potrebbe sostenersi che il *trust* collegato ad una polizza vita sia del tipo c.d. «*bare*», in quanto il *trustee*, in ogni caso, non appare un mero depositario, privato di obblighi di gestione attiva se non quelli relativi alla conservazione dei beni a vantaggio dei beneficiari<sup>17</sup>. In quanto beneficiario della polizza, il *trustee* deve attivarsi per conseguire l'indennità al momento della morte dell'assicurato. Inoltre, l'attribuzione di beni ai beneficiari del *trust* potrebbe richiedere che il *trustee* ponga in essere una serie di attività preliminari o esecutive<sup>18</sup>.

Molti altri poteri possono essere attribuiti al *trustee* rendendo così il *life insurance trust* «discrezionale», come il potere di effettuare

<sup>15</sup> Così, invece, S. LOCONTE e N. ALVARO, cit., p. 50.

<sup>16</sup> Questa, anzi, è l'ipotesi piú diffusa negli Stati Uniti. Ove, invece, sia l'assicurato a pagare i premi, in quanto il *trust* non è dotato di altri beni, il negozio è detto «*unfunded life insurance trust*»: cfr. *Taliaferro v. Taliaferro* 921 P.2d 803 (Kan. 1996). Sul punto v. B.E.S. FOGEL, *Life Insurance and Life Insurance Trusts: Basics and Beyond*, cit., p. 10, il quale ritiene artificioso l'accordo in base al quale l'assicurato sia tenuto a pagare direttamente i premi, pagamento che verrebbe in ogni caso considerato come una liberalità in favore del *trustee*.

<sup>17</sup> D. HAYTON, P. MATTHEWS e C. MITCHELL, *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*, 19ª ed., Londra, 2016, p. 93 ss. Di *bare trust* si è occupata la *Family Court* inglese in *Thakkar v. Thakkar* [2017] EWFC 13, affermando che «*a bare trustee is a trustee who is a mere repository of the trust property with no active duties to perform and no responsibilities in relation to the trust property other than to preserve the property for the beneficiary. The bare trustee is purely passive and "bare" or naked of active duties decreed by the settlor/transferor*». Si osservi che il *bare trust* non è considerato uno strumento di trasmissione «controllata» di ricchezza, dal momento che non consente alcuna flessibilità nell'amministrazione dei beni da parte del *trustee*, né clausole condizionali (come l'assegnazione dell'indennità al conseguimento della maggiore età): E. STONE, *Dying Trusts, Living Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2020, 2, pp. 124 ss., 126.

<sup>18</sup> Così, E.I. PHILLIPS, cit., p. 715.

assegnazioni ai beneficiari ove, già durante la vita del disponente, il *trust* diventi economicamente svantaggioso oppure l'assicurato cessa di pagare i premi<sup>19</sup>.

#### 4. *Compatibilità con il divieto dei patti successori. Il problema della revocabilità*

Specularmente, anche il disponente potrebbe riservarsi una gamma di poteri, con l'unico limite di non esaurire il *trustee* al punto da far apparire il *trust* come *sham*<sup>20</sup>.

Solitamente, i *life insurance trust* sono irrevocabili, nel senso che l'assicurato non si riserva né il diritto di revocare il *trust*, né quello di

<sup>19</sup> Cfr. W.S. HUFF, cit., p. 142.

<sup>20</sup> Nel modello tradizionale di diritto inglese, si tende ad escludere che il *trust* sia *sham* quando, in presenza di riserve di poteri in capo al disponente o di «lettere di desideri», il *trustee*, in buona fede e nell'esercizio di un giudizio indipendente, dopo aver valutato tutte le circostanze del caso, abbia deciso di accogliere la richiesta formulata dal disponente: cfr. *Grupo Torras SA v. Al Sabah* [2003] JRC 092; *Shalson v. Russo* [2003] EWHC 1637 (Ch); *Charman v. Charman* [2005] EWCA Civ 1606; *Kan Lai Kwan v. Poon Lok To Otto* (2014) 7 HKCFAR 414. Considerazioni critiche sul punto sono state, tuttavia, di recente espresse da L. SMITH, *Massively Discretionary Trusts*, in *Trusts & Trustees*, 2019, 4, pp. 397 ss., 415, il quale osserva che, al fine di evitare la declaratoria di *sham*, «it is said that the trustees must make their own decisions, and not simply follow the settlor's decisions. But in this context, this looks almost like sophistry. They are not to follow the settlor's directions, but the only thing they have to go on is the settlor's wishes». In Italia la riserva di poteri in capo al disponente è spesso vista con sfavore. L'Agenzia delle Entrate, in particolare, tende a considerare fiscalmente inesistenti i *trust* che attribuiscono diritti o poteri al disponente (cfr. Circolare n. 61/E del 27 dicembre 2010), benché l'art. 2 della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai *trust* ed al loro riconoscimento (resa esecutiva in Italia in forza della l. 16 ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore l'1 gennaio 1992) preveda espressamente che «the reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust». Al riguardo, nota giustamente M. LUPOI, *Il "controllo" in materia di trust, auto-dichiarato e non*, in *Trusts att. fid.*, 2020, pp. 121 ss., 127, che la circolare dell'Agenzia delle Entrate è «priva di base giuridica ed anzi visibilmente contrasta con le norme applicabili».

modificare i beneficiari della polizza. Negli Stati Uniti, l'irrevocabilità è condizione di accesso ai benefici fiscali<sup>21</sup>.

In queste ipotesi, è incontestabile che il beneficiario della polizza vita sia immediatamente investito di tutti i diritti da essa derivanti e la circostanza che l'indennità sia corrisposta soltanto al momento della morte del disponente/assicurato non depone nel senso della natura *mortis causa* del *trust*<sup>22</sup>, il quale non ha ad oggetto il *quod superest* ma diritti determinati e individuati al momento dell'atto istitutivo<sup>23</sup>. L'assetto di interessi è definito in maniera irretrattabile al momento della nascita del *trust*.

Nella consapevolezza che l'art. 458 c.c. contiene tre divieti distinti, rispondenti a differenti *rationes*<sup>24</sup>, va escluso che il *trust* di assicurazione sulla vita costituisca un contratto con il quale un soggetto nomini altri erede o legatario (c.d. patto successorio istitutivo). Non sussiste, infatti, alcun accordo dispositivo della devoluzione ereditaria tra l'assicurato (disponente) e il beneficiario del *trust*, il quale piuttosto acquista il suo diritto *iure proprio* in virtù dell'atto istitutivo. Né la libertà testamentaria del disponente è attentata, rimanendo egli libe-

<sup>21</sup> B.E.S. FOGEL, *Life Insurance and Life Insurance Trusts: Basics and Beyond*, cit., p. 9.

<sup>22</sup> A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, cit., p. 410; E.I. PHILLIPS, *The Testamentary Character of Personal Unfunded Life Insurance Trusts*, cit., p. 702 ss. Nella giurisprudenza americana v. *Tivis v. Hulsey* 84 P.2d 862 (Kan. 1938); *Mass. Linotyping Corp. v. Fielding* 43 N.E.2d 521 (Mass. 1942).

<sup>23</sup> Secondo G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37, sono atti *mortis causa* quelli che regolano «rapporti patrimoniali e non patrimoniali del soggetto per il tempo e in dipendenza della sua morte, e che nessun effetto, nemmeno prodromico o preliminare, [sono] perciò destinat[i] a produrre, e produc[ono], prima di tale evento». Sí che, l'oggetto dell'attribuzione *mortis causa* è considerato «come entità misurata in tutti i suoi elementi (esistenza, consistenza e modo di essere) al tempo della morte dell'attribuente» e la persona del beneficiario «come esistente in quello stesso momento».

<sup>24</sup> Sul punto v. G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 187 ss., i quali avvertono che «è un errore metodologico, foriero di incertezze e incomprendimenti, ritenere che sia unica la ragione per la quale il legislatore abbia vietato i patti successori» (p. 189).

ro di scegliere i propri successori a titolo universale o particolare<sup>25</sup>. A rigore, il *life insurance trust* rientrerebbe nella categoria degli atti c.dd. *post mortem*, nei quali la morte non rappresenta la causa dell'attribuzione patrimoniale, bensì il termine fissato per la produzione degli effetti giuridici del negozio<sup>26</sup>, fermo restando che taluni effetti

<sup>25</sup> L'osservazione è valida se si ritiene, come la dottrina più diffusa, che il fondamento del divieto dei patti successori istitutivi sia da individuare nella tutela della libertà testamentaria, ossia della libertà di cambiare idea in qualsiasi momento prima della morte: così, *ex multis*, W. D'AVANZO, *Delle successioni*, I, *Parte generale*, Firenze, 1941, p. 69; C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milano, 1964, p. 40; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, p. 60; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. it.* Vassalli, XII, 1, Torino, 1977, p. 93; L. FERRI, *Successioni in generale. Artt. 456-511*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1980, p. 95; A. LISERRE, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Tratt.* Rescigno, V, Torino, 1982, p. 40; e con precipuo riferimento al *trust*, E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 1075 ss., 1104-1105, il quale ravvisa nella libertà testamentaria «la ragione ultima del divieto dei patti successori». L'opinione, per quanto autorevole, non è del tutto condivisibile, perché basterebbe la semplice previsione di un recesso *ad nutum* del disponente per rendere valido l'accordo sulla successione. Sì che, sembra che la *ratio* del divieto dei patti istitutivi risieda nella tutela dell'esclusività della volontà del *de cuius*, che si vuole scevra da qualsiasi condizionamento di terzi. La facoltà di recedere non sarebbe un adeguato presidio di quella volontà, dal momento che i doveri contrattuali di buona fede renderebbero rilevanti gli interessi della controparte e gli affidamenti in quest'ultima legittimamente ingenerati dal contratto successorio: in tale direzione, cfr. F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, pp. 1411 ss., 1418 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 42 ss.; ID., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Notariato*, 1995, pp. 552 ss., 555 s.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, p. 178 ss. Quanto al *trust*, osserva A. GAMBARO, *Trust*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Torino, 1999, p. 468, che esso non costituisce un patto successorio vietato, in quanto difetta l'elemento del rapporto bilaterale tra il costituente ed il beneficiario.

<sup>26</sup> Per la nozione di atto *post mortem*, in contrapposizione a quello *mortis causa*, si veda A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, p. 50 s., il quale osserva che nel primo la morte ha la funzione di determinare lo svolgimento effettuale di un rapporto che si è già costituito, là dove nel secondo la morte determina il costituirsi di un rapporto prima inesistente.

possono essere anticipati, come quando il *trustee* sia tenuto a versare i premi assicurativi (c.d. *funded life insurance trust*).

Maggiori difficoltà ricostruttive suscita l'ipotesi in cui l'assicurato si riservi il diritto di modificare il beneficiario della polizza (*trustee*), i beneficiari del *trust* o di revocare l'intero *trust*. Negli Stati Uniti, dove non vige un divieto della successione *mortis causa* contrattuale, si esclude l'applicabilità delle formalità testamentarie al *life insurance trust*, quandanche sia revocabile, giacché il beneficiario dell'assicurazione sulla vita, nominato *trustee*, gode con effetto immediato di tutti i diritti contemplati dalla polizza, e la circostanza che l'assicurato possa porre fine al *trust* a suo piacimento, che i beneficiari del *trust* ricevano vantaggi solo alla morte del disponente, che il *trustee* potrebbe non avere obblighi di amministrazione attiva prima di questo evento, non esclude che il *trust* sia di natura *inter vivos*, sebbene revocabile<sup>27</sup>.

In un ordinamento, come quello italiano, dove invece vige il divieto dei patti successori, vero è che la libertà testamentaria del disponente non appare pregiudicata, ma questi, riservandosi il potere di revoca, sembrerebbe disporre tra vivi della devoluzione ereditaria in maniera funzionalmente analoga al testamento<sup>28</sup>. Senonché, l'art.

<sup>27</sup> Così A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, cit., p. 410 s., per i quali se si dovesse ritenere testamentario il *life insurance trust* revocabile, lo stesso dovrebbe dirsi per le polizze vita semplici, nelle quali l'assicurato si sia riservato il diritto di modificare il beneficiario, ma la giurisprudenza si rifiuta di avallare una simile conclusione e riconosce al beneficiario il diritto di esigere l'indennità anche quando le formalità testamentarie non siano state rispettate. Nel senso che il *trust* revocabile di assicurazione sulla vita non avrebbe natura testamentaria, v. anche E.I. PHILLIPS, *The Testamentary Character of Personal Unfunded Life Insurance Trusts*, cit., p. 708 s.; S.M. EHRMANN, *Insurance Policy with Right to Change Beneficiary Reserved Is Sufficient Res*, in *UCLA L. Rev.*, 1954/55, p. 151 ss.

<sup>28</sup> Ciò, a maggior ragione, se si riconduce il fondamento del divieto dei patti successori istitutivi non tanto alla salvaguardia della libertà testamentaria, quanto all'indisponibilità *inter vivos* della devoluzione: v. *supra* nota 25. Nel senso che l'elemento comune a tutti i patti successori consiste nell'aver «per oggetto una successione non ancora aperta di cui si dispone mediante contratto»: A. CICU, *Le successioni. Parte generale – Successione legittima e dei legittimari – Testamento*, Milano, 1947, p. 294.

1920, comma 3, c.c., prevede espressamente che, per effetto della designazione, il beneficiario della polizza acquista «un diritto proprio» ai vantaggi dell'assicurazione sulla vita; la designazione è revocabile nelle forme dell'art. 1921 c.c. Sì che, la designazione, anche se effettuata per testamento<sup>29</sup>, costituisce un negozio *inter vivos* revocabile, la cui funzione è quella di attribuire un diritto autonomo al beneficiario, giammai a titolo di eredità o di legato<sup>30</sup>. Quanto invece ai beneficiari del *trust*, essi sono liberamente revocabili, senza quindi la necessità di osservare le forme dell'art. 1921 c.c., non essendo a rigore beneficiari della polizza<sup>31</sup>.

Che il *trust* sia o meno revocabile, la morte dell'assicurato non è causa dell'attribuzione dell'indennità al beneficiario della polizza (*trustee*), ma costituisce il termine di adempimento degli obblighi assunti dal *trustee* in virtù dell'atto istitutivo del *trust*. Le assegnazioni

<sup>29</sup> Si noti che anche negli Stati Uniti è consentito nominare il *trustee*, beneficiario della polizza, nel testamento dell'assicurato e la nomina non è considerata di natura *mortis causa*: A.W. SCOTT, W.F. FRATCHER e M.L. ASCHER, *Scott and Ascher on Trusts*, cit., p. 416. In giurisprudenza v. *In Cammarata Estate* 35 Pa. D. & C.2d 195 (C.P. 1964), dove si è affermata la validità della disposizione testamentaria con cui l'assicurato modificava il nome del beneficiario della polizza vita, prevedendo che l'indennità venisse corrisposta ad una donna in *trust* per l'istruzione della di lei figlia.

<sup>30</sup> Cfr. A. VIGORITA, *In tema di designazione testamentaria del terzo beneficiario di una polizza di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1953, II, p. 95 ss.; L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 658; A. DI AMATO, *Negoziio unilaterale, morte del dichiarante al momento della ricezione e designazione del beneficiario nell'assicurazione vita*, in *Giust. civ.*, 1979, p. 677 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 602; N. GASPERONI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli*, Milano, 1966, p. 217; G. FANELLI, *Assicurazioni sulla vita*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1399; G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazioni sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2099. In giurisprudenza, sulla natura autonoma del diritto acquisito dal beneficiario dell'assicurazione sulla vita e la mancanza nella fattispecie di cui all'art. 1920 c.c. della «connotazione tipica del negozio *mortis causa*, e cioè la manifestazione della volontà di disporre, a favore dei propri eredi, di un bene del quale si presupponga l'appartenenza – presente o futura – al proprio patrimonio», v. Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Riv. not.*, 1996, p. 1490.

<sup>31</sup> M. LUPOLI, *Trusts*, cit., p. 649.

in favore dei beneficiari del *trust*, da eseguirsi alla morte dell'assicurato, non rappresentano l'effetto di una devoluzione ereditaria disposta contrattualmente, quanto piuttosto adempimento di obbligazioni che il *trustee* assume direttamente nei confronti dei beneficiari del *trust*. Difatti, il termine di riferimento delle obbligazioni del *trustee* non può mai essere il disponente ma soltanto il beneficiario<sup>32</sup>.

5. *La segregazione patrimoniale nell'art. 1923 c.c. e nel trust a confronto. Tesi restrittiva dell'art. 1923 c.c.: la svalutazione della funzione previdenziale*

Il *trust* presenta un ulteriore vantaggio rispetto alla funzione di trasmissione intergenerazionale «controllata» del patrimonio. Il *trust* rafforza, infatti, il meccanismo segregativo previsto, per l'assicurazione sulla vita, dall'art. 1923 c.c. La norma già sottrae le somme dovute dall'assicuratore all'azione esecutiva dei creditori del contraente o del beneficiario. La segregazione patrimoniale realizzata dal *trust*, che ne costituisce effetto minimo ed essenziale<sup>33</sup>, è più intensa, perché opera non solo rispetto ai creditori personali del *trustee* (beneficiario della polizza), ma anche rispetto ai creditori della destinazione. Il fondo costituito in *trust* è, infatti, insensibile alle pretese dei creditori per debiti legati alla realizzazione dello scopo di destinazione, in quanto i debiti sono sempre assunti personalmente dal *trustee* ed è lui che ne risponde con il proprio patrimonio<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Ciò distingue nettamente il *trust* dalla fiducia di *civil law*, che si caratterizza per un rapporto obbligatorio tra fiduciario e fiduciante. L'elemento fiduciario nel *trust*, piuttosto, si esprime come affidamento, ossia «*commissione* di un diritto al *trustee* affinché realizzi certi interessi o scopi o per mezzo di tale diritto o in conseguenza della titolarità di tale diritto»: M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 307.

<sup>33</sup> Si noti, infatti, che l'art. 11 della Convenzione de L'Aja prevede che il riconoscimento del *trust* «implica, quanto meno, che i beni in *trust* rimangano distinti dal patrimonio personale del *trustee*» (nella traduzione italiana reperibile in M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, cit., p. 395). Sul punto v. anche G. PETRELLI, *Trust interno*, art. 2645 ter c.c. e «*trust italiano*», in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 167 ss., spec. 174.

<sup>34</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a L.È. PERRIELLO, *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano. Meritevolezza degli interessi e tecniche di tutela*,

Ma vi è di piú. Se è vero che l'art. 1923 c.c. già prevede l'effetto segregativo, il *trust* consentirebbe di perpetuare la separazione patrimoniale per il periodo successivo alla riscossione dell'indennità da parte del beneficiario dell'assicurazione. La disposizione, in verità, ha dato luogo ad interpretazioni confliggenti tra quanti – la maggioranza – ritengono che la segregazione cessi nel momento in cui la somma è incassata dal beneficiario della polizza e quanti, invece, sostengono l'estensione dell'effetto segregativo anche una volta che l'indennità si sia confusa con il restante patrimonio del beneficiario. È chiaro che il ricorso al *life insurance trust* si giustificerebbe soprattutto ove si aderisca all'impostazione piú restrittiva, diventando così il *trust* lo strumento per eludere il termine finale dell'effetto segregativo, coincidente con la riscossione dell'indennità. Il *trust*, infatti, permetterebbe la destinazione e la separazione immediata, cioè al momento della stessa riscossione, delle somme corrisposte dall'assicuratore al *trustee*. Nondimeno, ove anche si ritenga che l'effetto segregativo non cessi con la riscossione dell'indennità, il *life insurance trust* si presenterebbe parimenti utile per garantire quella trasmissione «controllata» della ricchezza del *de cuius* ai suoi successori.

Vale, dunque, la pena soffermarsi sulle ragioni addotte dalle varie opzioni ermeneutiche che si confrontano sull'art. 1923 c.c. La tesi piú restrittiva argomenta, in prima istanza, dal tenore letterale della disposizione, che si esprime in termini di somme «dovute» dall'assicuratore, sí da far intendere che la protezione dalle azioni esecutive sia limitata alla fase in cui l'indennità costituisce ancóra un diritto di credito dell'assicurato o del beneficiario verso l'assicuratore<sup>35</sup>. Tut-

Napoli, 2017, p. 254 ss., anche per osservazioni critiche sull'opportunità di qualificare l'effetto prodotto dal *trust* come quello proprio di un autentico patrimonio separato. Sull'insensibilità del fondo in *trust* rispetto alle pretese dei creditori del *trust* nel modello tradizionale inglese v. altresì L. SMITH, *Trust and Patrimony*, in *Est. Tr. & Pensions J.*, 2009, pp. 332 ss., spec. 338-339.

<sup>35</sup> A. DONATI e G. VOLPE-PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 8ª ed., Milano, 2006, p. 201. In giurisprudenza si veda Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, con nota di A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Una diversa interpretazione giurisprudenziale del divieto di azioni esecutive o cautelari sulle somme pagate in forza di polizza vita*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, p. 951 ss., per la quale «che l'impignorabilità sia dettata a tutela delle imprese, al livello della interpretazione

tavia, il dato letterale, da solo, non appare dirimente, se non altro perché la tesi contraria non è del tutto inconciliabile con il testo della disposizione<sup>36</sup>. Sì che, la soluzione andrebbe piuttosto ricercata sul terreno della funzione assolta dall'assicurazione sulla vita e sugli interessi sottesi alla previsione che sottrae all'azione esecutiva l'indennità assicurativa.

Quanti restringono l'ambito dell'art. 1923 c.c. alla fase precedente al pagamento dell'indennità sono portati a svalutare la funzione previdenziale e a porre la norma a tutela dell'interesse dell'assicuratore a non vedersi coinvolto in procedimenti esecutivi quale terzo pignorato o in processi di cognizione tesi a contestare la validità o l'efficacia del pagamento eseguito nei confronti dell'assicurato o del beneficiario. In tal modo, anche questi ultimi verrebbero tutelati, ma soltanto indirettamente, giacché l'assicuratore che partecipa al giudizio finirebbe per traslare i relativi costi sugli assicurati in termini di maggiori premi da corrispondere, pregiudicando in ultima istanza il regolare svolgimento del rapporto e il processo di raccolta e di capitalizzazione dei risparmi<sup>37</sup>. Il divieto di azioni esecutive non sarebbe, quindi, legato

letterale sembrerebbe agevolmente desumibile dalla circostanza che il divieto riguarda «le somme dovute».

<sup>36</sup> Lo osserva anche Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, con nota di O. CLARIZIA, *Funzione previdenziale e interpretazione adeguatrice: non acquisizione del valore di riscatto all'attivo fallimentare*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 557 ss., riconoscendo che «tutte le prospettate soluzioni sono legittimamente sostenibili, nessuna di esse trovandosi univocamente respinta dal dato testuale e corrispondendo tutte ad esigenze in astratto perseguibili dall'ordinamento». Più in generale, sull'insufficienza dell'interpretazione letterale, v. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegetesi*, *ivi*, 1985, p. 990 ss.

<sup>37</sup> Così L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 652 ss., il quale suffraga la sua tesi con argomentazioni storiche, facenti leva sugli artt. 5, r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966 e 19, l. 4 aprile 1912, n. 305, che estendevano all'Istituto Nazionale delle Assicurazioni (INA) il privilegio, già previsto per altre pubbliche amministrazioni, dell'impignorabilità ed inalienabilità dei crediti vantati da privati. Sul punto, v. anche Cass. Regno, 29 marzo 1940, n. 1017, in *Foro it.*, 1940, I, c. 1866, per la quale la norma di cui al r.d.l. del 1923 sarebbe preposta alla tutela del regolare svolgimento del contratto di assicurazione sulla vita, senza pregiudicare il principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Più di recente,

alla funzione del contratto ma alle particolari qualità della persona del debitore (l'assicuratore), che si vuole proteggere dalle molestie arrecate da procedure esecutive durante lo svolgimento del contratto.

La funzione previdenziale non sarebbe ravvisabile nella fase antecedente alla riscossione dell'indennità, tant'è vero che l'assicurato potrebbe disporre liberamente del suo credito verso l'assicuratore e la cessione farebbe venir meno il beneficio della impignorabilità<sup>38</sup>. Se si fosse voluto derogare al principio della responsabilità patrimoniale del debitore anche per le somme incassate, la facoltà di disposizione del credito in capo all'assicurato sarebbe stata limitata, giacché il nostro ordinamento non ammetterebbe forme di segregazione patrimoniale, con conseguente limitazione della responsabilità del debitore, senza una parallela restrizione delle facoltà di disporre dei beni facenti parte del patrimonio separato<sup>39</sup>.

Ma la funzione previdenziale non sussisterebbe neanche nella fase successiva. Una volta percepita, l'indennità si confonderebbe con il restante patrimonio dell'assicurato ed egli sarebbe libero di disporre come meglio ritiene, senza essere vincolato a destinarla a fini prefissati<sup>40</sup>. Ed è proprio la confusione a determinare la perdita della limi-

l'argomento è stato ripreso da Cass., 3 dicembre 1988, n. 6548, cit., e da Cass., 26 giugno 2000, n. 8676, con nota di S. MARINELLO, *Il riscatto della polizza vita acquisito all'attivo del fallimento*, in *Dir. econ. ass.*, 2000, p. 628 ss.

<sup>38</sup> In tal senso si veda Trib. Milano, 20 marzo 1956, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 305 ss., dove si osserva che il beneficio dell'impignorabilità non è connesso al diritto verso l'assicuratore, ma alla persona del beneficiario della polizza vita, sì che una volta che questo muore, non vi sarebbero più ragioni per continuare ad applicare l'art. 1923 c.c. Così anche A. MORA, *Il beneficiario dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 332 ss., 347; nonché A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Vita (Assicurazione sulla)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XVI, Torino, 1999, p. 459.

<sup>39</sup> Ritiene questo argomento decisivo: C. SEVERI, *Funzione previdenziale e limitazione della garanzia patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, pp. 2371 ss., 2391 s.

<sup>40</sup> Cfr. P. GAGGERO, *Pignoramento e sequestro del credito verso l'assicuratore sulla vita*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, Torino, 2006, p. 2969, il quale, pur muovendo dall'asserito programma previdenziale dell'assicurazione sulla vita, ritiene che detto programma sarebbe poi indifferente alla concreta destinazione che l'assicurato o il beneficiario imprima all'indennità percepita, sì che l'esclusione dal fallimento non sarebbe giustificata.

tazione della responsabilità patrimoniale, al punto che, secondo taluni, finché l'indennità sia entrata nel patrimonio dell'assicurato o del beneficiario ma sia identificata e tenuta separata dai restanti cespiti, l'impignorabilità continuerebbe ad operare<sup>41</sup>. Sul piano fallimentare, ne discenderebbe l'inclusione dell'indennità incassata dall'assicurato nell'attivo fallimentare<sup>42</sup>.

6. *La natura previdenziale dell'assicurazione sulla vita. L'interpretazione costituzionalmente conforme ed evolutiva dell'art. 1923 c.c. nella giurisprudenza delle Sezioni unite*

Non possono nascondersi alcune perplessità sulla svalutazione della funzione previdenziale assolta dall'art. 1923 c.c. e, a monte, dallo stesso contratto di assicurazione sulla vita. Per negare la natura previdenziale, si osserva che la certezza della prestazione dovuta dall'assicuratore sarebbe di carattere meramente formale in periodi di alta inflazione, nei quali l'indennità ricevuta dal contraente o dal beneficiario potrebbe non avere più lo stesso potere di acquisto contemplato al momento della sottoscrizione della polizza<sup>43</sup>. L'assicurato, poi, potrebbe accantonare somme superiori ai bisogni suoi o dei be-

<sup>41</sup> Trattasi di un'opinione, per così dire intermedia, sostenuta da N. SANTI, *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1965, p. 572; V. PISAPIA, *Il divieto di azioni esecutive e cautelari sulle somme dovute dall'assicuratore nell'assicurazione sulla vita*, in *Giust. civ.*, 1966, II, p. 355 ss.; G. SCALFI, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, p. 232.

<sup>42</sup> In tal senso, L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita a favore di terzi e fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 14 ss., sul rilievo che l'art. 46, n. 5, l. fall. si riferisce non all'indennità di cui all'art. 1923 c.c. ma ai beni e crediti impignorabili di cui agli artt. 514 e 545 c.p.c., inerenti alla persona del fallito e strettamente necessari per l'assolvimento dei suoi bisogni essenziali. Così anche A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, p. 453; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, p. 1309.

<sup>43</sup> In tal senso, A. CANDIAN, *La Corte di legittimità e la qualificazione delle polizze vita*, in *Danno resp.*, 2018, pp. 701 ss., 711-712, per la quale l'impignorabilità di cui all'art. 1923 c.c. non si giustifica in ragione della finalità previdenziale perseguita, ma di una precisa scelta di politica del diritto posta in essere dal legislatore, valida finché non venga revocata o modificata.

neficiari, sí da far venir meno il collegamento tra indennità ed entità del bisogno<sup>44</sup>.

A ben vedere, però, questi rilievi non sono concludenti. La tipologia di assicurazione e la durata della vita dell'assicurato possono incidere sulla natura previdenziale del contratto, ma non al punto di sopprimerla integralmente. E così vi saranno ipotesi, come l'assicurazione temporanea per il caso di morte o l'assicurazione di sopravvivenza, dove la funzione previdenziale è piú marcata, in quanto l'incertezza riguarda proprio l'*an* dell'evento, sí da vanificare l'accantonamento dei premi nel caso in cui lo stesso non si verifichi; ed altre ipotesi, come l'assicurazione per il caso di morte a vita intera, dove l'evento è incerto soltanto in relazione al *quando*, sí che l'assicurazione assume anche una funzione di risparmio, consistente nell'accantonamento di premi in funzione di una loro restituzione certa. In ogni caso, la causa previdenziale rimane pur sempre quella caratterizzante<sup>45</sup>.

Il risparmio finalizzato alla previdenza si manifesta nel sacrificio certo di un bene attuale per far fronte ad un bisogno futuro ed eventuale la cui insorgenza è legata ad un evento della vita umana<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> A. CANDIAN, *o.u.c.*, p. 711. Ma v. A. ALBANESE, *Assicurazione sulla vita e protezione patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 1422 ss., 1443, il quale osserva che il rischio del negativo andamento del mercato è assunto dall'assicuratore, mentre il pagamento dei premi garantirà all'assicurato con certezza la futura acquisizione del capitale o della rendita, senza correre alcun rischio.

<sup>45</sup> P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 89 ss., 94. Sulla natura elastica dell'assicurazione sulla vita, che combina finalità previdenziali con quelle di risparmio, v. G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. comm.*, I, Torino, 1987, p. 345, nonché G. VOLPE-PUTZOLU, *Le polizze unit linked e index linked (ai confini della assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 2000, p. 233 ss. Nel senso, tuttavia, che l'atto di puro risparmio non coincide con l'atto di previdenza, sul rilievo che il risparmio non è vincolato alla realizzazione di una determinata finalità e deve essere restituito al beneficiario a sua semplice richiesta o alla scadenza del termine previsto: A. GAMBINO, *Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giur. comm.*, 1989, I, pp. 13 ss., 18 ss.; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, Milano, 1992, p. 81 ss.

<sup>46</sup> COSÌ F. SANTORO PASSARELLI, *Funzione delle assicurazioni private e delle assicurazioni sociali*, in *Assicurazioni*, 1962, p. 45; ma già ID., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1948, pp. 177 ss., 188. Sulla natura previdenziale dell'assicurazione sulla vita v. altresí V. SALANDRA, *Dell'assicura-*

Attraverso lo scambio tra una prestazione certa (il premio) con una controprestazione incerta, nell'*an* o nel *quando*, e di entità superiore (l'indennità), l'assicurato mira a garantire la tranquillità economica dei propri familiari, per il periodo successivo alla propria morte, o di se stesso, per l'anzianità.

Discutere sulla funzione dell'assicurazione sulla vita non appare un esercizio retorico, in quanto la previdenza costituisce il valore costituzionale al quale agganciare l'interpretazione conforme dell'art. 1923 c.c., come affermato dalle Sezioni unite della Suprema Corte<sup>47</sup>.

zione, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 185; G. FANELLI, *Prestazione di rendita e assicurazione di rendita: note preliminari per la disciplina della previdenza integrativa*, in *Assicurazioni*, 1987, I, pp. 197 ss., spec. 213 s.; F. MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, p. 35; G. SCALFI, *L'assicurazione tra rischio e finanza*, cit., p. 81 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, II, *Singoli contratti*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2004, p. 241; G. CIOCCA, *Previdenza e libertà nella riforma del 2004 e del 2005*, in *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, I, Torino, 2008, p. 329 ss. In giurisprudenza si veda, da ultimo, Cass., 5 marzo 2019, n. 6319, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2817, per la quale nelle polizze «unit linked», caratterizzate dalla componente causale mista, finanziaria ed assicurativa sulla vita, anche ove sia prevalente la causa finanziaria, la parte qualificata come assicurativa deve rispondere ai principi dettati dal codice civile, delle assicurazioni e della normativa secondaria ad essi collegata, con particolare riferimento al rischio demografico rispetto al quale occorre valutare l'entità della copertura assicurativa, desumibile dall'ammontare del premio versato dal contraente rispetto al capitale garantito, dall'orizzonte temporale e dalla tipologia dell'investimento.

<sup>47</sup> «Risolutiva, ai fini dell'opzione esegetica [...] la considerazione, in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata, del rilievo e spessore – costituzionale appunto – che va riconosciuto al valore della “previdenza” [...] che la norma in esame (unitamente ad eventuali e, in varia misura, concorrenti finalità di risparmio) è volta a tutelare»: Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit. Si noti che la pronuncia riguarda la somma ricevuta in séguito all'esercizio del riscatto della polizza stipulata dal fallito quando era in *bonis*, ma le argomentazioni sviluppate dalla Suprema Corte possono riferirsi anche alla stessa indennità assicurativa. In precedenza, seppur non sulla base di una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 1923 c.c. ma del rilievo generalmente previdenziale della disposizione, hanno escluso l'estensibilità del fallimento alla somma proveniente dal riscatto: Cass., 28 luglio 1965, n. 1811, con nota di G. CASTELLANO, *Riscatto o revocatoria*, in *Assicurazioni*, 1966, p. 224 ss.; nonché Cass., 25 ottobre 1999, n. 11975, in *Fall.*, 2001, p. 67 ss.; Cass., 19 luglio 2004,

Una simile opzione esegetica imporrebbe di considerare impignorabili, e sottrarre all'attivo fallimentare, le somme riscosse dall'assicurato o dai beneficiari al verificarsi dell'evento della vita umana, ciò anche in ragione dell'evoluzione dell'assicurazione sulla vita, idonea a porsi, accanto alle assicurazioni sociali, come «terzo pilastro» della previdenza, in un momento storico, come quello attuale, in cui lo Stato sociale incontra sempre maggiori difficoltà ad assolvere le sue funzioni previdenziali<sup>48</sup>. Sarebbe, peraltro, irragionevole che la previdenzialità, che permea il contratto durante il suo svolgimento (quando cioè l'assicurato versa i premi all'assicuratore), venga automaticamente a cessare quando l'indennità è corrisposta al contraente o al beneficiario, ossia proprio nel momento in cui sorge il bisogno alla cui soddisfazione l'accantonamento delle risorse sia stato destinato.

L'interpretazione costituzionalmente conforme ed evolutiva<sup>49</sup> dell'art. 1923 c.c. consentirebbe di restituire dignità alla teoria che estendeva il beneficio dell'impignorabilità, in sede ordinaria e falli-

n. 13342, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 1130, in relazione ad una polizza contro gli infortuni mortali. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Napoli, 16 marzo 2004, con nota di D. FINARDI, *Acquisizione alla massa fallimentare delle somme riscattate dalla polizza-vita*, in *Fallimento*, 2005, p. 309 ss., dove si precisa che la finalità previdenziale riguarda anche le somme derivanti dal riscatto in quanto queste «contribuiscono, in modo ancor più immediato, al soddisfacimento delle esigenze dell'assicurato in stato di bisogno».

<sup>48</sup> Così Cass., Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271, cit. Sul punto v. altresì F. MARCHETTI, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, p. 35, il quale nota che «l'assicurazione è l'unico strumento giuridico utilizzabile sul piano contrattuale che consente – in mancanza di una disciplina legale che regolamenti la previdenza privata – di ripetere in forma privatistica lo schema pubblicistico del rapporto previdenziale, storicamente ed intrinsecamente assicurativo».

<sup>49</sup> Esalta il collegamento tra il procedimento ermeneutico e l'evoluzione storica della realtà sociale, O. CLARIZIA, *Funzione previdenziale e interpretazione adeguatrice*, cit., p. 570, la quale osserva che «le circostanze di tempo e luogo caratterizzanti il contesto di applicazione non costituiscono profili irrilevanti ma parametri privilegiati, la considerazione dei quali è necessaria al fine di verificare l'adeguatezza del tessuto storico e sociale nel quale l'assicurazione sulla vita è destinata a trovare attuazione». Sulla natura necessariamente evolutiva dell'interpretazione v. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 540.

mentare, alle somme percepite dall'assicurato o dal beneficiario a titolo di riscatto o di indennità, sul rilievo che la norma rientrerebbe proprio tra i casi di esenzione dal fallimento contemplati dall'art. 46, n. 5, l. fall.<sup>50</sup> L'illogicità dell'interpretazione restrittiva risiederebbe anche in ciò, che all'assicurato o al beneficiario basterebbe rifiutarsi di incassare la somma dovuta per proteggerla dall'aggressione dei propri creditori<sup>51</sup>.

7. *Non coincidenza di previdenzialità e impignorabilità. La funzione alimentare quale vero limite alle ragioni creditorie. Graduazione dell'effetto segregativo in relazione agli interessi sottesi al life insurance trust*

Seguendo il percorso tracciato dalle Sezioni unite, non sarebbe soltanto il credito verso l'assicuratore ad essere segregato all'interno del patrimonio dell'assicurato, ma anche la stessa indennità percepita al verificarsi dell'evento relativo alla vita umana. Se ciò è vero, sembra allora che il *life insurance trust* non serva a protrarre un effetto segregativo che già sussisterebbe in virtù dell'art. 1923 c.c., ma, al più, a conseguire una separazione patrimoniale più intensa, in quanto operante anche nei confronti dei creditori per debiti contratti per lo scopo della destinazione. Senonché, la veridicità di questa conclusione è posta in dubbio da una più attenta valutazione della finalità previdenziale e dei suoi rapporti con il beneficio dell'impignorabilità.

<sup>50</sup> Cfr. A. DE MARTINI, *Natura del credito del beneficiario di assicurazione sulla vita e sua impignorabilità, in sede ordinaria e fallimentare*, in *Assicurazioni*, 1956, II, pp. 93 ss., 107; N. GASPERONI, *Impignorabilità e inesecutibilità delle somme dovute dall'assicuratore sulla vita all'erede fallito del beneficiario premorto*, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 834 ss.; ID., *Assicurazione*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 15; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *L'art. 1923 del codice civile ed il fallimento del contraente o del beneficiario*, in *Assicurazioni*, 1959, II, p. 23 ss., i quali argomentano altresì dalla natura previdenziale sia del credito, sia della somma che ne deriva.

<sup>51</sup> Cfr. E. DEL CONTE, *Legittimazione del curatore all'apprensione delle somme dovute dall'assicuratore, nel caso di fallimento del beneficiario*, in *Dir. fall.*, 1957, p. 834 ss.

Secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, infatti, l'area della previdenza non coincide con quella della impignorabilità. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quelle norme che escludevano la pignorabilità, per ogni credito, di trattamenti pensionistici, anziché prevedere l'impignorabilità della sola parte dell'assegno necessaria ad assicurare al pensionato mezzi adeguati alle sue esigenze di vita, richiamando la necessità di operare un bilanciamento tra la funzione previdenziale (art. 38 Cost.) e le ragioni creditorie, le quali sono espressione di beni parimenti garantiti dalla Costituzione, quali l'iniziativa economica e la proprietà privata (artt. 41 e 42 Cost.)<sup>52</sup>. Vero è che la solidarietà sociale può imporre una compressione delle ragioni creditorie per consentire al beneficiario dell'atto di previdenza di godere di un trattamento adeguato alle proprie esigenze di vita, ma tale sacrificio non può essere totale e indiscriminato, bensì deve rispondere a criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, i quali, da un lato, garantiscano al beneficiario i mezzi per condurre una vita dignitosa, dall'altro, non impongano una soppressione integrale delle ragioni dei creditori, negando in radice al trattamento previdenziale la qualità di bene su cui soddisfarsi.

Se la Suprema Corte esclude la avocabilità al fallimento dell'intero ammontare della polizza vita, di cui pur riconosce la

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost, 4 dicembre 2002, n. 506, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2554, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 128 del r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, convertito, con modificazioni, nella l. 6 aprile 1936, n. 1155, nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, assegni ed indennità erogati dall'INPS, anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione, assegno o indennità necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte. Ha conseguentemente dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 2, primo comma, del d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, nella parte in cui escludono la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, indennità che ne tengono luogo ed altri assegni di quiescenza erogati ai dipendenti dai soggetti individuati dall'art. 1 dello stesso d.P.R., anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte delle pensioni, indennità o altri assegni di quiescenza necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.

natura previdenziale, la Corte costituzionale, con atteggiamento piú prudente e attento al bilanciamento con le ragioni creditorie, sostiene l'impignorabilità della sola quota del trattamento previdenziale destinata a soddisfare adeguate esigenze di vita del beneficiario<sup>53</sup>. Sí che, il vero limite alla pignorabilità non è dato dalla funzione previdenziale ma da quella alimentare, come del resto emerge da molteplici indici sistematici (es. art. 545 c.p.c.; art. 46 l. fall.).

Se l'impignorabilità assoluta *ex art. 1923 c.c.* riguardasse soltanto le indennità assicurative che, oltre ad avere una natura previdenziale, assolvono una concorrente funzione alimentare, ne discenderebbe una polifunzionalità del *trust* collegato all'assicurazione sulla vita, modulata in relazione all'idoneità dello strumento a fornire quanto necessario per il mantenimento di chi versi in stato di bisogno. E cosí, ove il *life insurance trust* sia stipulato dall'imprenditore facoltoso, il quale non abbia fiducia delle capacità gestorie dei propri congiunti, il *trust* consentirebbe proprio di perpetuare quell'effetto segregativo che verrebbe meno con la confusione dell'indennità assicurativa nel restante patrimonio dei beneficiari della polizza. Ma nel caso in cui il *life insurance trust* sia destinato a provvedere ai bisogni di minori rimasti orfani in tenera età o di anziani inabili al lavoro e privi di mezzi di sostentamento, non sarebbe peregrino immaginare la continuazione della separazione patrimoniale finalizzata al bisogno alimentare anche una volta che l'indennità della polizza sia stata corrisposta, di guisa che il *trust* assolverebbe una funzione meno intensa ma comunque espressiva di un valore aggiunto: rendere la somma inaggregabile non solo per i creditori del *trustee* ma anche per quelli della destinazione<sup>54</sup>. A ciò si aggiunga il vantaggio di rimettere la rendita o

<sup>53</sup> Denuncia, al riguardo, V. FERRARI, *La funzione previdenziale fra diritto pubblico e diritto privato (nota a Cass. Sez. un., 31 marzo 2008, n. 8271)*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1434, il paradosso di una funzione previdenziale che rende totalmente impignorabili i trattamenti derivanti dalle forme private di previdenza e soltanto parzialmente quelli derivanti dalle forme obbligatorie.

<sup>54</sup> *Contra* L. BUTTARO, *Assicurazione sulla vita*, cit., p. 652 ss., il quale ritiene che la generica funzione previdenziale assolta dall'art. 1923 c.c. non consentirebbe in nessun caso di concedere il beneficio dell'impignorabilità assoluta, nem-

il capitale corrisposti alla gestione oculata di un *trustee* dotato di requisiti di professionalità, soprattutto quando si vuole evitare la frammentazione e la dilapidazione della somma tra piú beneficiari o questi non dispongano ancóra delle doti necessarie per farne un uso accorto.

8. *Il rischio della lesione della garanzia patrimoniale generica. Il requisito dell'«insurable interest» e il sistema dei filtri nella Convenzione de L'Aja*

Stante il rafforzamento dell'effetto segregativo, il rischio che si corre è quello relativo all'abuso del *trust* collegato all'assicurazione sulla vita, e in particolare che il *trust* venga utilizzato al solo scopo di distrarre beni dalla garanzia patrimoniale generica. Negli Stati Uniti, al fine di ridurre l'impiego dello strumento per finalità illecite, si richiede che il *trustee*, beneficiario della polizza vita, possieda il c.d. «*insurable interest*» nei confronti dell'assicurato, ossia un interesse nei beni della vita, salute o proprietà dell'assicurato, tale per cui il beneficiario riceve un vantaggio dalla loro preservazione e un danno dalla loro lesione<sup>55</sup>. Ad esempio, i figli hanno un *insurable interest* nei confronti del genitore in quanto conseguono un beneficio dalla sua sopravvivenza, come il sostegno economico nell'ipotesi in cui essi siano minori o maggiorenni non autosufficienti. In ogni caso, l'uso del *life insurance trust* è attestato anche nell'ambito di procedimenti divorzili per garantire un supporto immediato ai familiari a carico in caso di decesso improvviso dell'assicurato<sup>56</sup>, per provvedere ai bisogni di individui

meno quando i beneficiari dell'assicurazione sulla vita risultino essere soggetti meritevoli di particolari tutele, come i minori o i disabili.

<sup>55</sup> In H.C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4<sup>a</sup> ed., St. Paul, 1968, p. 942, l'«*insurable interest*» è definito come «*a reasonable expectation of pecuniary benefit from the continued life of another; also, a reasonable ground, founded upon the relation of the parties to each other, either pecuniary or of blood or affinity, to expect some benefit or advantage from the continuance of the life of the assured*».

<sup>56</sup> Cfr. J.F. RYDSTROM, *Court's Establishment of Trust to Secure Alimony or*

non imparentati con l'assicurato, quali amici di lunga data o dipendenti di fiducia, o di soggetti disabili<sup>57</sup>.

La carenza di *insurable interest* determina l'invalidità del *trust* di assicurazione sulla vita. Si prenda il caso deciso dalla United States District Court for the Eastern District of Virginia in *Chawla ex rel. Giesinger v. Transamerica Occidental Life Insurance Co.*<sup>58</sup> Harald Giesinger aveva stipulato una assicurazione sulla propria vita, del valore di un milione di dollari, a favore di se stesso e di Vera Chawla in qualità di *co-trustee*, falsificando la propria cartella medica e omettendo di informare la compagnia assicurativa degli interventi subiti negli anni immediatamente precedenti alla stipula. Alla morte di Giesinger, la compagnia si è rifiutata di corrispondere l'indennità al *trustee* Chawla. La Corte ha dato ragione alla compagnia, sul rilievo che il *trustee* non avesse un *insurable interest* nella vita di Giesinger in base alla legge del Maryland, non essendo legato da un rapporto di parentela, né possedendo un valido interesse economico nella sopravvivenza dell'assicurato.

In realtà, gli statuti di molti stati americani contengono previsioni simili a quelle del Maryland, che tendono ad escludere un *insurable interest* in capo al *trustee*<sup>59</sup>. Le conseguenze dell'invalidità del *trust* per carenza di interesse assicurabile sono particolarmente gravi, dal momento che i successori dell'assicurato potranno rivolgersi ai beneficiari del *trust* e domandare la restituzione dei vantaggi conseguiti. Inoltre, vero è che, a séguito della declaratoria di invalidità, i premi assicurativi sono restituiti, ma se risulta che gli

*Child Support in Divorce Proceedings*, in *Am. L. Rep.*, 1965, p. 1170.

<sup>57</sup> G.G. BOGERT, G.T. BOGERT e A.M. HESS, *Bogert's Trusts and Trustees*, cit., § 234.

<sup>58</sup> No. CIV.A. 03-CV-1215, 2005 WL 405405 (E.D. Va. Feb. 3, 2005).

<sup>59</sup> M.M. GARDNER, *Trust, We Have a Problem: Chawla ex rel. Geisinger v. Transamerica Occidental Life Insurance Company, Its Revelation of a Problem in Insurable Interest Statutes and the Subsequent Effect on Irrevocable Life Insurance Trusts*, in *Oklahoma L. Rev.*, 2009, pp. 125 ss., 132-133, riporta che sono venti gli stati che non attribuiscono un *insurable interest* al *trustee* di un *life insurance trust*; undici, inclusi il Delaware e la Virginia, che lo attribuiscono espressamente; mentre i restanti stati non hanno norme specifiche che definiscono l'*insurable interest*.

stessi potevano essere investiti in strumenti alternativi con profitto, il *trustee* potrebbe essere ritenuto responsabile per il mancato guadagno, in violazione del suo dovere di rendere la *trust property* produttiva nei confronti dei beneficiari<sup>60</sup> (è evidente che ciò riguarda i *trust* di assicurazione sulla vita di tipo «*funded*», nei quali l'assicurato conferisce beni nel *trust* e i premi sono versati dal *trustee*). Se la gravità delle conseguenze dell'invalidità è mitigata nell'ipotesi in cui i successori dell'assicurato e i beneficiari del *trust* coincidono (la perdita sarebbe limitata al mancato investimento del capitale in forme alternative), il beneficiario del *trust* che, invece, non rientri nella successione dell'assicurato potrebbe perdere le risorse che il disponente gli aveva destinato tramite la polizza vita.

Dall'esame dell'esperienza statunitense emerge, dunque, la necessità di circoscrivere l'impiego del *life insurance trust* attraverso il requisito dell'interesse assicurabile in capo al beneficiario della polizza. La validità di un *trust* collegato ad una assicurazione sulla vita nel nostro ordinamento andrà vagliata anche in relazione al requisito dell'«*insurable interest*» prescritto dalle leggi di diversi stati americani, atteso che l'art. 8 della Convenzione de L'Aja del 1985 rimette la disciplina, tra l'altro, della validità e degli effetti del *trust* alla legge regolatrice del negozio, che non può che essere una legge straniera, non avendo l'Italia ancora disciplinato il *trust* ma soltanto equivalenti funzionali dell'istituto.

Nel nostro sistema, è, inoltre, evidente che se il negozio viene adoperato per sottrarre beni alla garanzia patrimoniale, i creditori pregiudicati possono agire in revocatoria rispetto ai premi pagati, azione espressamente consentita dall'art. 1923, comma 2, c.c. Ma la tutela nei confronti di *trust* che perseguono ulteriori finalità illecite è rafforzata dalla Convenzione de L'Aja, la quale impedisce, con un articolato sistema di «filtri», che possano fare ingresso nel nostro ordinamento *trust* contrari a norme imperative inderogabili (art. 15), a norme di applicazione necessaria (art. 16), all'ordine pubblico (art. 18). In ultima istanza, l'art 13, interpretato come clausola di chiusura del sistema convenzionale, impedirà il riconoscimento di

<sup>60</sup> M.M. GARDNER, *o.u.c.*, pp. 135-136.

quei *life insurance trust* che, seppur superando gli altri filtri della convenzione e, dunque, non essendo passibili di illiceità, producono effetti immeritevoli di tutela<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Per una panoramica sulle diverse ricostruzioni dell'art. 13 Conv. e la scelta di interpretare la norma come clausola di chiusura del sistema atta a sanzionare quei *trust* che, sia pur non confliggenti con gli artt. 15, 16 e 18 Conv., producano effetti non meritevoli di tutela, si rinvia a L.E. PERRIELLO, *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 333 ss. Si vedano altresì S.M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, pp. 773 ss., 782-783, per il quale l'art. 13 Conv. consente di sanzionare quei *trust* nei quali la scelta della legge applicabile sia avvenuta «non già secondo ragionevolezza e/o *bona fide* e/o in funzione della tutela di legittimi interessi, bensì al solo fine di sottrarre abusivamente la situazione relativamente alla quale opera il *trust* alla legge che sarebbe ad essa applicabile secondo il normale funzionamento delle norme di diritto internazionale privato»; nonché M. GRAZIADEI, *Recognition of Common Law Trusts in Civil Law Jurisdictions Under the Hague Trusts Convention with Particular Regard to the Italian Experience*, in L. SMITH (a cura di), *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge, 2012, p. 62, per il quale il giudice potrebbe ricorrere alla clausola di salvaguardia se appare che la *professio iuris* sia in concreto fraudolenta, in quanto impropriamente sottrae il rapporto alla *lex fori*.

CARLO PETTA

## Tutela dei familiari e mercato del credito: le polizze vita abbinate ai mutui

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'assicurazione come garanzia indiretta del credito. L'ipotesi di assicurazione sulla vita del mutuatario. La struttura del contratto nella prassi commerciale. Interessi economico-funzionali sottesi alle PPI: in particolare, la tutela della famiglia del mutuatario con l'assicurazione sulla vita. Le criticità del mercato delle polizze abbinate. – 2. Il mercato delle PPI: tutela del consumatore e tutela della concorrenza. Il difficile coordinamento tra l'art. 21, comma 3-*bis*, c. cons., l'art. 28 d.l. n. 1/2012, la normazione secondaria e le recenti modifiche del t.u.b. e del codice delle assicurazioni private. I conflitti di interesse e gli interventi regolativi. – 3. Costi dell'assicurazione e calcolo del TAEG. Le disposizioni del t.u.b. Obbligatorietà e facoltatività della copertura assicurativa nelle decisioni dell'ABF. Disciplina di trasparenza e normativa antiusura. – 4. Estinzione anticipata del mutuo o del finanziamento e sorte del contratto assicurativo. La restituzione del premio assicurativo. L'incidenza del rischio sul collegamento negoziale.

1. *Introduzione. L'assicurazione come garanzia indiretta del credito. L'ipotesi di assicurazione sulla vita del mutuatario. La struttura del contratto nella prassi commerciale. Interessi economico-funzionali sottesi alle PPI: in particolare, la tutela della famiglia del mutuatario con l'assicurazione sulla vita. Le criticità del mercato delle polizze abbinate.*

Lo sviluppo del mercato finanziario e la sempre più marcata inadeguatezza mostrata dalle tradizionali forme di garanzia reali e personali<sup>1</sup> hanno incentivato la crescente diffusione di strumenti assicurativi volti a garantire direttamente o indirettamente il credito.

<sup>1</sup> Cfr., L. PIAZZA, voce *Garanzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, 1988, p. 4; ALB. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001; G. TUCCI, voce *Garanzia (dir. comp. e stran.)*, in *Enc. giur.*

In tale scenario, i prodotti assicurativi più diffusi – grazie anche alla crescente integrazione tra il settore bancario e quello assicurativo<sup>2</sup> – sono rappresentati dalle polizze vita e/o danni stipulate in abbinamento (*tie-in*) a mutui o finanziamenti per garantire il rimborso del credito (c.d. PPI, *Payment Protection Insurance*, o CPI, *Credit Protection Insurance*<sup>3</sup>), ovvero proteggere il bene dato in garanzia (come

Treccani, XIV, p. 10; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 131; F. CAPPAL, *Le garanzie autonome nel commercio internazionale*, in *Nuovo dir. soc.*, 2016, p. 22 ss.; G. STELLA, *Garanzie autonome e uniform rules for demand guarantees*, in G. GITTI, F. DELFINI e D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, Milano, 2015, p. 2861 ss.; F. FIORENTINI, *Le garanzie reali atipiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 253.

<sup>2</sup> Sul fenomeno della c.d. bancassicurazione v., senza pretesa di esaustività, P. CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 617 ss.; ID., *Il fenomeno della bancassicurazione*, in *Scritti in onore di Francesco Caprighione*, I, Padova, 2010, p. 535 ss.; A. GAMBARO, *La Bancassicurazione e le aspettative della clientela*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 579 ss.; F. ALLEGRI, *Le nuove regole dell'accesso delle banche nel comparto assicurativo*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, p. 651 ss.; I. CLEMENTE, *Bancassicurazione. L'evoluzione del rischio nei contratti "para-assicurativi"*, Roma, 2006; S. PACI e F. NATALE, *La nuova disciplina sul capitale per le partecipazioni bancarie in imprese di assicurazione e i suoi riflessi sui modelli di bancassicurazione in Italia*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, p. 1085 ss.; R. GUIDA, *La bancassicurazione. Modelli e tendenze nel rapporto di partnership*, Bari, 2004; A. PATRONI GRIFFI e M. RICOLFI (a cura di), *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997; A. NIGRO, *L'integrazione fra l'attività bancaria e l'attività assicurativa: profili giuridici*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1997, p. 187 ss.; P. CASTELLI, *I rapporti tra banche e assicurazioni*, in *Ass.*, 1996, I, p. 431 ss.

<sup>3</sup> Cfr., M. BURRONI e F. POLI, *Credito alle famiglie e payment protection insurance: quali prospettive di sviluppo in Italia?*, in G. BRACCHI e D. MASCIANARO (a cura di), *Banche italiane e governo dei rischi – Imprese, famiglie, regole*, XIII rapporto Fondazione Rosselli, Milano, 2008, p. 323 ss.; C.S. BRUNETTO, *Polizze assicurative e finanziamenti bancari. Il fenomeno delle ppi nell'esperienza del fod. Alcune riflessioni alla luce dei recenti provvedimenti assunti nel regno unito in conseguenza della c.d. "plevin rule"*, in *Pers. e merc.*, 2019, 1 p. 3 ss.; e A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative: l'estinzione anticipata del finanziamento (art. 125-sexies t.u.b.) mediante attivazione della copertura assicurativa*, in *Giur. comm.*, 2018, 5, p. 789 ss., ove l'A. ritiene «preferibile: i) discorrere di *payment protection insurance* qualora il rischio assicurato sia relativo al debitore-finanziato e la polizza sia, quindi, diretta a «proteggere il

la polizza “scoppio e incendio” connessa con un mutuo immobiliare)<sup>4</sup>.

Le PPI, segnatamente, coprono i rischi idonei a incidere sulle capacità del debitore di rimborsare il creditore in via temporanea o definitiva (si pensi alle ipotesi di decesso, invalidità totale e permanente, malattia grave, perdita del lavoro, inabilità totale e temporanea a svolgere la propria attività lavorativa)<sup>5</sup>, integrando, dunque, una forma di garanzia indiretta del credito<sup>6</sup>: in caso di verifica del sinistro, infatti, l'impresa assicurativa è chiamata a corrispondere al beneficiario designato dal debitore (di solito lo stesso creditore) una

cliente da eventi pregiudizievole che possano limitare la sua capacità di rimborso del finanziamento” (più frequentemente: “ramo I. le assicurazioni sulla durata della vita umana”, art. 2, primo comma, c.a.p.; “ramo 16. Perdite pecuniarie di vario genere”, art. 2, terzo comma, c.a.p.); e, invece, ii) discorrere di *credit protection insurance* per la differente ipotesi in cui il rischio assicurato sia più propriamente il rischio credito (“ramo 14. Credito: perdite patrimoniali derivanti da insolvenze”, art. 2, terzo comma, c.a.p.)».

<sup>4</sup> P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a “garanzia” dei mutui ipotecari: considerazioni sulla recente disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 5, p. 614 ss.; L. FARENGA, *La distribuzione di prodotti assicurativi in abbinamento ai mutui*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, ALB. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI, E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017, p. 265 ss.

<sup>5</sup> Cfr. IVASS, *Indagine sui costi delle polizze abbinate a finanziamenti (PPI – Payment Protection Insurance). Primi risultati*, Maggio 2016, p. 5, in cui si riporta che la raccolta vita riguarda pressoché interamente l'assicurazione sulla durata della vita umana (ramo I), mentre la produzione danni è relativa principalmente al ramo perdite pecuniarie (ramo 16) al quale seguono malattia (ramo 2), infortuni (ramo 1), incendio (ramo 8), “altri danni ai beni” (ramo 9) e tutela giudiziaria (ramo 17).

<sup>6</sup> C. BALDINELLI, *Regolamentazione e “autoregolamentazione”. La tematica delle PPI*, 2013, p. 4, reperibile su [www.ivass.it](http://www.ivass.it). I prodotti finanziari che più frequentemente sono oggetto di abbinamento con dette polizze sono i mutui immobiliari e le varie forme di credito ai consumatori (finanziamenti, *revolving* su carte di credito, prestiti personali, prestiti contro cessione del quinto dello stipendio o della pensione). Si rammenti che i contratti di cessione del quinto dello stipendio, ex art. 54 d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, «devono avere la garanzia dell'assicurazione sulla vita e contro i rischi di impiego od altre malleverie che ne assicurino il ricupero nei casi in cui per cessazione o riduzione di stipendio o salario o per liquidazione di un trattamento di quiescenza insufficiente non sia, possibile la continuazione dell'ammortamento o il ricupero del residuo credito».

prestazione di importo corrispondente alla somma finanziata o, comunque, residua<sup>7</sup>.

Giuridicamente, l'operazione è frutto di un collegamento negoziale<sup>8</sup> volontario<sup>9</sup> e unilaterale<sup>10</sup> atteso che la concessione del mutuo ovvero il riconoscimento di determinate condizioni favorevoli sono

<sup>7</sup> È dunque evidente la distinzione con l'assicurazione del credito, di cui al ramo 14, attraverso la quale il creditore si protegge dal rischio della diminuzione del valore del credito in caso di insolvenza da parte del debitore. In ottemperanza a quanto previsto dalla normativa secondaria, l'assicurazione del credito deve essere stipulata in forma globale (c.d. "principio di globalità") e pertanto il medesimo contratto deve essere riferito a tutti i debitori dell'assicurato o almeno a gruppi omogenei di essi, salvo eccezioni. In argomento, v. M. FRAGALI, voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 528; D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito*, Milano, 2003; ID., *L'assicurazione del credito interno in Francia: brevi riflessioni di un modello autoctono*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 539 ss.; ID., *Il credito ai consumatori e la garanzia del finanziamento mediante lo strumento assicurativo: dall'assurance emprunteurs all'assicurazione del credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa Europa*, 2004, p. 361 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione del credito e controgaranzie fideiussorie*, in G. RESTUCCIA (a cura di), *La prevenzione della crisi bancaria nell'ordinamento italiano e comunitario*, Roma, 1996, p. 149; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, voce *Assicurazione credito e cauzione*, in *Dig. Disc. priv. Sez. comm.*, XVI, Torino, 1987 (aggiornamento a cura di A. CARIDDI), p. 436.

<sup>8</sup> M. SOLDAN, *Estinzione anticipata del finanziamento connesso a polizza assicurativa con patto di vincolo. Collegamento negoziale e suoi effetti*, nota a ABF, coll. coord., 14 febbraio 2014, n. 896, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 10, p. 10843 ss.; cfr., in giurisprudenza, Cass., 18 settembre 2012, n. 15640, in *Contratti*, 2013, 4, p. 339; Cass., 15 maggio 2010, n. 11974, in *Mass. giust. civ.*, 2010; Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 825; Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *Contratti*, 2007, 4, p. 374; Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 302; Cass., 28 luglio 2004, n. 14244, in *Giur. it.*, 2005, 10, p. 1825; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844, in *Giur. it.*, 2002, p. 1618.

<sup>9</sup> Cfr., Cass., 21 giugno 1995, n. 7021, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, p. 375, con nota di G. LENER, "Appendice di vincolo" nei contratti assicurativi e collegamento negoziale: uno pseudo-problema; Cass., 20 maggio 2009, n. 11706, in *Foro it.*, 2010, I, c. 528; ABF Roma, 17 febbraio 2010, n. 56, in *www.arbitro-bancariofinanziario.it*.

<sup>10</sup> Cfr., S. LANDINI, *Contratti di assicurazione collegati a contratti bancari e tutela dell'assicurato*, in *Ass.*, 2016, p. 9 ss.; M. STRI, *Le polizze connesse a mutui e finanziamenti nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, p. 313 ss.; G. PONGELLI, *Polizze assicurative connesse a mutui e finanzia-*

usualmente subordinati alla sottoscrizione della polizza da parte del cliente. Il contratto assicurativo trova quindi la sua ragion d'essere in quello di credito, soprattutto laddove venga anche inserita una "clausola di vincolo" a favore del mutuante che, così, diventa il destinatario della prestazione assicurativa in luogo del debitore assicurato<sup>11</sup>, come a breve si dirà. Per l'effetto, l'inserimento del contratto assicurativo all'interno di una più ampia operazione finanziaria ne comprime la funzione tipica, configurandosi, in tal contesto, unicamente come strumento di garanzia della restituzione dell'importo finanziato<sup>12</sup>.

Oltre che per il fenomeno della *bancassurance*, la massiccia diffusione delle PPI<sup>13</sup> è altresì giustificata dai rilevanti interessi economico-funzionali in gioco ascrivibili alle tre parti del rapporto: l'impresa assicurativa, la banca (o l'intermediario finanziario) e il cliente.

La prima ottiene indubbi vantaggi economici legati al premio ottenuto e al più agevole collocamento del prodotto assicurativo per mezzo della banca o dell'intermediario finanziario a un vasto pubblico, con conseguente riduzione dei relativi costi di distribuzione<sup>14</sup>.

Le polizze sono poi particolarmente funzionali a soddisfare l'inte-

*menti: evoluzione normativa, profili di trasparenza e orientamento dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *La Banca-assicurazione*, cit., p. 362 ss.

<sup>11</sup> M. MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione «per conto altrui»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, p. 2135 ss.; M. SIRI, *o.l.u.c.*; in giurisprudenza, cfr. Cass., 26 ottobre 2004, n. 20743, in *Contratti*, 2005, 5, p. 489; Cass., 13 aprile 2012, n. 5874, in banca dati *Leggi d'Italia*; ABF Milano, 23 settembre 2010, n. 961, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

<sup>12</sup> Così, A. CAMEDDA, *I contratti di assicurazione collegati a mutui e finanziamenti. L'obbligo di rimborso del premio assicurativo in caso di estinzione anticipata del finanziamento*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1, p. 416.

<sup>13</sup> IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 26 agosto 2015*, p. 6 in cui si sottolinea che gli accertamenti ispettivi condotti dalla due Autorità di vigilanza avevano permesso di riscontrare una sistematica attività di abbinamento nonostante la possibile natura facoltativa delle polizze. In particolare, alcuni indici di "penetrazione assicurativa" (pari anche all'80% dei mutui immobiliari e dei prestiti personali erogati) erano sintomatici del carattere sostanzialmente vincolato delle polizze.

<sup>14</sup> Cfr., IVASS, *PPI - Payment Protection Insurance. Indagine sulle polizze abbinate ai finanziamenti: premi, caricamenti e provvigioni*, dicembre 2016, da cui risulta che il 78% della raccolta deriva da prodotti intermediati dalle banche, con una quota solo del 12% riferita ad altri intermediari finanziari.

resse della banca – effettivo beneficiaria della copertura – che ottiene non soltanto la garanzia che il credito verrà adempiuto nonostante il verificarsi del sinistro, ma anche la non trascurabile provvigione ricavata dall'avvenuta attività di intermediazione assicurativa<sup>15</sup>. Dal punto di vista della gestione della banca o dell'ente creditizio, inoltre, le PPI consentono di ridurre l'incidenza degli inadempimenti nel portafoglio prestiti anche in caso di crisi finanziarie nonché di beneficiare di una riduzione del capitale di vigilanza agevolando il rispetto dei requisiti patrimoniali a fronte di un ridotto rischio del credito; facilitano le operazioni di cartolarizzazione, giacché i mutui con copertura assicurativa sono indirettamente garantiti e quindi più facilmente negoziabili; consentono, in alcuni casi, di finanziare operazioni meno meritevoli (con bassi *revenue* o *value*)<sup>16</sup>.

Infine, le PPI proteggono il debitore e i suoi eredi dagli eventi che potrebbero rendere difficoltosa la restituzione della somma dovuta e dei relativi interessi: l'attivazione della copertura in caso di sinistro consente, infatti, di pagare il debito residuo al creditore evitando azioni esecutive nei confronti del cliente e della sua famiglia<sup>17</sup>. Non a caso, una delle polizze abbinate più diffuse sul mercato è l'assicurazione sulla vita del mutuatario sottoscritta al fine di consentire ai familiari superstiti di adempiere l'obbligazione residua grazie all'intervento dell'impresa assicurativa in caso di decesso. Le polizze godono ovviamente della flessibilità riconosciuta dal codice all'assicurazione sulla vita, soprattutto in relazione alla durata (art. 1899, comma 3 c.c.), che nel caso delle PPI in discorso coincide, di norma, con quella del finanziamento. È poi il caso di ricordare che non sempre la durata contrattuale corrisponde a quella del pagamento dei premi, tanto che si possono avere forme di assicurazione a premio unico o corrisposto

<sup>15</sup> L'indagine dell'IVASS appena richiamata alla nota n. 14 riporta che la media dei compensi provvigionali riconosciuti agli intermediari si attesta sul 44% dei premi complessivi.

<sup>16</sup> P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari*, cit. p. 614; O. CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui e garanzia del credito*, in *Obbl e contr.*, 2012, 11, p. 767 ss.

<sup>17</sup> D. BRAGHINI, E. GRIPPO e A. BANFI, *L'assicurazione contro i danni al patrimonio*, in G. ORIGONI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Padova, 2016, p. 604.

periodicamente<sup>18</sup>, anche in misura decrescente in relazione al piano di ammortamento, oltretutto in parte detraibile sotto l'aspetto fiscale. Dal punto di vista funzionale, in caso di polizza vita abbinata al mutuo si assiste a una marcata alterazione della causa del contratto assicurativo in analisi in quanto «l'assicurazione sulla vita non è destinata a realizzare una funzione previdenziale, ma attiene ad interessi di tutt'altro genere, riconducibili alla tutela del credito», di natura squisitamente patrimoniale<sup>19</sup>.

La diffusione e l'assoluta rilevanza di detta tipologia di PPI nel mercato risultano ulteriormente comprovate dal fatto che i primi interventi normativi in materia regolavano specificamente siffatta fattispecie anche con la fissazione da parte dell'Autorità di vigilanza di condizioni minime di polizza, come più diffusamente si dirà nel prossimo paragrafo.

Da quanto sin qui osservato, risulta evidente la ragione per cui le polizze abbinata sono state viste con un certo favore dal mercato: esse consentono un più agevole accesso al credito in assenza di altre idonee garanzie (soprattutto in ipotesi di credito al consumo)<sup>20</sup> nonché un'astratta riduzione dell'incidenza di gravi inadempienze nel settore creditizio con ricadute positive per l'intero sistema finanziario<sup>21</sup>.

Guardando ai profili strutturali e alle possibili ricadute in tema di

<sup>18</sup> A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, voce *Vita (assicurazione sulla)*, in *Dig. Disc. priv. Sez. comm.*, XVI, Torino, 1999, (agg. 2019), p. 442.

<sup>19</sup> P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, p. 55

<sup>20</sup> P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari*, cit., p. 614 ss., ove l'Autore rimarca che «[l]a *consumer credit insurance*, infatti, nasce, come manifesta la stessa espressione, nell'ambito di acquisti di consumo ove l'assicurazione consente l'accesso a un credito che altrimenti sarebbe negato in assenza di altra garanzia. Il credito ipotecario, invece, è assistito non solo da un apparato contrattuale di maggiore intensità e controllabilità, ma anche e soprattutto da una garanzia reale immobiliare. Il buon funzionamento del sistema ipotecario dovrebbe, allora, consentire di evitare eccessivi stress sia in termini psicologici che di costo sull'assicurazione, che sarebbe da considerarsi comunque una garanzia "in più", e da mantenersi su un piano di sussidiarietà e complementarietà».

<sup>21</sup> O. CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui e garanzia del credito*, cit., p. 767 ss.

inquadramento delle fattispecie negoziali più diffuse, le PPI possono essere stipulate in forma individuale o collettiva<sup>22</sup>.

Nella prima ipotesi il contraente è il singolo debitore che, come anzidetto, può avere l'interesse a ottenere una copertura accessoria al credito per tutelare sé stesso e la propria famiglia dai rischi derivanti dall'eventuale inadempimento in caso di sinistro.

Viceversa, nell'assicurazione collettiva – che rappresenta di gran lunga l'opzione contrattuale prevalente<sup>23</sup> – la banca, in qualità di contraente, stipula la polizza per conto dei singoli clienti che diventano assicurati sottoscrivendo a loro volta un modulo di adesione contenente anche la designazione del soggetto beneficiario, secondo lo schema dell'art. 1891 c.c.<sup>24</sup>. Beneficiario della polizza, in caso di assicurazione contro i danni, non può che essere lo stesso assicurato (artt. 1891 e 1904 c.c.), mentre, nel caso in caso di copertura contro il rischio di decesso, l'eventuale prestazione può essere destinata agli eredi, ovvero ai soggetti designati (ricorrendo nuovamente l'art. 1891 c.c.). Giova sin d'ora precisare, tuttavia, che, qualora il beneficiario della prestazione assicurativa sia la medesima banca che ha stipulato la polizza collettiva e che ha erogato il mutuo, la fattispecie – ascrivibile all'assicurazione sulla vita di un terzo (art. 1919 c.c.) – rilevarebbe ai sensi dell'art. 55, comma 2, Regolamento IVASS n. 40/2018 che prevede un'ipotesi di divieto di cumulo per conflitto d'interessi di cui si dirà<sup>25</sup>.

Nell'ulteriore caso in cui il contraente dell'assicurazione collettiva a copertura del decesso risulti direttamente il cliente, la fattispecie sarà ascrivibile all'assicurazione sulla propria vita a favore degli eredi,

<sup>22</sup> Cfr., S. LANDINI, *Adeguatezza delle polizze collegate a contratti bancari*, in *La Banca-assicurazione*, cit., p. 275 ss., per un'analisi delle distinzioni disciplinari tra le due opzioni contrattuali con specifico riferimento agli obblighi informativi gravanti sull'impresa assicurativa in fase precontrattuale.

<sup>23</sup> IVASS, *Indagine sui costi delle polizze abbinate a finanziamenti (PPI - Payment Protection Insurance)*. *Primi risultati*, Maggio 2016, p. 4, ove si riporta che su una platea complessiva di 5,9 milioni di assicurati, ben 5,5 milioni hanno aderito a polizze collettive, mentre solo 0,4 milioni hanno stipulato polizze individuali.

<sup>24</sup> M. MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione «per conto altrui»*, cit., p. 2135 ss.; D. PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, in *Contratti*, 2013, 10, p. 943 ss.;

<sup>25</sup> *Infra*, in particolare, § 2.

ovvero di altri beneficiari designati – sovente l’ente finanziatore – secondo lo schema di cui all’art. 1920 c.c.<sup>26</sup>.

A prescindere dallo schema negoziale adottato, i contratti prevedono, di regola, il versamento del premio unico da parte del cliente al momento della sottoscrizione che si aggiunge all’importo finanziato e alle sue modalità di restituzione, producendo ulteriori interessi a beneficio della banca<sup>27</sup>.

Nonostante l’astratta utilità e i benefici per le diverse parti coinvolte, il mercato delle PPI presenta numerose e marcate criticità: nella prassi, infatti, l’abbinamento tra prodotto finanziario e assicurativo viene essenzialmente imposto dal contraente forte elevando l’esistenza della copertura a condizione per la concessione del credito. La sistematicità di detta pratica commerciale e i conseguenti rilevanti abusi a danno della clientela in termini di costi e vuoti di copertura, anche in ambito europeo<sup>28</sup>, hanno reso necessari numerosi interventi regolatori da parte del legislatore e delle Autorità di vigilanza<sup>29</sup>.

Le problematiche di ordine generale emerse negli anni, anche grazie all’esercizio dei poteri ispettivi di quest’ultime, sono essenzialmente rappresentate dalle pratiche di commercializzazione poste in essere nella fase di promozione e collocamento delle PPI nonché dalle asimmetrie informative e negoziali, soprattutto durante le trattative laddove il cliente si trova in una posizione di particolare vulnerabilità, non avendo certezza alcuna circa la concessione del mutuo, rimessa a una determinazione unilaterale e, nei fatti, discrezionale della banca.

<sup>26</sup> P. CORRIAS, *Le polizze collegate ai mutui: spunti di riflessioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2019, p. 147.

<sup>27</sup> A. CAMEDDA, *I contratti di assicurazione collegati a mutui e finanziamenti*, cit., p. 419.

<sup>28</sup> Cfr., in particolare il report pubblicato il 28 giugno 2013 dalla EIOPA (l’Autorità europea del mercato assicurativo e pensionistico) in cui si evidenziano i deficit informativi e l’abuso di posizione dominante da parte delle imprese di assicurazione in caso di PPI. Si sottolinea, in particolar modo, che usualmente il consumatore aderisce a tali contratti assicurativi non per libera scelta e, oltretutto, corrispondendo importi ben superiori rispetto a prodotti simili acquistabili sul mercato singolarmente.

<sup>29</sup> A. ARGENTATI, *Polizze assicurative abbinate al credito e tutela del cliente: analisi critica dei più recenti sviluppi normativi*, in *ilcaso.it*, 14 giugno 2018, p. 2.

Oltretutto, le polizze abbinate sono usualmente imposte al cliente da banche e intermediari finanziari per mezzo di una compagnia assicurativa in forza di consolidati accordi commerciali o, addirittura, perché parte del medesimo gruppo, così concretizzandosi un'evidente conflitto di interessi<sup>30</sup>. Siffatta situazione risulta ancor più acuita se sol si consideri che il creditore – come anzidetto – è regolarmente il beneficiario della copertura. Pertanto, «la banca non si limita a integrare l'offerta di prodotti finanziari nell'interesse del cliente, ma crea utilità per sé stessa, posto che la copertura assicurativa è diretta a coprire il rischio di credito»<sup>31</sup>, ponendo, vieppiú, il costo del premio, mediamente piú elevato rispetto a prodotti paragonabili presenti sul mercato, a carico del cliente medesimo.

La distorsione dell'attività di distribuzione comporta, infatti, per i debitori assicurati ingenti costi rappresentati da premi e provvigioni particolarmente elevati<sup>32</sup> per prodotti collettivi imposti massivamente e, per forza di cose, del tutto inadeguati alle esigenze del singolo cliente<sup>33</sup>.

In altre parole, in un settore già caratterizzato da rilevanti asimmetrie informative e squilibri di forza negoziale<sup>34</sup>, alla parte debole del rapporto viene di fatto imposta una polizza standard, del tutto avulsa da qualsivoglia verifica in merito all'adeguatezza della copertura e all'esito di un'informativa poco chiara e trasparente su caratteristiche,

<sup>30</sup> Per un quadro generale in tema di conflitto di interessi in ambito assicurativo, cfr., F. PANETTI, *Conflitto di interessi e adeguatezza del prodotto nella disciplina degli intermediari assicurativi: il problema dei rimedi*, in *Dir. econ. ass.*, 2011 p. 451 ss.

<sup>31</sup> P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari*, cit., p. 614 ss.

<sup>32</sup> IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 26 agosto 2015*, p. 6, in cui si riscontra l'applicazione sul premio unico di provvigioni precontate a favore dell'intermediario a volte superiori al 50% dello stesso.

<sup>33</sup> S. LANDINI, "Oggetto oscuro" e tutela del consumatore, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 10, p. 10878. Cfr., Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2413.

<sup>34</sup> In questo senso, cfr. P. MARANO, *La banca come intermediario assicurativo "polifunzionale"* in P. MARANO e M. SIRI (a cura di), *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, Milano, 2016, p. 17 ss. Sul punto, cfr. anche la segnalazione dell'AGCM "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza – anno 2012", del 5 gennaio 2012, p. 64.

limiti, oneri e spese del prodotto assicurativo<sup>35</sup>. La condotta, quindi, sovente tracima in una pratica commerciale scorretta, o addirittura aggressiva<sup>36</sup>, in cui il contraente forte, abusando delle asimmetrie di cui si è detto e della sua forza contrattuale, impone prodotti assicurativi abbinati, inadeguati e costosi ottenendo un ingiusto vantaggio, senza dimenticare che le medesime condotte possono altresì rappresentare pratiche distorsive che minano il grado di competitività del mercato<sup>37</sup>.

Alla luce delle criticità sin qui riportate, nei paragrafi che seguono verranno affrontate le questioni più rilevanti della materia quali gli interventi regolatori del mercato delle PPI<sup>38</sup>, la rilevanza dei costi di assicurazione nel calcolo del TAEG e del TEG<sup>39</sup> nonché la sorte della

<sup>35</sup> A. ARGENTATI, *Polizze assicurative abbinate al credito e tutela del cliente*, cit., p. 6

<sup>36</sup> Si veda, ad esempio, la recentissima AGCM, 18 febbraio 2020, PS11453, *Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28156, in *Bollettino settimanale n. 11*, anno XXX, 16 marzo 2020, p. 37, in *www.agcm.it*, in cui viene accertata da parte della Banca «l'adozione di politiche aggressive nel collocamento abbinato a fronte di numerosi reclami e in presenza di un chiaro interesse economico della Banca, in un contesto di elevate percentuali di abbinamento tra mutui/surroghe e polizze assicurative, monitorate dalla stessa Banca, peraltro consapevole delle criticità connesse – dimostra che la Banca ha sfruttato la sua posizione di potere, esercitando sui consumatori un'indebita pressione, in modo da limitarne notevolmente la capacità di prendere una decisione consapevole e non consentendo loro di poter scegliere liberamente polizze di terzi e non della Banca stessa. Sulla base delle considerazioni esposte, si rileva pertanto che ISP ha posto in essere una pratica commerciale aggressiva, in violazione degli artt. 24 e 25 del Codice del Consumo, per avere indebitamente condizionato i consumatori ad acquistare, in abbinamento a mutui conclusi anche tramite di surroghe, polizze assicurative di vario genere (incendio e scoppio o a protezione del finanziamento), emesse da compagnie assicurative dello stesso Gruppo societario e collocate dalla stessa Banca». Nello stesso senso, AGCM, 18 febbraio 2020, PS11454, *BNL – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28157, *ivi*, p. 43; AGCM, 18 febbraio 2020, PS11455, *UBI Banca – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28158, *ivi*, p. 68; AGCM, 18 febbraio 2020, PS11456, *Unicredit – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28159, *ivi*, p. 96.

<sup>37</sup> O. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 12, p. 906 ss.

<sup>38</sup> *Infra*, § 2.

<sup>39</sup> *Infra*, § 3.

copertura e del relativo premio in caso di estinzione anticipata del mutuo o del contratto di finanziamento<sup>40</sup>.

2. *Il mercato delle PPI: tutela del consumatore e tutela della concorrenza. Il difficile coordinamento tra l'art. 21, comma 3-bis, c. cons., l'art. 28 d.l. n. 1/2012, la normazione secondaria e le recenti modifiche del t.u.b. e del codice delle assicurazioni private. I conflitti di interesse e gli interventi regolativi.*

A partire dal 2010 si sono registrati diversi interventi incidenti sul mercato delle polizze abbinata (con una iniziale attenzione limitata alle polizze vite connesse ai mutui), che compongono un quadro normativo costituito da fonti primarie e secondarie particolarmente eterogeneo e di non semplice coordinamento, anche in ragione della convergenza tra la disciplina consumeristica e quella concorrenziale, come d'altronde confermato dalle numerose decisioni in materia da parte della Cassazione, dell'ABF e dell'AGCM.

Andando con ordine – e guardando, in particolare, ai diffusi conflitti di interesse nel mercato delle PPI –, il Regolamento ISVAP, n. 35 del 2010<sup>41</sup> ha, per primo, posto il divieto di assumere direttamente o indirettamente (ovverosia in base a rapporti di gruppo o di affari proprio o di società del gruppo) la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva<sup>42</sup>. Nonostante l'annullamento di detto Regolamento da parte del T.A.R. del Lazio nel medesimo anno per un vizio di natura procedurale<sup>43</sup>,

<sup>40</sup> *Infra*, § 4.

<sup>41</sup> Regolamento ISVAP 26 maggio 2010, n. 35 (*Regolamento concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle Assicurazioni Private*)

<sup>42</sup> Sulla distinzione tra beneficiario e vincolatario e dei rilevanti problemi di natura applicativa, si rinvia a M. MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione «per conto altrui»*, cit., p. 2135 ss.

<sup>43</sup> T.A.R. Lazio, 27 ottobre 2010, nn. 33031, 33032 e 33044 a seguito dell'impugnazione da parte dell'ABI e di altri istituti di credito del Regolamento n.

l'Istituto ha ribadito il divieto per mezzo del provvedimento n. 2956 del 6 dicembre 2011 che ha comportato la modifica dell'art. 41 del Regolamento ISVAP n. 5 del 2006<sup>44</sup>. L'ipotesi di conflitto di interesse opera attualmente in forza dell'art. 55, comma 2, Regolamento IVASS 2 agosto 2018, n. 40.

Il divieto, come chiarito sotto il vigore della disciplina previgente, opera nei casi in cui la banca beneficiaria riceva una provvigione o, in generale, un'altra utilità, ivi compresi l'erogazione di una retribuzione periodica, la partecipazione agli utili, ovvero «un costo imposto al cliente, maliziosamente serbato sotto le mentite vesti di una spesa di gestione della pratica, ma in realtà strettamente connesso all'intermediazione di quella polizza»<sup>45</sup>.

In buona sostanza, l'attuale disposto dell'art. 55, comma 2, Reg. IVASS n. 40/2018 è volto a neutralizzare la pratica commerciale che vede la banca beneficiaria – sovente precettrice di una provvigione diretta e particolarmente consistente da parte dell'impresa assicurativa – particolarmente incentivata a promuovere garanzie che offrano una copertura più estesa possibile a prescindere dalle effettive esigenze del cliente e dal costo del prodotto, atteso che tanto più la polizza è

35 del 2010 per un vizio procedurale, poi accertato dai giudici amministrativi, consistente nell'omissione della preventiva consultazione pubblica da parte dall'ISVAP imposta dall'art. 191, comma 4, c.a.p. e dalla legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari (d. lgs. 262/2005). Per una compiuta analisi delle ragioni addotte dai ricorrenti e delle ragioni sottese alla decisione del T.A.R., si rinvia a O. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, cit., p. 906 ss.

<sup>44</sup> Infatti, l'art. 1 del provvedimento n. 2956 del 6 dicembre 2011 (*Disposizioni in tema di conflitto di interesse degli intermediari assicurativi - modifiche al Regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006*) ha disposto l'inserimento del comma 1-bis all'art. 48 del Regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006 (*Regolamento concernente la disciplina dell'attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa*). Come evidenziato in P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a "garanzia" dei mutui ipotecari*, cit., p. 614 ss., «sebbene la disposizione sia occasionata dall'abbinamento mutui-assicurazioni, la prescrizione è di ambito generale: indipendentemente dal contesto, chiunque colloca una qualsiasi polizza assicurativa non può contemporaneamente esserne beneficiario».

<sup>45</sup> I. RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione ISVAP e "Legislazione Monti"*, in *Ass.*, 2012, p. 284

onerosa per il cliente, tanto piú questa si traduce in una fonte di lucro per il distributore<sup>46</sup>. Vieppiú, come rilevato dall'ISVAP, «tale prassi consente alle banche di beneficiare di una riduzione del capitale di vigilanza richiesto dalla vigente normativa di settore; il requisito patrimoniale da soddisfare a fronte del rischio di credito risulta, infatti, inferiore quando i crediti della banca sono adeguatamente protetti»<sup>47</sup>.

In prospettiva rimediale, l'eventuale violazione di quella che la dottrina qualifica quale norma di condotta comporterebbe, dal punto di vista privatistico, esclusivamente il diritto al risarcimento del danno<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> M. MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione «per conto altrui»*, cit., p. 2135. Cfr., tra le altre, AGCM, 18 febbraio 2020, PS11453, *Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28156, cit.; AGCM, 18 febbraio 2020, PS11454, *BNL – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28157, cit.; AGCM, 18 febbraio 2020, PS11455, *UBI Banca – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28158, cit.; AGCM, 18 febbraio 2020, PS11456, *Unicredit – Vendita abbinata ai mutui*, Provvedimento n. 28159, cit.

<sup>47</sup> ISVAP, *Esito pubblica consultazione Provvedimento ISVAP n. 2946/2011*, 6 dicembre 2011.

<sup>48</sup> In questo senso, v. M. MAZZOLA, *Polizze vita e assicurazione «per conto altrui»*, cit., p. 2135. Cfr., altresí, Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, 3, 1, p. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Danno e resp.*, 2008, 5, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria). La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; *ivi*, 11, p. 1073, con nota di S. LANDINI, *Obblighi di documentazione informativa e responsabilità civile*; in *Corr. Giur.*, 2008, 2, p. 223, con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contratti*, 2008, 3, p. 229, con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*; in *Società*, 2008, 4, p. 449, con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Contratto e Impr.*, 2008, 1, p. 1, con nota di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla Sezioni unite della Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. Comm.*, 2008, p. 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2010, 6, I, p. 686 ss., con nota di S. CORRADI, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento*.

Sul piano pubblicistico, il divieto in esame si iscrive, invece, nell'alveo delle disposizioni di attuazione dell'art. 119-*bis* c.a.p., recante le regole di comportamento dei distributori, dirette a prevenire anche eventuali conflitti di interesse in capo a questi, trovando, per l'effetto, applicazione l'articolato apparato rimediabile di cui all'art. 324 c.a.p.<sup>49</sup>.

Parallelamente, l'esigenza di regolamentare in maniera piú significativa il mercato delle PPI in termini di trasparenza e, soprattutto, di concorrenza<sup>50</sup>, ha indotto il legislatore a intervenire nella materia con due decreti-legge cronologicamente ravvicinati<sup>51</sup>.

Segnatamente, l'art. 36-*bis* del decreto c.d. "Salva Italia"<sup>52</sup> ha aggiunto il comma 3-*bis* all'art. 21 del codice del consumo cosí qualifi-

*mento dell'intermediario finanziario; in Giust. civ.*, 2008, 5, I, p. 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; *ivi*, 12, p. 2775 con nota di F. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140. In dottrina, per tutti, v. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e, altresí, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, in cui il principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità viene criticato anche alla luce del controllo di congruità e ragionevolezza del rimedio prescelto.

<sup>49</sup> M. MAZZOLA, *o.l.u.c.*

<sup>50</sup> Cfr., ISVAP, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2011*, 1 giugno 2012, p. 68 ss., ove si sottolinea che nel 2011 l'Autorità, in vista dell'emanazione di apposito regolamento per disciplinare il fenomeno di distribuzione di prodotti assicurativi connessi al rilascio di mutui e prestiti, ha condotto una nuova indagine al fine di acquisire informazioni e dati statistici aggiornati su tali coperture. L'indagine, che ha riguardato la raccolta premi del 2010, ha evidenziato come la gran parte delle polizze sono vendute in forma collettiva, tramite il canale bancario e prevedono che il beneficiario (o il vincolatario) della prestazione sia l'ente che eroga il finanziamento. L'incidenza delle provvigioni riconosciute alla rete, pur se in lieve flessione rispetto all'indagine del 2008, permane elevata ed è pari, in media, al 42%, con punte fino al 79%. Dall'indagine è inoltre emerso che alcune coperture caso morte abbinate ai mutui presentano, a parità di condizioni, costi notevolmente piú elevati di polizze analoghe non abbinate ai mutui.

<sup>51</sup> V. NASTASI e V. TROIANO, *Recenti profili di regolamentazione assicurativa tra concorrenza, tutela del consumatore e integrità del mercato*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 447 ss.

<sup>52</sup> Decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dal-

cando “scorretta” «la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario»<sup>53</sup>. La norma, che tutela il consumatore, è di portata generale (rilevano, infatti, tutti i tipi di mutuo nonché qualsiasi tipo di polizza assicurativa) e sanziona, in quanto scorretto, il comportamento caratterizzato dalla compresenza di due elementi quali l’atteggiamento impositivo della banca o dell’ente creditizio e il fatto che la polizza sia erogata dal medesimo soggetto, non rilevando, tuttavia, il beneficiario<sup>54</sup>.

Dal punto di vista della tecnica di intervento, il legislatore ha scelto di non classificare espressamente la pratica commerciale come aggressiva o ingannevole, ma ha posto una presunzione di scorrettezza rimettendo la valutazione del singolo caso all’interprete, con particolare riferimento al comportamento concretamente assunto dalla banca nella fase di commercializzazione e collocamento delle PPI<sup>55</sup>.

la legge 22 dicembre 2011, n. 214, recante “*Diposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici*”.

<sup>53</sup> Il successivo art. 28, comma 3, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, ha ulteriormente modificato l’art. 21, comma 3-*bis* c. cons., appena inserito dal d.l. n. 201/2011, definendo pratica commerciale scorretta anche quella che impone al cliente «l’apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario» per l’erogazione del mutuo.

<sup>54</sup> P.L. FAUSTI, *Assicurazioni del debitore a “garanzia” dei mutui ipotecari*, cit., p. 614 ss.; M. SIRI, *La protezione dell’assicurato mutuatario nel codice del consumo*, in *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, cit., pp. 50 ss. e, in particolare, 75, in cui si osserva che a prescindere dal significato che voglia attribuirsi all’espressione “polizza erogata” il mutuante «mantiene comunque un ampio margine di manovra, che non gli preclude la possibilità di obbligare il mutuatario-consumatore a sottoscrivere polizze verso le quali il mutuante ha interesse».

<sup>55</sup> D. PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, cit., p. 943 ss.; cfr., L. FARENZA, *La distribuzione di prodotti assicurativi in abbinamento ai mutui*, cit., p. 270 e, soprattutto, A. ARGENTATI, *Polizze assicurative abbinate al credito e tutela del cliente*, p. 4 ove viene rimarcato che «[d]al punto di vista del funzionamento del mercato, l’offerta di prodotti abbinati non solleva necessariamente delle criticità. Tale offerta può,

Ad esempio, in un caso recentemente deciso dall'AGCM è risultata una costante sollecitazione operata dalla banca a modalità aggressive da parte della rete *retail* nella commercializzazione delle polizze abbinata a mutui o surroghe, sfruttando anche «la posizione di potere della Banca rispetto al consumatore per esercitare una forte pressione tale da limitarne significativamente la capacità di assumere una decisione consapevole», come dimostrato, tra l'altro, dagli ingenti dati quantitativi sugli abbinamenti dai quali emerge il sistematico collocamento di polizze erogate da imprese assicurative appartenenti al gruppo della mutuante<sup>56</sup>.

In maniera ancora più incisiva in termini di tutela della concorrenza e al fine di salvaguardare l'interesse del cliente a non subire le condizioni contrattuali sfavorevoli imposti dalla controparte, il successivo art. 28 del decreto-legge sulle liberalizzazioni<sup>57</sup> imponeva a banche, istituti di credito e intermediari finanziari che avessero condizionato l'erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, di sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi a loro non riconducibili<sup>58</sup>. Inoltre, il cliente avrebbe potuto legittimamente rifiutare le proposte e reperire sul mercato una polizza vita più

infatti, creare economie di scopo, integrazioni ed efficienze che sono in grado di portare beneficio a tutti i soggetti coinvolti, e rientra nell'ambito delle normali strategie commerciali che ciascuna impresa è legittimata ad adottare. Non a caso, l'abbinamento di due o più prodotti integra una classica ipotesi di *tying* vietata dal diritto antitrust solo quando l'impresa che la ponga in essere sia in posizione dominante, dato che, in tale ipotesi, la vendita congiunta consente ad essa di estendere il potere di mercato detenuto nel mercato del prodotto principale a quello del bene accessorio».

<sup>56</sup> AGCM, 18 febbraio 2020, PS11453, *Intesa San Paolo – Vendita abbinata ai mutui*, provvedimento n. 28156, cit.

<sup>57</sup> Decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, recante “*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”.

<sup>58</sup> Sul tema, v., *ex multis*, A. FRIGNANI e D. PASCHETTA, *Le polizze vita abbinata ai mutui immobiliari e al credito al consumo*, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, 2012, p. 413 ss.; I. RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione Ivass e legislazione Monti*, cit., p. 277; O. CALEO, *Polizze assicurative connesse ai mutui a garanzia del credito*, in *Contratti*, 2012, 767; G. PERUZZO, *L'art. 28*

vantaggiosa o adeguata che la controparte era obbligata ad accettare senza poter variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo o la concessione del credito al consumo, a condizione che la polizza avesse rispettato i contenuti minimi individuati dall'Autorità di vigilanza<sup>59</sup>.

In seguito, tuttavia, la disciplina appena esposta veniva modificata per mezzo dell'art. 1, commi 135-136, l. n. 124/2017<sup>60</sup> con una serie di relevantissime ricadute applicative. Anzitutto, l'ambito oggettivo del nuovo art. 28 d.l. n. 1/2012 risulta esteso: la banca, l'istituto di credito o l'intermediario sono obbligati ad accettare la polizza reperita dal cliente non soltanto nelle ipotesi in cui l'abbinamento sia una condizione per l'erogazione dell'operazione ma anche quando, più generalmente, si offra un contratto assicurativo connesso o accessorio. Egualmente, la norma non si riferisce più alla sola assicurazione sulla vita, rilevando, al contrario, qualsiasi contratto assicurativo.

L'ampliamento dell'ambito oggettivo della disposizione, tuttavia, non ha comportato una maggiore tutela per il cliente. La nuova versione dell'art. 28 d.l. n. 1/2012 ha infatti eliminato l'obbligo per l'erogante di presentare il doppio preventivo e modificato il regime di fissazione dei requisiti minimi della polizza che il cliente può reperire: nell'ipotesi in cui la stipula dell'assicurazione sia condizione per ottenere il finanziamento, ovvero per ottenerlo alle condizioni offerte, la polizza presentata dal cliente deve presentare i contenuti minimi richiesti non già dall'Autorità di vigilanza (come avveniva in precedenza), bensì dallo stesso soggetto mutuante.

Sotto un diverso profilo, il nuovo art. 28 d.l. n. 1/2012 riconosce il diritto del cliente di recedere dalla polizza proposta dalla banca entro sessanta giorni dalla sottoscrizione, senza che detto recesso possa

*D. Liberalizzazioni e l'abbinamento delle polizze ai mutui, in Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti, cit. p. 149 ss.*

<sup>59</sup> Il contenuto minimo è stato individuato dal Regolamento ISVAP 3 maggio 2012, n. 40 (*Regolamento concernente la definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27*); cfr., G. MARTINA, *Le caratteristiche delle garanzie assicurative, in Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti, cit., p. 82 ss.*

<sup>60</sup> Legge 4 agosto 2017, n. 124 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*).

pregiudicare l'efficacia del prodotto finanziario. Tuttavia, nell'ipotesi di condizionamento, il cliente è obbligato ad abbinare una nuova polizza da reperire sul mercato ma, anche in questo caso, con i requisiti minimi fissati dalla stessa banca. Infine, i diritti appena illustrati devono essere oggetto di una specifica informativa precontrattuale separata. L'obbligo di trasparenza si estende anche alle provvigioni tra compagnia assicurativa e intermediario finanziario sia in termini assoluti che percentuali sull'ammontare complessivo.

Andando al merito delle scelte del legislatore del 2017, è stato osservato che le nuove modifiche, lungi dal tutelare il cliente, comporterebbero, al contrario, un ulteriore rafforzamento del potere negoziale della banca o dell'intermediario finanziario. Infatti, nelle ipotesi in cui la PPI sia necessaria per ottenere il mutuo o per ottenerlo a determinate condizioni (scelte interamente rimesse alla discrezionalità della banca), essa può condizionare in maniera significativa la libertà del cliente di reperire una polizza più adeguata sul mercato fissando delle condizioni minime di copertura particolarmente rigorose<sup>61</sup>. Con la conseguenza che «l'intermediario vede ampliata la sua discrezionalità nel definire la propria politica commerciale, mentre la portata pro-concorrenziale della disciplina si riduce, in ultima analisi, alle previsioni in tema di recesso e di trasparenza sulle provvigioni percepite»<sup>62</sup>.

Siffatte preoccupazioni trovano conferma all'interno di un provvedimento dell'AGCM nei confronti di una banca che richiedeva ai mutuatari di mettere a disposizione dei servizi assicurativi accessori quale condizione per l'erogazione del mutuo fissando, tuttavia, dei requisiti minimi tanto specifici e stringenti da vanificare la libertà del cliente di aderire a coperture assicurative diverse rispetto a quelle offerte dalla società assicurativa del medesimo gruppo della mutuante, così integrando una pratica commerciale scorretta<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> A. ARGENTATI, *Polizze assicurative abbinate al credito e tutela del cliente*, cit., p. 16. Si rammenti, infatti, che la determinazione del contenuto minimo della polizza non è più rimessa all'IVASS come nella precedente formulazione.

<sup>62</sup> A. ARGENTATI, *o.l.u.c.* L'Autrice, invero, riporta che il nuovo testo dell'art. 28 d.l. n. 1/2018 appare comunque in linea con l'orientamento del legislatore europeo ricavabile dall'art. 12, paragrafo 4, direttiva 2014/17/UE, come a breve si dirà.

<sup>63</sup> AGCM, PS 9854, *Banca Mediolanum – Offerta congiunta mutui con po-*

Ulteriori indicazioni sul mercato delle PPI emergono dall'art. 120-*octiesdecies* t.u.b. in materia di credito immobiliare ai consumatori – introdotto nel 2016 per dare recepimento all'art. 12 direttiva 2014/17/UE (c.d. MCD - *Mortgage Credit Directive*) – che sancisce il divieto delle pratiche di commercializzazione abbinata tra prodotti e servizi finanziari<sup>64</sup>, consentendo, al tempo stesso, la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata<sup>65</sup>.

Il secondo comma della disposizione, infatti, fa espressamente salvi, per quel che qui rileva, l'art. 28 d.l. n. 1/2012 e l'art. 21, comma 3-*bis*, c. cons. in linea, d'altronde, con quanto stabilito dall'art. 12, paragrafo 4, della summenzionata direttiva che rimetteva agli Stati membri la scelta di consentire ai creditori di poter richiedere al consumatore la sottoscrizione di una polizza assicurativa collegata al contratto di finanziamento. Tuttavia, precisava la medesima disposizione, «gli Stati membri provvedono affinché il creditore accetti la polizza assicurativa di un fornitore diverso dal suo fornitore preferito qualora detta polizza fornisca un livello di copertura equivalente a quello della polizza proposta dal creditore».

*lizzate assicurative*, Provvedimento n. 25601, 5 agosto 2015, in *Bollettino settimanale* n. 31, anno XXV, 24 agosto 2015, p. 61, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

<sup>64</sup> Segnatamente, il comma 1 recepisce l'art. 12 della direttiva 2014/17/UE. Sull'art. 120-*octiesdecies* t.u.b., v. A. ARGENTATI, sub *art. 120 octiesdecies*, TUB, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, 2017, Milano, p. 3546 ss.; F. DELL'ISOLA, sub *art. 120 octiesdecies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 2018, III, p. 2094 ss. ; S. CHERTI, L. FOLLIERI e C. VERDE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in F. PIRAINO e S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 214 ss. Sulla distinzione tra vendita abbinata e aggregata, cfr., ESMA, *Orientamenti sulle pratiche di vendita abbinata*, 11 luglio 2016, reperibile su [www.esma.europa.it](http://www.esma.europa.it), ove (p. 5) l'Autorità europea definisce puntualmente “aggregato” «un pacchetto di prodotti e/o servizi in cui ciascuno dei prodotti o servizi offerti è disponibile separatamente e per il quale il cliente mantiene la possibilità di acquistare dall'impresa ogni componente del pacchetto separatamente», mentre “abbinato” «un pacchetto di prodotti e/o servizi in cui almeno uno dei prodotti o servizi offerti nel pacchetto non è reso disponibile separatamente al cliente dall'impresa»; cfr., anche, art. 4, par. 1, n. 27 direttiva 2014/17/UE; art. 12, par. 1, e considerando 24 direttiva 2014/17/UE.

<sup>65</sup> G. ROSSI, *Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, p. 1493 ss.

Da ultimo, il comma 3 dell'art. 120-*quinquies* c.a.p. (*Vendita abbinata*), introdotto nel 2018 per dare esecuzione alla direttiva 2016/97/UE (*Insurance Distribution Directive* – c.d. IDD)<sup>66</sup> e applicabile a ogni ipotesi di bene e servizio al quale il prodotto assicurativo risulta accessorio, non vieta la pratica commerciale in discorso<sup>67</sup> ma impone al distributore assicurativo di offrire al cliente la possibilità di acquistare separatamente i beni o servizi, di fornire degli stessi una descrizione adeguata e di indicare i motivi per cui il prodotto assicurativo abbinato sia ritenuto più indicato a soddisfare le richieste e le esigenze del contraente. Sono assoggettati a tale disciplina anche le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 109, comma 2, lett. d) c.a.p. che, nell'ambito delle attività oggetto del presente studio, agiscono nella doppia veste di soggetto che concede il finanziamento e di distributore della copertura assicurativa offerta in abbinamento e a protezione dello stesso<sup>68</sup>.

Tirando le fila del discorso, i diversi interventi normativi passati in rassegna, per quanto non assimilabili sotto il profilo della logica cui si ispirano, consentono comunque di rinvenire la generale esigenza di evitare che la banca strumentalizzi la propria posizione di forza nei confronti del cliente e comprometta il regime di concorrenza. Pertanto, alle banche non è fatto assoluto divieto di proporre le PPI seppur nel rispetto dei precetti relativi al divieto di cumulo (art. 55, comma

<sup>66</sup> Introduzione disposta dall'art. 1, comma 22, decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 68 (*Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa*). In argomento, v. P. CORRIAS, *La direttiva UE n. 2016/97 sulla distribuzione assicurativa: profili di tutela dell'assicurando*, in *La Banca-assicurazione*, cit., p. 131 ss.

<sup>67</sup> Nella direttiva 2016/97/UE si osserva infatti, al considerando n. 53, che «[I]e pratiche di vendita abbinata rappresentano una strategia comune utilizzata dai distributori di prodotti assicurativi in tutta l'Unione. Tali pratiche possono fornire benefici ai clienti, ma possono anche non tenere conto adeguatamente dei loro interessi. La presente direttiva non dovrebbe impedire la distribuzione di polizze assicurative multirischio».

<sup>68</sup> Va tuttavia rilevato che la nuova disciplina non si applica se il prodotto assicurativo è accessorio rispetto a un servizio o attività di investimento quali definiti dall'art. 1, comma 5, t.u.f., a un contratto di credito immobiliare quale definito dall'art. 120-*quinquies*, comma 1, lett. c) t.u.b. o a un conto di pagamento quale definito dall'art. 126-*decies*, comma 3, t.u.b.

2, Reg. IVASS n. 40/2018) e all'obbligo di accettare la polizza reperita dal cliente (art. 28 d.l. n. 1/2012), attesa la possibile rilevanza della pratica commerciale in danno a un consumatore in termini di scorrettezza *ex art. 21, comma 3-bis, c. cons.* con conseguente intervento “*ex post*” dell'AGCM.

Nonostante i diversi tentativi di regolare il fenomeno appena visti, la persistenza di numerose criticità nel settore ha spinto IVASS e Banca d'Italia a sollecitare nuovamente l'adozione di specifiche cautele volte a tutelare “*ex ante*” la clientela attraverso la lettera al mercato del 17 marzo 2020<sup>69</sup>.

Con particolare riferimento alle PPI, pur riconoscendo le loro possibili ricadute positive tanto per il cliente, quanto per il mercato del credito in generale, le Autorità di vigilanza hanno ribadito la necessità che le stesse siano adeguate e collocate a un prezzo equo all'esito di procedure trasparenti e corrette. Gli operatori sono stati quindi sollecitati a porre in essere una migliore informativa nella fase precontrattuale relativamente al carattere obbligatorio o facoltativo della polizza abbinata con la contestuale e chiara illustrazione dei suoi contenuti minimi atti a porre il cliente nella condizione di reperire prodotti equivalenti sul mercato. In particolare, è stata evidenziata l'importanza della c.d. *welcome letter* con la quale gli operatori, subito dopo la stipula della polizza, devono riepilogare al cliente le caratteristiche delle coperture assicurative sottoscritte e richiamare la facoltà di recesso.

Per quanto concerne il conflitto d'interesse e il livello dei costi – come in ipotesi di accordi di natura partecipativa o commerciale tra il soggetto promotore della polizza assicurativa e il soggetto erogante il finanziamento o comunque collocatore/distributore nonché di squilibrio tra il costo dell'attività di collocamento/distribuzione delle polizze assicurative e il compenso percepito – IVASS e Banca d'Italia hanno richiesto l'adozione dei necessari interventi correttivi finalizzati a far cessare le condotte di collocamento non in linea con le vigenti regole, utilizzando anche la funzione di *internal audit* degli operatori per verificare la corretta commercializzazione dei prodotti abbinati.

<sup>69</sup> IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 17 marzo 2020*; nonché IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 26 agosto 2015*.

Ulteriori criticità emerse dall'ultima lettera al mercato, come quelle relative all'incidenza dei costi sul TAEG e alla gestione delle richieste di estinzione anticipata, verranno separatamente analizzate nei prossimi paragrafi.

3. *Costi dell'assicurazione e calcolo del TAEG. Le disposizioni del t.u.b. Obbligatorietà e facoltatività della copertura assicurativa nelle decisioni dell'ABF. Disciplina di trasparenza e normativa antiusura*

Un'ulteriore criticità emersa in materia di PPI è rappresentata dall'incidenza dei costi assicurativi sul calcolo del TAEG che, come noto, rappresenta un significativo strumento di trasparenza nel credito al consumo.

Il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) è, infatti, un indicatore di costo cui la direttiva 2008/48/CE in materia di credito ai consumatori attribuisce un'importanza capitale per il perseguimento di una duplice finalità: contrastare le asimmetrie informative tra imprese e clienti nel mercato dei mutui ed elevare la concorrenzialità dello stesso grazie alla comparabilità delle diverse offerte di mutuo alla luce di un indice uniforme e sintetico di costo che esprime in percentuale il rapporto annuale tra somma mutuata e costi<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Così, F. QUARTA, *Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della payment protection insurance nel computo del TAEG*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 1, p. 17 ss.; in materia di trasparenza, senza pretesa di esaustività, E. MINERVINI, *Trasparenza e riequilibrio delle condizioni bancarie*, Milano, 1997; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; A.C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore*, Napoli, 2002; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; G. ALPA, *La trasparenza nei contratti bancari*, Bari, 2003; R. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007; F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011. Per le osservazioni critiche sulle tecniche informative a protezione del contraente debole, cfr., F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012, p. 88; ID., *I conflitti di interesse nei mercati finanziari*

L'importanza del TAEG nel settore in analisi è testimoniata dalle numerose disposizioni del t.u.b. volte, da una parte, a pubblicizzare correttamente il tasso per renderlo conoscibile al cliente (ad es. art. 123 t.u.b.) e, dall'altra, a reprimere l'indicazione nel contratto di un tasso non veritiero. Sotto quest'ultimo aspetto, ai sensi dell'art. 125-bis, commi 6 e 7, lett. a) t.u.b. la clausola relativa alla voce di costo che non sia stata correttamente inclusa nell'indice sintetico è nulla, e, inoltre, il costo totale del finanziamento è ridotto al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna ulteriore somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese<sup>71</sup>.

Con riferimento alle polizze abbinate, l'art. 121, comma 2, t.u.b. pur disponendo che «[n]el costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto aven-

*e il risparmiatore "imprenditore di sé stesso", in AA.VV., I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini, Milano, 2009, p. 141; R. DI RAIMO, Autonomia privata e dinamiche del consenso, Napoli, 2003, p. 151 ss.; ID., La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti: dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile, in A. GENTILI e R. DI RAIMO (a cura di), Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema, Napoli, 2016, p. 347.*

<sup>71</sup> Sull'operatività delle sanzioni di cui all'art. 125-bis, commi 6 e 7, lett. a), cfr., Collegio di coordinamento ABF n. 1430 del 18 febbraio 2106, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

Per quanto concerne il periodo antecedente all'entrata in vigore del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 con il quale è stata recepita la direttiva 2008/48/CE, si vedano le regole poste dal decreto del Ministro del Tesoro 8 luglio 1992 (adottato in attuazione dell'art. 19, comma 2, della legge 19 febbraio 1992, n. 142, recante *disposizioni per il recepimento delle direttive del Consiglio n. 87/102/CEE e n. 90/88/CEE in materia di credito al consumo*) e, in particolare l'art. 2 che prevedeva che «nel calcolo del TAEG sono inclusi: [...] d) le spese per le assicurazioni o garanzie, imposte dal creditore, intese ad assicurargli il rimborso totale o parziale del credito in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del consumatore». Dalla vigenza del d. lgs. n. 141/2010 assumono invece rilievo le "Disposizioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari finanziari del 9 febbraio 2011".

te ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte» presenta comunque un margine di ambiguità.

Come visto, infatti, le PPI possono risultare sia obbligatorie, sia facoltative e, in questo secondo caso, l'esclusione del relativo costo dal calcolo del TAEG potrebbe risultare, quantomeno astrattamente, legittimo.

La prassi commerciale, tuttavia, induce a una maggiore cautela.

Anzitutto si è già avuto modo di sottolineare che la polizza, anche se formalmente qualificata come facoltativa, risulta nella quasi totalità dei casi di fatto determinante per ottenere il credito a certe condizioni. Non a caso, nel 2015 si registrava un livello di “penetrazione assicurativa” pari all'80% dei mutui immobiliari e dei prestiti personali erogati, comprovando il «carattere sostanzialmente vincolato delle polizze»<sup>72</sup>.

Poi, la distinzione tra obbligatorietà e facoltatività risulta ancor più labile se si guarda ai possibili interessi delle parti. In alcuni casi, infatti, il consumatore può essere convinto sin dal principio (e quindi a prescindere dalle pressioni esercitate della banca) a sottoscrivere la polizza assicurativa per salvaguardare sé stesso e, soprattutto, i propri familiari dai rischi dell'inadempimento derivanti dalla compromissione della sua capacità di produrre reddito; specularmente, altri clienti, per nulla interessati ad avere una copertura, si trovano costretti ad accettare il prodotto assicurativo sol perché condizione loro imposta per l'erogazione del mutuo o il riconoscimento di determinate condizioni favorevoli. L'elemento che accomuna entrambe le situazioni è riscontrabile nel fatto che il mutuante trae sempre e comunque l'indubbio vantaggio rappresentato dalla garanzia indiretta del credito per mezzo dello strumento assicurativo (quantunque formalmente facoltativo) e, al contempo, ha l'interesse che il relativo onere non venga computato nel TAEG per ottenere un indebito vantaggio competitivo nei confronti degli altri istituti che, pubblicizzando correttamente il costo, offrono apparentemente condizioni peggiori all'esito di un eventuale giudizio comparativo<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 26 agosto 2015*, p. 6.

<sup>73</sup> F. QUARTA, *Assicurazione e costo totale del credito*, cit., p. 17 ss.

L'opacità che contraddistingue la qualificazione della polizza anche nella fase delle trattative e i conseguenti obblighi di comportamento sollecitati con il più recente intervento di *moral suasion* da parte di IVASS e Banca d'Italia<sup>74</sup>, dimostrano che l'interprete deve necessariamente adottare in materia un approccio casistico e concreto<sup>75</sup> che prescindano dal dato meramente formale dell'obbligatorietà o della facoltatività della PPI.

Da questo punto di vista la Cassazione, allineandosi al costante orientamento dell'ABF<sup>76</sup>, ha chiarito che gli oneri assicurativi devono essere inclusi nel costo complessivo del credito ogniqualevolta la

<sup>74</sup> IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 17 marzo 2020*, p. 3: «[è] responsabilità dei competenti organi direttivi e di controllo degli intermediari finanziatori verificare che i prodotti offerti in abbinamento siano correttamente proposti alla clientela. Nel caso in cui una polizza sia richiesta come obbligatoria o come condizione necessaria per ottenere il finanziamento a determinate condizioni, la banca o l'intermediario finanziario proponenti avranno cura di dare preventiva evidenza di tali circostanze e caratteristiche – ad esempio, sui propri siti web – in modo da consentire all'interessato di reperire eventualmente sul mercato coperture equivalenti; in questo caso, gli intermediari sono tenuti ad accettare, senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del finanziamento, la polizza che il cliente presenterà o reperirà sul mercato. I contenuti minimi della copertura richiesta devono, in ogni caso, essere tali da rendere concretamente possibile al cliente la ricerca di polizze equivalenti sul mercato. I costi delle polizze qualificate come obbligatorie devono essere inclusi nel costo totale del credito ai fini del calcolo del TAEG. Le polizze qualificate come facoltative devono essere effettivamente prospettate alla clientela quale servizio aggiuntivo opzionale, evitando nei colloqui di vendita l'utilizzo di espressioni finalizzate a incutere nel cliente timori di vario genere che possano indurlo a ritenere necessaria la sottoscrizione della polizza. Questa, in particolare, deve essere espressamente richiesta dal cliente e non può in alcun modo condizionare la concessione del finanziamento».

<sup>75</sup> Cfr., P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principifondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 177.

<sup>76</sup> *Ex multis*, ABF Roma, 12 settembre 2012, n. 2981, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*; Collegio ABF Roma, 23 maggio 2014, n. 3417, *ivi*; Collegio ABF Roma, 22 aprile 2014, n. 2481, *ivi*; Collegio ABF Roma, 13 marzo 2015, in *www.ilcaso.it*; cfr., Collegio ABF Napoli, 15 gennaio 2015, n. 230 in *www.arbitrobancariofinanziario.it*, ove si è sostenuto che le coperture le coperture debbano considerarsi facoltative quando queste siano state contratte per la copertura di rischi diversi da quelli relativi alla integrale restituzione dell'importo

polizza, sostanzialmente imposta dall'istituto finanziario, sia volta a tutelare quest'ultimo per il rischio di insolvenza del soggetto finanziato<sup>77</sup>, circostanza che – come più volte evidenziato – avviene nella pressoché totalità dei casi.

L'individuazione dei criteri utili per orientare l'interprete nell'opera di qualificazione in discorso si deve soprattutto alla giurisprudenza arbitrale.

Infatti, a fronte di alcune incertezze interpretative in merito agli indici da adottare per valutare le coperture e i meccanismi di abbinamento<sup>78</sup>, nel 2017 è intervenuto il Collegio di coordinamento dell'ABF con una serie di decisioni sostanzialmente identiche che hanno sancito la necessità che il costo assicurativo sia incluso nel computo del TAEG in presenza di una serie di elementi che ricorrono quando la polizza: sia posta a copertura del credito; sia geneticamente e funzionalmente collegata al contratto di finanziamento, nel senso che i due contratti siano stati stipulati contestualmente e abbiano pari durata; preveda un indennizzo parametrato al debito residuo<sup>79</sup>. Al tempo stesso, è stata fatta salva la possibilità per la banca, l'interme-

finanziato, quali quelli connessi a malattie e infortuni, garantendo l'erogazione di prestazioni di carattere medico/sanitario.

<sup>77</sup> Cass., 16 aprile 2018, n. 9298, in *www.ilcaso.it*; nello stesso senso, Collegio di coordinamento ABF, 12 settembre 2017, decr. n. 10620/17, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*, secondo cui «[l]a circostanza che la polizza assicurativa sia diretta a tutelare (anche) l'interesse del debitore/assicurato appare del tutto irrilevante per una valutazione in termini di facoltatività o obbligatorietà della polizza stessa. È, infatti, agevole evidenziare come la polizza assicurativa sia – per definizione – diretta sempre a tutelare e garantire un interesse dell'assicurato, pena la nullità dello stesso contratto assicurativo espressamente prevista per le polizze del ramo danni (art. 1904 c.c.)». Cfr., altresì, Cass., 5 aprile 2017, n. 8806, in *www.dirittobancario.it*.

<sup>78</sup> Cfr., *inter alia*, Collegio ABF Napoli, 5 aprile 2016, n. 3066; ABF Napoli, 21 aprile 2016, n. 3678; Collegio ABF Roma, 14 aprile 2016, n. 3490; Collegio ABF Roma, 24 giugno 2016, n. 5921, tutte in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

<sup>79</sup> Collegio di coordinamento ABF, 12 settembre 2017, nn. 10617, 10620 e 10621; Collegio di coordinamento ABF, 29 settembre 2017, nn. 11869, 11870, 11871, tutte in *www.arbitrobancariofinanziario.it*. Per un commento, in particolare, alla decisione 10621, v. M. SIMEON, *Rassegna di giurisprudenza. Gli orientamenti dell'Arbitro Bancario Finanziario in materia di credito ai consumatori*, in *Giur. comm.*, 2019, 3, p. 428 ss.

diario finanziario o l'istituto di credito di dimostrare la facoltatività della polizza facendo leva: o sulla dimostrazione di aver prospettato al medesimo cliente una proposta di finanziamento alternativa che, a parità delle altre condizioni economiche, fosse sprovvista di copertura assicurativa; o sull'aver riconosciuto il diritto di recesso dal contratto assicurativo a favore del cliente per tutta la durata del contratto senza penalità e senza alterazioni del costo del finanziamento; o, infine, sulla dimostrazione da parte dell'intermediario di aver erogato il credito senza polizza a condizioni «del tutto analoghe» ad altri soggetti con il medesimo merito creditizio del cliente ricorrente<sup>80</sup>.

In buona sostanza, sulla base dei *dicta* del Coordinamento si profila «un complesso meccanismo probatorio “positivo” e “negativo” imperniato sulla allegazione, a carico delle parti, di indici “presuntivi” di natura testuale capaci di determinare, in esito alla loro ponderazione, un giudizio “probabilistico” sulla natura obbligatoria ovvero facoltativa delle polizze assicurative connesse al prestito»<sup>81</sup>.

Un'ulteriore questione rilevante attiene, infine, ai rapporti tra disciplina di trasparenza e quella in materia di usura. I costi assicurativi, infatti, incidono anche sulla determinazione del TEG (Tasso Effettivo Globale), parametro di riferimento per valutare se il costo complessivo di un finanziamento (comprensivo di spese, interessi e oneri di varia natura), superando il tasso soglia *pro tempore* rilevante, violi la normativa antiusura<sup>82</sup>. Oltretutto, mentre il TAEG riguarda le sole operazioni di finanziamento concluse con i consumatori, il TEG si applica anche ai rapporti creditizi con le imprese.

Non essendo questa la sede per una diffusa trattazione della materia, ai fini del presente lavoro basti ricordare che, a differenza delle regole sovraespresse per il calcolo del TAEG, il calcolo del TEG avviene sulla base di istruzioni emanate periodicamente dalla Banca d'Italia quantunque simili rispetto alle prime. L'attuale versione ap-

<sup>80</sup> Per i rilievi critici di quella che lo stesso Autore definisce una «appendice spuria in funzione più nomopoietica che non autenticamente nomofilattica», si rinvia a F. QUARTA, *Assicurazione e costo totale del credito*, cit., p. 17 ss.

<sup>81</sup> M. SIMEON, *Rassegna di giurisprudenza*, cit., p. 428.

<sup>82</sup> In argomento, v. F. CIVALE, *Appunti in tema di rilevanza degli oneri assicurativi ai fini usura*, in AA. Vv., *Usura bancaria*, Napoli, 2018, p. 437 ss.

plicabile delle “Istruzioni per la rilevazione dei Tassi Effettivi Globali Medi ai sensi della legge sull’usura” del luglio 2016 stabilisce che nel calcolo del TEG sono incluse, tra gli altri costi, «le spese per assicurazioni o garanzie intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito ovvero a tutelare altrimenti i diritti del creditore, se la conclusione del contratto avente ad oggetto il servizio assicurativo è contestuale alla concessione del finanziamento ovvero obbligatoria per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte, indipendentemente dal fatto che la polizza venga stipulata per il tramite del finanziatore o direttamente dal cliente». Rispetto alle precedenti versioni, inoltre, si precisa recisamente che «[l]e assicurazioni sul credito (le cosiddette *CPI - Cost Protection Insurance* o *PPI - Payment Protection Insurance*) e quelle per furto e incendio sono ritenute connesse con il finanziamento, e quindi incluse nel calcolo del TEG, anche nei casi in cui il beneficiario della polizza non sia l’ente creditore»<sup>83</sup>.

Conformemente a quanto stabilito dalla Banca d’Italia, il Collegio di coordinamento ABF, all’esito di un’articolata ricostruzione degli interventi giurisprudenziali sul tema e delle proprie precedenti decisioni<sup>84</sup>, ha affermato che la valutazione circa l’obbligatorietà delle polizze per la determinazione del TEG si basa su una valutazione “presuntiva” analoga a quella elaborata per il TAEG<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Le stesse Istruzioni del 2016 precisano, alla nota n. 30, che i contratti assicurativi di carattere del tutto accessorio (per esempio polizze sanitarie, polizze a tutela degli acquisti e prelievi effettuati con carta di credito), sia pure contestuali al finanziamento, in cui la polizza non è finalizzata in alcun modo al rimborso totale o parziale del credito non rilevano ai fini del calcolo del TEG. Parimenti, non vanno inclusi nel calcolo del TEG, le coperture assicurative obbligatorie per legge (es. RC auto) non direttamente connesse al rapporto di finanziamento.

<sup>84</sup> Il riferimento, rispettivamente, è a Cass., 5 aprile 2017, n. 8806, cit., e a Collegio di coordinamento ABF, 9 gennaio 2018, nn. 249 e 250; Collegio di coordinamento ABF, 8 giugno 2018, n. 12830, tutte in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

<sup>85</sup> Segnatamente, il Collegio di coordinamento, occupandosi dei “criteri valutativi da adottare al fine di attribuire carattere di obbligatorietà ovvero di facoltatività alle polizze assicurative che i clienti degli intermediari stipulano collateralmente ai contratti di finanziamento”, richiamando espressamente la sentenza del 5 aprile 2017 n. 8806 della Corte di cassazione, ha fatto proprio il principio

Pertanto, anche in rapporto alla valutazione circa l'usurarietà degli interessi, la giurisprudenza arbitrale, non ritenendo dirimente il dato formale ed enfatizzando le circostanze dei singoli casi concreti, ha avuto il merito di limitare le condotte abusive dei contraenti forti nella qualificazione delle PPI con indubbi benefici per la clientela, in termini di trasparenza, di costi sostenuti e di tutela rispetto all'imposizione di interessi usurari, in presenza dei quali verrebbero attivati i conseguenti rimedi civilistici<sup>86</sup>.

di diritto per cui "in relazione alla ricomprensione di una spesa di assicurazione nell'ambito delle voci economiche rilevanti per il riscontro dell'eventuale usurarietà di un contratto di credito, è necessario e sufficiente che la detta spesa risulti collegata all'operazione di credito. La sussistenza del collegamento, se può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova, risulta presunta nel caso di contestualità tra la spesa e l'erogazione". Ha così ritenuto sufficiente, ai fini della prova dell'obbligatorietà della polizza assicurativa per l'inclusione del relativo costo nel calcolo del TEG, la sola circostanza della contestualità della stipula del prestito e del contratto assicurativo, seppure la contestualità dia luogo a una presunzione relativa e non assoluta di "collegamento", che può essere vinta – secondo le parole della Cassazione – «dando prova della totale assenza di funzionalità della polizza a garantire la restituzione del finanziamento, e dunque provando che il mutuo ha rappresentato soltanto l'occasione per offrire al cliente prodotti assicurativi diversi (ad esempio: polizza furto, polizza spese mediche, ecc.), ovvero provando che la polizza non era stata richiesta e neppure offerta all'intermediario, ma resa disponibile direttamente dal soggetto finanziato o da questi unilateralmente voluta». Sul punto, A. STILO, *Il c.d. principio di simmetria oltre le Sezioni unite: nuovi scenari interpretativi e possibili "effetti collaterali"*, in *Contratti*, 2018, 5, p. 52 ss., spec. nota n. 64. Per una compiuta analisi del meccanismo probatorio in relazione ai diversi regimi temporali, v. M. SIMEON, *Rassegna di giurisprudenza*, cit., p. 428.

<sup>86</sup> Sul punto, cfr., P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 480 ss.; R. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: principi civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 69; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 535; F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1448; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 246; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 353 ss.; D. BUZZELLI, *Mutuo usurario e invalidità del contratto*, Torino, 2001; S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 609 ss.; più recentemente, E. ADAMO, *Le Sezioni unite chiudono le porte all'usura soprav-*

4. *Estinzione anticipata del mutuo o del finanziamento e sorte del contratto assicurativo. La restituzione del premio assicurativo. L'incidenza del rischio sul collegamento negoziale.*

La prassi di pretendere dal debitore il pagamento anticipato dell'intero premio – che talvolta viene imputato all'importo erogato – pone ulteriori problemi relativamente alle possibili vicende del contratto di mutuo o di finanziamento come nel caso in cui il debitore decida di estinguere in tutto o in parte il rapporto prima della scadenza<sup>87</sup>.

Per le operazioni di credito al consumo l'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b. riconosce, da un parte, al consumatore il diritto di rimborsare in qualsiasi momento in tutto o in parte l'importo dovuto, con conseguente «diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto»<sup>88</sup>, e nel quale rilevano, alla luce di quanto disposto dagli artt. 121, comma 2, e 12-*quinquies* t.u.b. anche i premi per assicurazioni obbligatorie corrisposti all'atto della stipulazione del finanziamento.

Più in generale, già l'art. 49 Reg. ISVAP n. 35/2010<sup>89</sup> (ed ora l'art. 39 Reg. IVASS n. 41/2018<sup>90</sup>) prevedeva che, in caso di estinzione del mutuo o del finanziamento assistito da copertura assicurativa il cui premio fosse stato pagato all'atto di stipulazione dall'assicurato, le imprese assicurative fossero obbligate a restituire al debitore/assicu-

*venuta: riflessioni in tema di sorte del mutuo in caso di tassi divenuti usurari*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1, p. 212 ss.

<sup>87</sup> A. CAMEDDA, *I contratti di assicurazione collegati a mutui e finanziamenti*, cit., p. 431.

<sup>88</sup> Con riferimento all'ipotesi del mutuo, Per il «credito immobiliare ai consumatori» di cui al capo I-*bis*, titolo VI del t.u.b. (artt. 120-*quinquies*-120-*noviesdecies*), l'art. 125-*sexies*, comma 1, t.u.b. è espressamente richiamato tra le norme applicabili dall'art. 120-*noviesdecies*, comma 1, t.u.b.

<sup>89</sup> Regolamento ISVAP 26 maggio 2010, n. 35 (*Regolamento concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi, di cui al Titolo XIII del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - Codice delle Assicurazioni Private*).

<sup>90</sup> Regolamento IVASS 2 agosto 2018, n. 41 (*Regolamento in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi*).

rato la parte di premio relativa al periodo non goduto, secondo criteri prefissati nelle condizioni di contratto e dallo stesso Regolamento. L'obbligo di rimborso dei ratei di premio non goduti è stato poi elevato al livello delle fonti primarie con l'art. 22, comma 15-*quater*, d.l. n. 179/2012<sup>91</sup> ed esteso anche a tutti i contratti di assicurazione stipulati prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Le disposizioni del t.u.b. e del d.l. n. 179/2012 appena analizzate, pur avendo la medesima finalità (ovverosia favorire la "portabilità dei mutui o dei finanziamenti" attraverso la riduzione degli oneri legati al rimborso anticipato), presentano ambiti applicativi oggettivi e soggettivi non perfettamente coincidenti.

L'art. 22, comma 15-*quater*, d.l. 179/2012 e l'art. 39 Reg. IVASS n. 41/2018 prevedono, infatti, l'obbligo per le imprese assicurative di rimborsare al debitore assicurato (anche non consumatore) i ratei di premio non goduti in presenza del solo rapporto di connessione tra il contratto di assicurazione e quello di finanziamento. Diversamente, *ex art. 125-sexies*, comma 1, t.u.b., la riduzione del costo totale del credito al consumo residuo include i costi assicurativi relativi alle sole polizze obbligatorie, secondo quanto stabilito dall'art. 121, comma 2, t.u.b. di cui si è detto.

Quindi, in presenza di una polizza facoltativa, il cliente non potrà richiedere alla banca la quota della riduzione del costo totale del credito legata al prodotto assicurativo non goduto, ma avrà unicamente diritto a ottenerne il rimborso da parte dell'impresa assicurativa secondo i criteri degli artt. 22, comma 15-*quater*, d.l. n. 179/2012 e 39 Reg. IVASS n. 41/2018<sup>92</sup>.

Al tempo stesso, tuttavia, tale rimborso, a differenza della riduzione di cui all'art. 125-*sexies* t.u.b., è formalmente contemplato soltanto in caso di estinzione integrale del finanziamento e non già per le ipotesi di estinzione parziale anticipata. La regola non pare ragionevole se sol si consideri che il rimborso anticipato di parte del finanziamento determina comunque una riduzione del rischio assicurato (art.

<sup>91</sup> Decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179 (*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*), convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221

<sup>92</sup> A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative*, cit., p. 789.

1897 c.c.) e quindi del relativo premio in una logica analoga a quella sottesa in caso di estinzione anticipata integrale. Il descritto meccanismo opererebbe tanto in caso di polizze danni (in forza del principio indennitario), quanto in caso di polizze vita qualora il capitale assicurato sia parametrato, come solitamente accade, al debito residuo e non già determinato in misura fissa<sup>93</sup>.

Questioni di coerenza sistematica, di tutela della parte debole del rapporto e di ragionevolezza<sup>94</sup> impongono dunque che, similmente alla regola dell'art. 125-*sexies* t.u.b., anche in ipotesi di estinzione anticipata parziale l'assicurato – soprattutto in presenza di un'assicurazione obbligatoria – possa beneficiare di una riduzione del premio assicurativo per effetto della contrazione della prestazione eventualmente dovuta dall'impresa assicurativa qualora si verifichi il sinistro<sup>95</sup>.

Una raccomandazione in tal senso è arrivata anche dall'IVASS che già nel 2017, nella lettera al mercato avente specificamente a oggetto la problematica in analisi, sottolineava «la necessità del rimborso al cliente in caso di estinzione anticipata del finanziamento sussista anche nei casi di estinzione anticipata parziale considerato che, per effetto del collegamento tra il contratto principale di finanziamento e quello assicurativo ad esso accessorio, l'esposizione al rischio, con il rimborso di una quota parte del capitale finanziato, si riduce automaticamente in misura corrispondente»<sup>96</sup>. Il diritto del cliente di ricevere la quota parte di premi non goduti anche in caso di estinzione parziale è stata ulteriormente ribadita nella lettera al mercato del 2020<sup>97</sup>.

Quanto sin qui osservato risulta costantemente affermato dalla giurisprudenza arbitrale formatasi a fronte delle condotte dilatorie e dei rifiuti da parte delle imprese assicurative e degli enti finanziatori rispetto alle richieste di rimborso dei costi dovuti per la vita residua

<sup>93</sup> A. TINA, *o.l.u.c.*

<sup>94</sup> Per tutti, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006- 2016*, Napoli, 2018, p. 283 ss., ora anche in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 732 ss.

<sup>95</sup> A. TINA, *o.l.u.c.*

<sup>96</sup> IVASS, *Lettera al mercato del 3 aprile 2017*, p. 1.

<sup>97</sup> IVASS e Banca d'Italia, *Lettera al mercato del 17 marzo 2020*, p. 5.

del contratto da parte dei clienti. L'ABF ha, per esempio, piú volte chiarito che, in forza dell'evidente collegamento funzionale tra il contratto finanziario e quello assicurativo, l'estinzione anticipata del finanziamento determina la cessazione del rischio assicurato e il suo scioglimento *ex art. 1896 c.c.*, con la conseguente restituzione della quota dei premi riferibili al periodo residuo<sup>98</sup>.

L'obbligo di rimborso deve trovare luogo anche in caso di estinzione anticipata parziale, pur venendo in rilievo, nella ricostruzione dell'ABF, un'ipotesi di risoluzione del contratto di assicurazione nella misura corrispondente. Qualsivoglia clausola contrattuale limitativa di tale diritto, nella ricostruzione offerta, risulterebbe vessatoria e quindi nulla, in quanto «[l]'esclusione di tale azione di ripetizione consentirebbe alla banca di lucrare un arricchimento ingiustificato a spese del cliente e tale squilibrio di diritti e di obblighi contrattuali sarebbe contrario al principio generale della buona fede contrattuale perché, nella parte in cui il rischio assicurato è venuto meno, non sussiste alcuna ragione giuridica ed economica che possa oggettivamente giustificare la persistente remunerazione dell'assicuratore, il quale non è tenuto a indennizzare che il debito residuo del finanziamento in linea capitale, al netto di eventuali rate insolute»<sup>99</sup>.

Occorre, infine, precisare, per completezza, che l'art. 22, comma 15-*sexies*, d.l. n. 179/2012 consente al debitore assicurato che – nonostante l'estinzione anticipata del finanziamento – non abbia interesse allo scioglimento del contratto assicurativo collegato di domandare all'impresa il mantenimento della copertura, fino alla naturale scadenza della polizza, a favore di un nuovo beneficiario da lui designato.

In conclusione, in caso di estinzione anticipata del finanziamento il debitore (consumatore o meno) ha diritto di ottenere nei confronti dell'impresa assicurativa il rimborso della quota del premio corrisposto ai sensi degli artt. 22, comma 15-*quater*, d.l. n. 179/2012 e 39 Reg. IVASS n. 41/2018, indipendentemente dalla natura della polizza e in ragione del solo abbinamento con il contratto di finanziamento.

<sup>98</sup> M. SIRI, *Le polizze connesse a mutui e finanziamenti nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, cit., p. 320.

<sup>99</sup> Così, ABF Napoli, 3 febbraio 2015, n. 811. Si veda, altresí, ABF Napoli, 10 dicembre 2014, n. 8324, entrambe in *www.arbitrobancariofinanziario.it*.

Nella specifica ipotesi di assicurazioni sulla vita collegate a operazioni di mutuo immobiliare o di credito al consumo, l'art. 1 Reg. ISVAP n. 40/2012 (che stabiliva il contenuto minimo della polizza vita di cui all'art. 28 d.l. n. 1/2012)<sup>100</sup> obbliga l'impresa ad effettuare il rimborso entro 30 giorni dalla comunicazione dell'avvenuta estinzione anticipata.

Nell'ambito delle operazioni di credito al consumo, il cliente, ex art. 125-*sexies* t.u.b., ha il diritto di ottenere nei confronti della banca una riduzione del capitale residuo e dell'importo necessario per l'estinzione del finanziamento, comprensivo anche della quota parte del premio assicurativo della polizza obbligatoria quale parte del costo dovuto per la vita residua del contratto. Se la banca non provvede correttamente alla riduzione, il cliente avrà il diritto alla ripetizione ex art. 2033 c.c. di quanto corrisposto in eccesso per l'estinzione anticipata del finanziamento, comprensivo della quota relativa al premio<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Regolamento ISVAP 3 maggio 2012, n. 40 (*Regolamento concernente la definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27*).

<sup>101</sup> A. TINA, *Contratti di finanziamento personale e polizze assicurative*, cit., p. 789.



MARCO RIZZUTI

## *Divorce Insurance* e accordi pre-crisi

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il problema della validità di un'assicurazione divorzile. – 3. Il problema della praticabilità concreta di un'assicurazione divorzile.

### 1. *Premesse*

Sul nesso tra schemi assicurativi e crisi familiari rifletteva circa un secolo fa Max Weber, quando per discutere il problema della libertà di divorzio assumeva come caso paradigmatico quello dell'Italia di allora, in quanto peculiare ipotesi di rigoroso indissolubilismo<sup>1</sup>, evidenziando come fossero proprio le donne italiane, a differenza delle antiche romane o delle moderne americane, a rifiutarla ed a voler restare attaccate alle regole tradizionali, in quanto in tale libertà vedevano «*un pericolo per il loro mantenimento economico specialmente nella vecchiaia (a somiglianza di quanto avviene per i lavoratori anziani che restano privi di mezzi di sussistenza)*»<sup>2</sup>. Il fulcro di tale assetto

<sup>1</sup> L'eccezionalità della Penisola in quegli anni si può cogliere, ad esempio, in un'autorevole voce enciclopedica in cui si dava atto di come il divorzio fosse allora vigente in tutta Europa con le sole eccezioni del Portogallo e dell'Italia (A. PARRELLA, N. FESTA, P. DE FRANCISCI, G. ERMINI, A. VITTI, *Divorzio*, in *Enciclopedia Italiana*, 1932), e l'isolamento sarebbe forse apparso ancora più totale prima dell'abolizione salazarista dell'istituto nell'ordinamento lusitano, oltre che alla luce della vigenza dello stesso nella gran parte dei diritti extraeuropei, nelle progredite forme nordamericane o in quelle arcaiche del ripudio maritale.

<sup>2</sup> M. WEBER, *Economia e società, III Sociologia del diritto*, Tübingen, 1922, trad. it., Torino, 2000, p. 44: il ragionamento proseguiva poi con l'ulteriore osservazione per cui le medesime italiane avrebbero visto nella libertà di divorzio anche il rischio di un «*inasprimento della concorrenza erotica per l'uomo*», e che da tutto ciò sarebbe quindi derivata «*la preferenza per un matrimonio carat-*

tradizionale stava dunque nella funzione assicurativa del matrimonio, analoga per l'appunto alla previdenza delle assicurazioni sociali, che per le dirette interessate doveva evidentemente, sia pure in un certo senso paradossalmente, apparire ben più importante di qualsivoglia prospettiva di emancipazione<sup>3</sup>. E, per chiarire che non si tratta solo di tempi remoti, basti pensare alla duratura fortuna di quei noti indirizzi giurisprudenziali che sino ad un recentissimo passato hanno incentrato quantificazione e funzione dell'assegno divorzile sul dogma del mantenimento del tenore di vita matrimoniale<sup>4</sup>.

In un mondo profondamente diverso, la prassi negoziale soprattutto americana ci ripresenta oggi tale nesso in una forma ben più esplicita, proponendo al mercato la cosiddetta *divorce insurance*. Si tratta di un prodotto assicurativo, affacciatosi negli ultimi dieci anni,

*terizzato da vincoli formali autoritari, e specialmente per la sua indissolubilità formale», accompagnata però «di solito, tanto negli uomini quanto nelle donne, con la tendenza libertinistica nella prassi sessuale».*

<sup>3</sup> Il carattere paradossale di una tale situazione, in cui erano le donne a farsi fautrici del mantenimento di un assetto patriarcale, diviene tanto più evidente se si ricorda che, durante la breve parentesi napoleonica in cui il divorzio era stato in vigore, la causa più frequente delle relative pronunzie in sede contenziosa era stata rappresentata da «*eccessi, sevizie e ingiurie gravi*» alla moglie (cfr. S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, 2017, p. 82 ss.), e che poi sarebbero stati l'approvazione della p.d.l. Fortuna-Baslini, presentata nel fatidico 1968 da figure estranee alle «due chiese», e divenuta la l. 1° dicembre 1970, n. 898, nonché l'esito, tutt'altro che scontato, del successivo referendum del 1974, a portare di lì a poco allo smantellamento dell'autorità maritale con la epocale riforma del diritto di famiglia di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151.

<sup>4</sup> Il riferimento è al duraturo filone giurisprudenziale ricollegabile alla presa di posizione di Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Quadr.*, 1991, con nota di M. DOSSETTI. Alla base di tale ricostruzione stavano precomprensioni interpretative connesse sia ai residui della concezione indissolubilista, con l'idea di un'insopprimibile ultrattività del vincolo matrimoniale in funzione per l'appunto assicurativa, sia ad una pregiudiziale impostazione di favore nei confronti di quella che continuava ad essere considerata *a priori* la parte debole del rapporto coniugale (anche se oggi i soggetti considerati, pure da alcuni legislatori regionali, come i più bisognosi di aiuto sono talvolta i padri separati), nonché ad un sottofondo di classismo più o meno implicito, che fa sembrare quasi naturale l'idea di un diritto alla conservazione della posizione sociale acquisita col matrimonio.

che a fronte del versamento di un premio per un determinato numero di anni di vita matrimoniale, permette di conseguire una copertura delle spese inerenti al divorzio<sup>5</sup>. L'ipotesi pone varie questioni suscettibili di approfondimento, avendo particolare riguardo alle prospettive di una sua eventuale introduzione anche nel nostro ordinamento, ed agli ostacoli che essa vi potrebbe incontrare.

A seconda delle scelte pratiche delle parti contrattuali, e delle opzioni interpretative dei giuristi, un'operazione del genere potrebbe configurarsi in diverse modalità, o dar vita ad ulteriori fattispecie intermedie. Gli operatori americani richiamano anzitutto la copertura di spese che scaturiscono dal divorzio, come quelle inerenti all'assistenza legale, alla necessità di una nuova sistemazione abitativa, al supporto per i figli, *etc.*, evidenziando, a fini naturalmente anche promozionali, come la crisi familiare rappresenti un evento di frequenza probabilistica e potenziale impatto dannoso sull'economia familiare ben più rilevanti di tanti altri contro cui ci si assicura abitualmente da tempo<sup>6</sup>. Da questo punto di vista parrebbe dunque trattarsi di un'assicurazione danni, in cui il divorzio gioca appunto il ruolo del sinistro, ed osserviamo sin d'ora come nella possibile versione italiana un posto di primario rilievo fra le spese consequenziali da coprire verrebbe certamente assunto anche dagli assegni che il coniuge assicurato si trovi tenuto ad erogare.

D'altra parte, parrebbe di capire che i meccanismi americani tendono a quantificare le somme dovute all'assicurato in caso di divorzio facendo riferimento all'ammontare dei premi versati piuttosto che alle spese effettivamente sostenute<sup>7</sup>, per cui dal nostro punto di vista

<sup>5</sup> Il primo prodotto di questo genere è stato *WedLock*, lanciato nel 2010 da *SafeGuard Guaranty Corp.*, una *start-up* assicurativa della Carolina del Nord. Il termine più usato al riguardo nel contesto nordamericano è, per l'appunto, *Divorce Insurance*, ma si può trovare anche *Marital Settlement Agreement Insurance*.

<sup>6</sup> Oltre al sito *internet* della stessa *start-up* americana che ha lanciato il prodotto ([www.safeguardguaranty.com/](http://www.safeguardguaranty.com/)) si possono vedere anche *10 things you need to know about divorce insurance*, in [www.insurancequotes.com](http://www.insurancequotes.com), 14 dicembre 2010, o *What Is Divorce Insurance?*, in [www.boydlawsacramento.com](http://www.boydlawsacramento.com).

<sup>7</sup> Si può vedere al riguardo anche J. SARANOW SCHULTZ, *Divorce Insurance (Yes, Divorce Insurance)*, in [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com), 6 agosto 2010.

il principio indennitario sarebbe del tutto inoperante, e ci troveremo semmai di fronte ad un meccanismo che garantisce il pagamento di un capitale o di una rendita a seguito del divorzio inteso come evento attinente alla vita umana, e quindi ad un'assicurazione vita. In tal caso, insomma, nella prospettiva italiana il coniuge si assicurerebbe in maniera tale da ottenere una rendita in caso di divorzio che gli consenta di non dover chiedere l'assegno e quindi di non dover dipendere dall'incerto adempimento della controparte. Del resto, un nuovo possibile ruolo dell'assicurazione vita nella gestione degli accordi della crisi familiare parrebbe già profilarsi nella nostra prassi notarile<sup>8</sup>.

E nulla esclude, peraltro, che le modalità in cui concretamente si svilupperebbe l'ipotetica assicurazione divorzile italiana possano anche avere un carattere ibrido, sí da risultare in qualche modo collocabili sul crinale fra i due macro-modelli assicurativi<sup>9</sup>.

## 2. *Il problema della validità di un'assicurazione divorzile*

Il problema di qualificazione che pone le maggiori difficoltà è però un altro. Dal punto di vista del diritto di famiglia italiano una siffatta assicurazione rischia infatti di essere considerata un patto prematrimoniale e quindi di andare incontro, secondo gli approcci più severi, alla nullità per illiceità della causa.

Invero, in ambito americano si può anche trovare la *divorce insu-*

<sup>8</sup> Il riferimento è a V. TAGLIAFERRI, *Negozi familiari in vista di separazione e divorzio*, in M. PALAZZO, S. LANDINI (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, 1, pp. 207-208, dove si prospetta l'ipotesi di una polizza assicurativa vita con riscatto anticipato in caso di crisi familiare consensuale.

<sup>9</sup> Non sono, del resto, mancate autorevoli prese di posizione intese a costruire un concetto unitario di assicurazione che superi la bipartizione tra i due rami (cfr. T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 439; F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, Roma, 1963, p. 208): sul problema si veda, anche per ulteriori riferimenti, G. ROJAS ELGUETA, *Il contratto di assicurazione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, III, III, pp. 969-970.

rance espressamente pubblicizzata come il *prenuptial agreement* del futuro, ma è chiaro che riproposto in ambito italiano un inquadramento del genere lungi dall'essere allettante potrebbe invece creare seri ostacoli. Occorre però considerare che almeno alcune delle ipotesi americane vengono tenute chiaramente distinte da tale ambito: viene infatti evidenziato come, accanto all'ipotesi presentata come fisiologica dei coniugi che contraggano congiuntamente allo scopo di proteggersi reciprocamente in caso di divorzio, lo schema possa essere adattato anche ad altre casistiche come quelle di un solo coniuge che si assicura ovvero di un terzo, ad esempio un genitore, che stipuli la polizza a favore di un coniuge. Nella prospettiva americana tali ipotesi possono risultare marginali e venir riguardate con diffidenza dal punto di vista della correttezza nei rapporti di coppia, ma viene anche rilevato come la distinzione dai *prenuptial agreements* renda pure in quel contesto più giuridicamente sicura l'operazione, sottraendola al sindacato giudiziale che su tali accordi può rivelarsi assai penetrante<sup>10</sup>.

Nella prospettiva italiana quelle stesse ipotesi da marginali potrebbero divenire ordinarie, in quanto capaci di garantire da questo punto di vista la massima sicurezza nei confronti del rischio di invalidità, dal momento che, pur non esistendo una definizione normativa del patto prematrimoniale proibito, sarebbe in ogni caso arduo volervi ricondurre l'accordo tra un coniuge e un terzo, o addirittura tra due terzi. Riterremmo però possibile mettere comunque in discussione anche l'ipotetica invalidità della stessa *divorce insurance* stipulata da entrambi i coniugi.

Occorre infatti tener presente come sia soggetto ad una progressiva erosione lo stesso divieto dei patti prematrimoniali, non sancito da alcuna norma ma tradizionalmente ritenuto implicito in postulati di ordine pubblico interno, che avevano senso nella passata concezione eteronoma dei rapporti familiari ma che oggi lo hanno sempre meno<sup>11</sup>. Anzitutto va ricordato che la giurisprudenza non ha mai in-

<sup>10</sup> Sui diversi profili del rapporto tra *divorce insurance* e *prenuptial agreements* si possono vedere le osservazioni di G. OVERLAND, *Is Divorce Insurance the Prenup of the Future?*, in *coverhound.com*, 3 dicembre 2012.

<sup>11</sup> Se l'avvento della modernità giuridica aveva fatto sì che il matrimonio ces-

teso tale divieto in termini assoluti, ammettendone, in maniera non sempre lineare, significative ed ormai consolidate eccezioni o attenuazioni<sup>12</sup>, fra cui ai nostri fini appare significativo soprattutto l'atteggiamento di tolleranza rispetto alle fattispecie transnazionali<sup>13</sup>, in quanto le prime casistiche di *divorce insurance* potrebbe presentarsi proprio in tale veste. Peraltro, i nostri giudici hanno anche avuto occasione di utilizzare la costruzione dottrinale, elaborata con riferimento al divieto, quello sí esplicito, dei patti successori, in base alla quale non sarebbe proibito far riferimento all'apertura della successione, o appunto alla crisi familiare, come elemento accidentale, ma solo fondarvi la causa del negozio: una distinzione chiara solo a livello teorico astratto, e che in concreto può quindi consentire un'elaborazione interpretativa capace di disinnescare il divieto nelle ipotesi di maggior

sasse di essere riguardato come vicenda gestita dai poteri familiari tramite atti negoziali per divenire il prodotto di un procedimento pubblicistico destinato a sfociare nell'adesione ad un regime eteronomo, l'odierna crisi del monopolio statale sul diritto si traduce invece in uno sviluppo di direzione opposta, col riconoscimento della irriducibilità del rapporto familiare ad un'istituzione ordinata a fini pubblicistici, riaprendo così le porte all'esplicazione dell'azione ordinante dei privati direttamente interessati: cfr., per tutti, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979; nonché M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgieuele*, Mantova, 2017, II, pp. 187-209, e R. MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, pp. 75-90.

<sup>12</sup> Dopo alcune iniziali oscillazioni la giurisprudenza di legittimità ha enunciato una regola di nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio (cfr. per tutte Cass., 11 giugno 1981, n. 377, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1553, con nota di A. TRABUCCHI, cui si sono poi allineate numerose altre pronunzie), salvo però attenuarla o smentirla con le decisioni che hanno riconosciuto la validità di quelli stipulati in vista dell'annullamento canonico (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1670) ed hanno riletto l'invalidità di quelli relativi al divorzio in termini di nullità relativa (Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021, con nota di L. BALESTRA). Per ulteriori riferimenti sulla vicenda si veda M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, pp. 1429-1522, nonché ID., *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss.

<sup>13</sup> Da tempo i giudici di legittimità hanno negato la contrarietà all'ordine pubblico degli accordi prematrimoniali tra stranieri fatti valere in Italia: cfr. Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, p. 579.

rilievo pratico<sup>14</sup>. E, dal momento che la *divorce insurance* parrebbe avere sempre la medesima struttura causale, tanto nell'ipotesi in cui a stipularla siano i coniugi congiuntamente quanto nelle altre sopramenzionate e da considerarsi estranee al divieto di cui si discute, essa potrebbe dunque abbastanza agevolmente vedersi configurata come ipotesi nella quale la crisi familiare opera appunto solo sul piano temporale e condizionale.

In termini piú radicali, sarebbe poi da mettere in discussione la stessa tenuta del divieto dei patti prematrimoniali in assenza di una norma che lo preveda ed alla luce del mutamento sistematico che rende insostenibile la pretesa di fondarne l'illiceità su di un principio inespresso: una volta che si è ammessa la possibilità di disporre direttamente con atto privato dello *status* coniugale, con il divorzio degiurisdizionalizzato, non vi è ragione di ritenere comunque inammissibili patti che realizzerebbero un'indiretta forma di disposizione dello stesso<sup>15</sup>. Almeno sino a quando il legislatore non intervenga per

<sup>14</sup> La ricostruzione risale quantomeno a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento: contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss., e R. NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, p. 147 ss. Per la sua applicazione ai patti pre-crisi, la svolta è stata segnata da Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it.*, 2013, 3, I, p. 864, che ha ritenuto ammissibile l'accordo con cui un nubendo si sia impegnato a ritrasferire alla comparte la proprietà di un immobile "in caso di fallimento del matrimonio", a titolo di corrispettivo per le spese sostenute nella ristrutturazione di un ulteriore locale che era stato adibito a residenza familiare (cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il "distinguishing" finisce nella "haarspaltemaschine"*, in *Fam. e dir.*, 2013, pp. 323-334), mentre Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 54, ha analogamente ritenuto valida la scrittura privata che preveda l'obbligo di un coniuge di restituire all'altro in caso di separazione le somme ricevute a titolo di prestito.

<sup>15</sup> Il riferimento è all'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base al quale separazione consensuale, divorzio congiunto, e relative modifiche delle condizioni precedentemente pattuite, possono prodursi per effetto di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile ed inserito nei registri di sua competenza (un negozio, dunque, fondamentalmente analogo all'atto di matrimonio, in linea con la regola generale del *contrarius actus*), ovvero per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte. In ordine alla rilevanza

regolarli esplicitamente<sup>16</sup>, parrebbe dunque possibile considerarli semmai come meccanismi contrattuali atipici, non proibiti in quanto tali ma da valutare alla luce del generale criterio di meritevolezza. E ad analoghe conclusioni ci sembra, del resto, di poter pervenire anche con riferimento agli altri modelli di cui si compone l'odierno arcipelago familiare<sup>17</sup>. Beninteso, si tratta comunque, salvo magari che per le ipotesi transnazionali ormai coperte anche dai regolamenti europei sui regimi patrimoniali delle famiglie<sup>18</sup>, di una situazione di incertezza che non può certo incoraggiare gli operatori assicurativi.

sistematica di tali innovazioni legislative ai fini di un'argomentazione in favore dell'ammissibilità dei patti pre-crisi si vedano: C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.; L. BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1 ss.; R. MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, in M. PALAZZO, S. LANDINI (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, cit., pp. 209-239.

<sup>16</sup> L'ipotesi è stata oggetto di vari progetti di legge, tra i quali più di recente va menzionato il d.d.l. n. 1151 comunicato alla presidenza del Senato il 19 marzo 2019, recante "*Delega al Governo per la revisione del codice civile*", il cui art. 1, comma 1, lett. b, prevede una novellazione del Codice intesa a "*consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli*".

<sup>17</sup> Per l'unione civile omosessuale introdotta dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, valgono le stesse considerazioni già esposte per il matrimonio eterosessuale, mentre per le convivenze di fatto regolate dalla medesima normativa uno strumento di autonomia negoziale potrebbe considerarsi già accessibile *de jure condito*, ove si reinterpreto adeguatamente le, invero problematiche, disposizioni dedicate al cosiddetto contratto di convivenza (cfr. R. MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018; A. SEMPRINI, *Gli accordi in vista della crisi della convivenza*, in *Familia*, 2019, pp. 597-616).

<sup>18</sup> Il diritto internazionale privato dei regimi patrimoniali delle famiglie è oggi uniformato a livello europeo dai regolamenti 1103 e 1104 del 24 giugno 2016, entrambi di applicazione universale ai sensi dei rispettivi artt. 20, dedicati il primo al matrimonio ed il secondo alle unioni registrate. Pertanto, ove

### 3. *Il problema della praticabilità concreta di un'assicurazione divorzile*

Anche una volta che si ritenga superato, almeno per alcune se non per tutte le ipotesi di *divorce insurance*, il problema del contrasto col divieto dei patti prematrimoniali, rimangono comunque da valutare i termini della convenienza di tale modello dal punto di vista degli assicuratori operanti sul mercato italiano, che evidentemente rappresenta un elemento ancor più condizionante del suo eventuale decollo.

Alcune criticità generali erano già emerse nel dibattito relativo all'ipotesi americana, in quanto proprio l'elevata frequenza statistica del divorzio nell'odierno contesto statunitense rischierebbe di rendere l'operazione strutturalmente non conveniente sul piano attuariale<sup>19</sup>. Resta il fatto che, se operatori americani vi si sono cimentati, margini di profittabilità devono pur esservi stati ravvisati, e diviene altresì interessante considerare come siano state elaborate tabelle sul rischio di divorzio in relazione alle caratteristiche della coppia al fine di determinare l'ammontare dei premi o addirittura la praticabilità della copertura. Si può dunque ragionevolmente ipotizzare che un'importazione della *divorce insurance* sarebbe accompagnata anche dal ricorso a tali meccanismi, e qualche perplessità potrebbe al riguardo essere sollevata con riferimento all'ammissibilità del ricorso a parametri di carattere discriminatorio<sup>20</sup>, oltre che naturalmente in ragione

la legge applicabile in base ai criteri determinati da tali regolamenti ammetta i patti pre-crisi, alla loro efficacia potrebbe opporsi solo un'eccezione di manifesto contrasto con l'ordine pubblico del foro, ai sensi dei rispettivi artt. 31 dei regolamenti, da tempo insostenibile nel contesto italiano alla luce dei ricordati orientamenti giurisprudenziali interni.

<sup>19</sup> *Is Divorce Insurance a Reality?*, in [www.russellalexander.com](http://www.russellalexander.com), facendo riferimento ad altre ipotesi di rischi tipicamente assicurati, segnala che il rischio di decesso nell'arco di un ventennio è di 8 a 1000, quello di incorrere in un incendio è di 1 a 300 e quello di incorrere in un'alluvione è di 1 a 60, mentre per il divorzio si arriva ad livello di 1 a 3 o addirittura 2 a 3 in caso di seconde nozze.

<sup>20</sup> Il sito della *SafeGuard Guaranty Corp.* offre anche un *Divorce Probability Calculator*, che nella sostanza si basa su un questionario relativo a razza, religione, titoli di studio, età e numero dei figli, i cui esiti C. RUBIN, *Entrepreneur Says "I Do" to Divorce Insurance*, in [www.inc.com](http://www.inc.com), riassume icasticamente in questi termini: "if you didn't finish college and got married before age 21 to

della necessità, proprio ai fini di una reale efficacia predittiva, del loro adattamento ad un contesto legale e sociale differente.

Non si tratta però solo di valutare, a livello statistico e sociologico, i differenti tassi di divorzio e le possibili loro differenti correlazioni con ulteriori elementi indagabili da parte delle compagnie interessate, ma anche di considerare, sul piano più strettamente giuridico, il diverso meccanismo di regolazione della crisi familiare che da noi non si può riassumere nel solo divorzio, salvo alcune limitate ipotesi<sup>21</sup>. Un'assicurazione mirante ad incidere efficacemente sulla crisi familiare dovrebbe invero considerare anche le situazioni più rilevanti nella realtà italiana, ovvero *in primis* la fase della separazione legale come necessario passaggio per accedere alla gran parte dei divorzi, nonché la diversa eventualità della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità<sup>22</sup>, ed, in uno sforzo di onnicomprensività ulteriore, pure l'annullamento civilistico e la rottura della convivenza di fatto, o almeno il recesso dal contratto di convivenza.

Soprattutto va osservato che alcune caratteristiche del mercato italiano potrebbero risultare decisive nel trattenere gli assicuratori dal proporre questo genere di prodotti, che in effetti ad oggi, e cioè a circa un decennio dalla loro elaborazione oltreoceano, non risultano

*someone of a different race and religion, the odds of a long and happy marriage are not in your favor*". Il meccanismo sembra insomma abbastanza nettamente mirato contro l'ipotesi dei matrimoni "misti", e pertanto, in caso di trasposizione nel contesto italiano, una valutazione di meritevolezza alla luce dei valori costituzionali (cfr., anche per ulteriori riferimenti, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012), ed in particolare di quelli di eguaglianza e non discriminazione, sarebbe quanto meno problematica.

<sup>21</sup> Com'è noto, ad oggi il divorzio immediato è ammesso per le unioni civili omosessuali, mentre per il matrimonio è configurabile solo nelle limitate casistiche, diverse dalla pregressa separazione, di cui all'art. 3 della l. 2 dicembre 1970, n. 898: le ipotesi di carattere penalistico, il divorzio già ottenuto all'estero dalla controparte, l'inconsumazione, la rettificazione dell'attribuzione di sesso.

<sup>22</sup> L'ipotesi conserva una significativa rilevanza per i matrimoni concordatari, anche se in misura minore rispetto al recente passato, da quando Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16739, in *Giur. it.*, 2014, p. 2111, ha ritenuto la delibazione incompatibile con l'ordine pubblico italiano per le convivenze coniugali durate più di tre anni.

essersi particolarmente diffusi da noi. Si tratta, in buona sostanza, di prendere nella dovuta considerazione due ipotesi patologiche che, sia pure non esclusivamente caratteristiche del sistema italiano, lo connotano tuttavia in maniera assai significativa, e tale da poter probabilmente risultare relevantissime nella valutazione di convenienza in discorso.

Da un lato, va considerata la frequente prassi della simulazione delle separazioni, posta in essere dai coniugi allo scopo di conseguire vantaggi fiscali o di realizzare effetti traslativi in frode ai terzi<sup>23</sup>, e facilmente ipotizzabile a maggior ragione ove si profilasse la possibilità di approfittare di una polizza sulla crisi familiare. Né sembrerebbe agevole per gli assicuratori tutelarsi determinando contrattualmente l'ambito della copertura, in quanto le ipotizzabili soluzioni potrebbero persino creare più problemi di quanti ne risolvano. Anzitutto è abbastanza chiaro che limitare la copertura a quelle ipotesi di divorzio immediato che prescindono dalla separazione, e che sono in effetti ben difficili da simulare, renderebbe il prodotto pressoché irrilevante. Nemmeno limitarla comunque al solo divorzio escludendo la fase della separazione sarebbe risolutivo, perché se oggi l'interesse a simulare riguarda le separazioni non sarebbe però difficile simulare pure i divorzi<sup>24</sup>, mentre una copertura del genere, che intervenga a grande

<sup>23</sup> Si possono vedere al riguardo: G. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, in *Famiglia*, 2001, p. 774 ss.; F. DANOVÌ, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 284 ss.; M. DELL'UTRI, *L'abuso del diritto tra persone e famiglia*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. 2, p. 31; N. CIPRIANI, *La simulazione nella separazione consensuale*, Napoli, 2008; M. RIZZUTI, *Della simulazione in sede processuale: osservazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 449-462; E. DE BELVIS, *I rapporti tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1439 ss.

<sup>24</sup> Come si può ricavare dall'esperienza storica e comparatistica: per il diritto romano cfr. *Dig.* 24.1.35 (*Ulpianus 34 ad ed.*), *Dig.* 24.1.64 (*Iavolenus 6 ex post. lab.*), *C.* 5.17.3 (*Impp. Diocletia. et Maximia. AA. Tullio*), *C.* 5.12.30 (*Imp. Iustinianus A. Mennae*); per il diritto intermedio si vedano i passi di Cuiacio, Baudouza, Brunneemann e Barbosa, citati da G. OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, cit., pp. 774-775 testo e note; per l'ordinamento francese cfr. *App. Lyon, 16 gennaio 1980*, in *Gaz. Pal.*, 1980, 2, p. 428, ed in *D.*, 1981, p. 579, nonché *Cour de Cassation*, 17 novembre 1981, in *JCP*, 1982, II, p. 19842; per quello nordamericano cfr. *Bazzi*

distanza dal deflagrare della crisi, diventerebbe comunque assai poco appetibile. Limitare poi l'operatività del meccanismo alle ipotesi non consensuali sarebbe una soluzione, oltre che impropriamente esclusiva nei confronti di ipotesi numerose e meritevoli<sup>25</sup>, comunque solo apparente, in quanto nulla impedisce di simulare anche una lite, come del resto altre prassi testimoniano<sup>26</sup>.

Riterremmo insomma che una tutela efficace non si rinvenga tanto in esclusioni aprioristiche ma in adeguati rimedi a valle ed è qui che, dal punto di vista di una compagnia interessata a proporre la *divorce insurance*, il nostro ordinamento appare particolarmente problemati-

*v. Holder, No. 13-3612 (6th Cir. Nov 14, 2013); Brown v. Cont'l Airlines Inc., 647 F.3d 221, 224-25 (5th Cir. 2011), In re Rodgers, 315 B.R. 522, 533 (Bankr. D.N.D. 2004), Boyter v. Commissioner, 668 F.2d 1382, 1387 (4 Cir. 1981); per il curioso caso di un presidente latino-americano che simula il divorzio dalla moglie per aggirare una norma che rende inelleggibili coniuge e parenti dello stesso a certe cariche cfr. Guatemala's Presidential Couple Applies for Divorce, in The Guatemala Times, 23 marzo 2011.*

<sup>25</sup> Sul piano quantitativo è ben noto come la strada consensuale sia spesso intrapresa anche in situazioni di conflittualità tra i coniugi allo scopo di pervenire ad un risultato non condizionato dalle tempistiche della giustizia italiana, ma, soprattutto, sul piano assiologico occorre osservare che difficilmente si potrebbe considerare meritevole una pattuizione intesa a disincentivare le soluzioni non contenziose della crisi.

<sup>26</sup> La natura negoziale della separazione consensuale agevola la configurazione del fenomeno simulatorio ma non è necessaria a tale fine: si può benissimo simulare anche una lite, posto che la simulazione non è attività negoziale ma comportamento in linea di fatto (cfr. G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Padova, 1992). Nella prassi giudiziaria, ad esempio, accade spesso che due soggetti concordemente instaurino una causa fittizia di usucapione, allo scopo di operare il trasferimento in proprietà a favore dell'attore di un immobile del convenuto evitando le spese notarili e fiscali connesse alla stipula di una compravendita o donazione. Un meccanismo simulatorio del genere potrebbe, peraltro, anche prestarsi ad ulteriori finalità, come, ad esempio, quella di realizzare trasferimenti al riparo da azioni revocatorie o di riduzione: cfr. Cass., 29 maggio 2007, n. 12496, in *Il civilista*, 2008, 7-8, p. 20; Trib. Roma, 22 luglio 2011, in *Guida al dir.*, 2011, 43, p. 31; nonché G. BONILINI, *Acquisto per usucapione e azione di riduzione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 238 ss., ed infine, per la segnalazione di un caso recentissimo, F. MACHINA GRIFEIO, *Anche l'usucapione se fittizio fa scattare il reato di lottizzazione abusiva*, ne *Il Sole 24 Ore*, 16 aprile 2020.

co. La giurisprudenza di legittimità ha infatti adottato un discutibile, ed invero piuttosto criticato, indirizzo che impedisce di impugnare per simulazione la separazione consensuale<sup>27</sup>, il che probabilmente contribuisce a spiegare il successo della prassi e risulta gravemente pregiudizievole per i terzi interessati. Solo di recente sembra stare emergendo un diverso approccio che, ferma restando la non attaccabilità del conseguimento dello *status* di separati, consente però ai terzi di far valere la simulazione con riferimento ai trasferimenti patrimoniali connessi all'operazione<sup>28</sup>. Le prospettive sono ancora incerte, ma ci parrebbe ragionevole includere potenzialmente fra questi terzi legittimati anche il nostro assicuratore.

Da un ulteriore punto di vista, occorre considerare la problematicità rappresentata dalle gravi incertezze che rendono difficile quantificare una delle più rilevanti voci di spesa che l'ipotetica assicurazione divorzile italiana dovrebbe coprire, ovvero quella relativa agli assegni. Anzitutto la struttura bifasica che è tuttora necessaria nella gran parte delle crisi familiari implica anche il concatenarsi di un assegno di separazione e di un assegno divorzile ispirati a logiche diverse<sup>29</sup>. Ed

<sup>27</sup> Il riferimento è a Cass., 21 novembre 2003, n. 17706, in *Corr. giur.*, 2004, 3, p. 307, con nota critica di G. OBERTO, in *Vita not.*, 2004, p. 156; con nota critica di F. ALCARO; in *Dir. fam. e pers.*, 2005, p. 462, con nota critica di F. DANOVI. L'orientamento è stato poi ribadito anche da Cass., 12 settembre 2014, n. 19319, in *Foro nap.*, 2015, p. 539, con nota critica di I. SASSO, ma è avversato da una giurisprudenza minoritaria (cfr. Trib. Biella, 30 marzo 2011, in *www.personaedanno.it*) e dalla gran parte della dottrina già richiamata *supra* in tema di separazioni simulate. L'accentuarsi del carattere negoziale della separazione consensuale con la degiurisdizionalizzazione fornisce peraltro un ulteriore argomento in favore della sua impugnabilità per simulazione.

<sup>28</sup> Il riferimento è a Cass., 30 agosto 2019, n. 21839, in *Dir. & Giust.*, 2 settembre 2019. La distinzione tra parti e terzi cui tale regola operativa consente di pervenire appare oltretutto in linea con la sistematica generale della simulazione contrattuale, in cui, com'è noto, il regime probatorio dell'art. 1417 rende le impugnazioni dei terzi più agevoli di quelle delle parti.

<sup>29</sup> Ad oggi, dopo che la l. 6 maggio 2015, n. 55, ha ridotto sensibilmente il periodo di attesa che deve intercorrere tra separazione e divorzio, è divenuto arduo individuare una qualche *ratio* che spieghi il senso di tale strutturazione in due fasi e della connessa determinazione di assegni differenziati. I tempi parrebbero invero maturi per una riforma che, in linea anche con quanto previsto da altri ordinamenti, renda ammissibile il divorzio imme-

ancora più rilevante è l'incertezza che regna con riguardo a funzione e quantificazione di quello divorzile, dal momento che il tradizionale criterio del mantenimento del tenore di vita parrebbe tramontato<sup>30</sup>, ma quello nuovo dell'autosufficienza economica è stato subito ridimensionato da una ben nota decisione di legittimità che, nel tentativo di un'impossibile mediazione, ha finito per affermare tutto e il contrario di tutto, in sostanza abdicando alla funzione nomofilattica e rimettendo la determinazione dell'assegno all'equità dei giudici del merito<sup>31</sup>. Ne consegue una significativa imprevedibilità delle decisioni e la scarsa funzionalità predittiva di quegli strumenti tecnologici che pure sono stati elaborati<sup>32</sup>, e che potrebbero essere impiegati anche a fini assicurativi.

diato, mantenendo la separazione come opzione distinta (parallela e non prodromica al divorzio) aperta a quanti per ragioni di coscienza il divorzio non vogliano: la separazione riacquisterebbe così una sua autonomia logica e giuridica, ed anche la diversa configurazione degli assegni tornerebbe ad essere giustificabile.

<sup>30</sup> Il vecchio criterio del tenore di vita matrimoniale è stato apertamente sconfessato in favore di quello dell'autosufficienza economica da Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 (caso *Grilli-Lowenstein*), in *Corr. giur.*, 2017, p. 885, con nota di E. QUADRI; in *Fam. e dir.*, 2017, p. 636, con note di E. AL MUREDEN e F. DANOVÌ; in *Giur. it.*, 2017, p. 1299, con nota di A. DI MAJO, e p. 1795, con nota di C. RIMINI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1001, con nota di U. ROMA; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859, con note di G. CASABURI, C. BONA e A. MONDINI.

<sup>31</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671, a proposito della quale si possono vedere anche i contributi raccolti in AA.VV., *L'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite tra continuità e cambiamento*, numero monografico 11 del 2018 di *Famiglia e diritto*; in D. BUZZELLI (a cura di), *Il nuovo assegno di divorzio. L'istituto dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, Pisa, 2019; nonché nel numero 1 del 2019 della rivista *Famiglia*.

<sup>32</sup> Se Montesquieu nel formulare la celebre immagine della "bouche de la loi" aveva parlato dei magistrati come di «*êtres inanimés*», e M. Weber parlava del giudice come "ein Paragraphen-Automat", oggi sono le diffuse illusioni sulla sostituzione del ragionamento giuridico con elaborazioni algoritmiche ad aver favorito il successo, anche sul piano commerciale, dei *softwares* programmati per quantificare gli assegni divorzili (cfr., ad esempio, [www.remidafamiglia.com/](http://www.remidafamiglia.com/)), ma ci sembra francamente arduo immaginare come tali meccanismi potranno funzionare a fronte dell'incertezza generata da quell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite su cui ci si siamo appena soffermati.

Per di piú, come si è già ricordato, le perduranti gravi incertezze circa la validità dei patti prematrimoniali rendono al momento impraticabile la via di una costruzione preventiva dei criteri di riferimento in via di autonomia negoziale. Da questo punto di vista, i possibili sviluppi cui si faceva cenno, verso un allentamento o un superamento del divieto degli accordi pre-crisi, assumerebbero un duplice rilievo ai nostri fini: eliminando ogni dubbio circa la validità della stessa assicurazione divorzile, anche se stipulata da ambo i coniugi congiuntamente, e rendendola praticabile concretamente da parte di soggetti che stipulino pure un vero e proprio accordo pre-crisi così da rendersi appetibili per un assicuratore posto in condizione di calcolare preventivamente l'ammontare delle conseguenze patrimoniali dell'eventuale crisi familiari. E, in effetti, non è improbabile che, come nel modello americano, sarebbe la stessa tipologia di coppie ad essere attratta da ambedue le opzioni e potrebbe dunque adeguatamente combinarle<sup>33</sup>.

La considerazione delle incerte funzioni attribuibili agli assegni divorzili può avere peraltro anche ulteriori riflessi sul nostro tema. I residui ancora presenti di una funzione sanzionatoria potrebbero al limite indurre a dubitare dell'assicurabilità della quota di assegni che eventualmente ad essa si riconnetta, dato che gli illeciti in discorso parrebbero configurabili nella gran parte dei casi come dolosi<sup>34</sup>. Con ben maggiore rilevanza pratica il medesimo argomento dovrebbe valere ad escludere anche l'assicurabilità di quella responsabilità endofamiliare, di matrice pretoria, che ha oggi assunto a livello effettivo tale funzione nell'ambito delle crisi coniugali<sup>35</sup>. Assicurabili

<sup>33</sup> Sul rapporto di complementarità fra *divorce insurance* e *prenuptial agreements* si vedano le osservazioni di G. OVERLAND, *o. c.*

<sup>34</sup> Si allude, naturalmente, alla fondamentale regola di cui agli artt. 1900 e 1917 c.c. (cfr. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, p. 78 ss., anche per ulteriori riferimenti). Invero, sembra piuttosto difficile configurare delle ipotesi di violazione colposa dei doveri familiari tali da rilevare ai fini della determinazione dell'assegno divorzile: in che cosa dovrebbe consistere, poniamo, un adulterio colposo?

<sup>35</sup> Appaiono ormai recessivi sia il rimedio dell'addebito della separazione ex art. 151 c.c. (che è, come noto, temibile solo per il coniuge economicamente piú debole) sia quello del riferimento in funzione sanzionatoria alle "ragioni della

resterebbero invece, secondo le regole generali, i danni da illeciti colposi rientranti in tale ambito, ove individuabili in concreto, ed *a fortiori* sarà assicurabile la quota di assegno riconducibile a quella funzione compensativa o perequativa su cui la recente giurisprudenza molto insiste, in quanto nemmeno di vera e propria responsabilità civile, e comunque certo non di dolo, si tratterebbe<sup>36</sup>. Senz'altro poi ci parrebbe assicurabile il vero nucleo dell'istituto dell'assegno, ovvero quanto riconducibile alla sua funzione assistenziale<sup>37</sup>. Invero, è proprio con riferimento a quest'ultima che l'ipotetica assicurazione divorzile italiana potrebbe giocare un ruolo di notevole rilievo generale.

A ben vedere, il vero substrato dell'annoso dibattito circa la funzione e la quantificazione dell'assegno divorzile ruota attorno all'alternativa se, a fronte di una situazione di debolezza economica di un ex coniuge cui si ritenga necessario porre rimedio in una logica solidaristica, di ciò debba farsi carico alla comparte, sulla base di precomprensioni indissolubilistiche e con esiti che possono risultare in concreto iniqui per il soggetto gravato, ovvero al *welfare* pubblico, considerando l'altro ex coniuge un estraneo sul quale non gravano obblighi diversi da quelli che incombono a qualsiasi membro della collettività, con esiti che rischierebbero però di essere molto pesanti per le pubbliche finanze<sup>38</sup>. Un'ulte-

decisione” nella determinazione dell'assegno divorzile ex art. 5, comma 6, della l. 898 del 1970 (e poi, oltretutto, tecnicamente la ragione della decisione è di solito il decorso del periodo di separazione, che non si presta certo a valutazioni del genere), mentre la responsabilità endofamiliare ha conosciuto un discreto successo nella prassi, soprattutto all'indomani dell'affermarsi, specie in punto di danno da adulterio, del discutibile orientamento inaugurato da Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Giur. it.*, 2012, p. 1540, con nota critica di M. RIZZUTI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno*.

<sup>36</sup> Questa funzione compensativa, su cui Cass., sez. un. 18287 del 2018 ha così tanto insistito, parrebbe semmai riconducibile alle coordinate concettuali dell'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., e non già al danno ingiusto ex art. 2043.

<sup>37</sup> La centralità e decisività del profilo assistenziale è stata recentemente ribadita da Cass., 7 ottobre 2019, n. 24934, in *www.altalex.com*.

<sup>38</sup> La problematicità dell'alternativa è ben emersa nella recente decisione del Trib. Frosinone, 18 febbraio 2020, in *www.studiocataldi.it*, in base alla quale se

riore possibilità, a ben vedere tutt'altro che anomala nella storia del nostro sistema di *welfare*, potrebbe però essere appunto, un po' come nell'apparente paradosso weberiano da cui siamo partiti, quella rappresentata da un'assicurazione sociale sul divorzio, che non gravi la fiscalità generale ma si finanzi con i premi versati in costanza di matrimonio, quando cioè un'obbligazione contributiva ha certamente più senso.

Un meccanismo del genere richiederebbe un qualche tipo di intervento pubblico di supporto. Si può arrivare ad ipotizzare che l'assicurazione in discorso sia resa obbligatoria per legge, come è stato di recente prospettato in Egitto allo scopo primario di apprestare una tutela efficace per le mogli ripudiate<sup>39</sup>, e così in un certo qual senso modernizzando alcuni paradigmi negoziali della tradizione giuridica islamica<sup>40</sup>. Da noi si potrebbe ragionare su un'assicu-

un ex coniuge è in possesso dei requisiti per accedere al reddito di cittadinanza di cui alla l. 29 marzo 2019, n. 26, allora il diritto all'assegno divorzile viene meno. A quanto consta si tratta della prima sentenza ad affrontare la questione, ma si può ragionevolmente supporre che non sarà l'ultima, ed occorre altresì considerare che il quadro degli interventi di *welfare* si potrebbe ulteriormente ampliare con l'ipotizzato reddito da emergenza pandemica, in un contesto drammatico che appare contrassegnato da una netta tendenza all'incremento dell'intervento assistenziale pubblico.

<sup>39</sup> Con riguardo all'elaborazione di tale proposta si veda *The Egyptian authorities to impose divorce insurance*, in *www.atlas-mag.net*, 20 agosto 2019.

<sup>40</sup> Si allude all'antico istituto del *mahr*, che costituisce un elemento essenziale del contratto matrimoniale islamico e consiste in un'attribuzione patrimoniale da parte del marito nei confronti della moglie, la cui prima quota viene versata al tempo delle nozze mentre la seconda, più consistente sul piano economico, è rinviata ad un momento successivo solitamente coincidente con lo scioglimento del matrimonio, di talché il meccanismo svolge la fondamentale funzione di compensare il potere maritale di ripudio e la sostanziale assenza in quel contesto di obblighi di solidarietà postconiugale: a siffatta stipulazione, comparabile con la controdote dei contratti nuziali del nostro diritto intermedio ma anche con i moderni *prenuptial agreements*, ci sembra dunque non irragionevole riconoscere anche una finalità di carattere *lato sensu* assicurativo. Si veda al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Patti prematrimoniali, divorzi privati e 'multiconiugalismo'*, in M. PALAZZO, S. LANDINI (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, cit., pp. 337-354.

razione sociale non imposta ma incentivata, analogamente a quanto accade ad esempio con la previdenza complementare, e quindi intervenire con agevolazioni ipotizzabili non soltanto sul piano fiscale ma anche al livello regolativo, per noi piú direttamente rilevante, quanto meno con normative che, da una parte, esplicitamente sottraggano gli schemi disciplinati all'operatività del divieto dei patti prematrimoniali e, dall'altra, sanciscano chiaramente la legittimazione dell'assicurazione a far valere l'eventuale simulazione della crisi familiare, magari precludendo cosí in ambo i casi a piú generali sviluppi.

## La valutazione di adeguatezza nelle polizze vita con finalità successorie

SOMMARIO: 1. Oneri valutativi del distributore nei contratti di assicurazione. Individuazione del problema. – 2. Strumenti di pianificazione ereditaria alternativi al testamento. – 3. L'assicurazione sulla vita: profili storici e sua progressiva rilevanza quale strumento negoziale di pianificazione successoria. – 4. Funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita e prime ricadute in ambito successorio: l'art. 1923 c.c. – 5. La presunta indifferenza dell'assicurazione sulla vita in favore di terzo rispetto alle regole successorie. – 6. L'interferenza delle regole successorie nella disciplina dell'assicurazione sulla vita in favore di terzo. – 7. Complessità del moderno mercato delle polizze vita e possibile compromissione delle finalità successorie. – 8. Conclusioni.

### 1. *Oneri valutativi del distributore nei contratti di assicurazione. Individuazione del problema*

Il recepimento della direttiva IDD nel nostro ordinamento avvenuto con d.lg. 21 maggio 2018, n. 68<sup>1</sup> ha fortemente modificato il quadro delle disposizioni che, all'interno del codice delle assicurazioni private, disciplinano gli oneri di condotta dei distributori dei prodotti assicurativi. Nel quadro emergente da tale riforma, appare rafforzato il ruolo “valutativo” che assumono i soggetti summenzionati nel momento in cui collocano contratti assicurativi all'interno del mercato<sup>2</sup>.

Ai distributori, come si vedrà, non viene assegnato un ruolo gri-

<sup>1</sup> S. LANDINI, *Distribuzione assicurativa da “IDD” al decreto attuativo passando per “EIOPA” e “IVASS”*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2018, p. 183 ss.; R. MORELLO, *Le nuove misure per l'innalzamento della qualità del servizio di distribuzione assicurativa*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1477 ss.

<sup>2</sup> V., per una prima ricostruzione, I. SABBATELLI, *Adeguatezza e regole di comportamento dopo il recepimento della direttiva IDD*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, p. 203 ss.

gio e neutro rispetto all'individuazione del prodotto assicurativo da mettere a disposizione della controparte ma agli stessi si chiede, con intensità diversa a seconda della tipologia di prodotto e delle caratteristiche del servizio distributivo, di partecipare alla realizzazione delle finalità assicurative del potenziale contraente accompagnandolo verso la scelta del prodotto maggiormente indicato.

Se all'art. 119 *ter* c.a.p. troviamo oggi compendiate le regole che sovrintendono sotto questo profilo alla distribuzione di prodotti assicurativi "classici"<sup>3</sup>, è al successivo art. 121 *septies* c.a.p. che si rinven- gono le disposizioni applicabili nel caso di distribuzione di prodotti di investimento assicurativi<sup>4</sup>. In entrambi i casi, pur utilizzando termini diversi, viene tarato l'onere del distributore di valutare la capacità del prodotto di realizzare gli interessi del potenziale cliente in funzione della presenza o meno di una previa attività di consulenza che, chia- mando il professionista ad effettuare una "raccomandazione persona- lizzata" al cliente, imporrà allo stesso di selezionare il prodotto assicu- rativo maggiormente adeguato al profilo del cliente<sup>5</sup>. Nelle ipotesi nelle quali la distribuzione avvenga senza la previa fornitura di un servizio di consulenza tali oneri valutativi si attenuano ma non scompaiono im- ponendo al distributore di valutare la "coerenza" del prodotto assicu- rativo "classico" con le richieste ed esigenze assicurative del potenziale cliente<sup>6</sup>, o "l'appropriatezza" del prodotto di investimento assicurativo rispetto agli obiettivi e le caratteristiche del cliente<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Cfr., sul punto, anche gli artt. 58 e 59 del Regolamento IVASS n. 40 del 2018.

<sup>4</sup> Su cui v., quanto dispone il Regolamento delegato UE 2017/2359.

<sup>5</sup> L'art. 119 *ter*, commi 3 e 4, c.a.p., prescrive che quando viene offerta una consulenza in relazione ai prodotti assicurativi "classici", il distributore dovrà avere cura di cui il prodotto assicurativo risulti essere "il più indicato" a soddisfare le esigenze del cliente mentre, nel caso in cui si tratti di una consulenza "indipendente" dovrà selezionare il contratto assicurativo che risulti "adeguato" a soddisfare le esigenze del cliente. In relazione ai pro- dotti di investimento assicurativi, invece, l'art. 121 *septies* c.a.p. che impone nei casi in cui si offra una consulenza o nei casi nei quali tale consulenza risulti obbligatoria di valutare l'adeguatezza del prodotto alle esigenze con particolare riferimento alla sua tolleranza al rischio ed alla sua capacità di sostenere le perdite.

<sup>6</sup> Art. 119 *ter*, comma 2, c.a.p.

<sup>7</sup> Art. 121 *septies*, comma 4, c.a.p.

Quello sommariamente descritto sembrerebbe, pur con le diverse sfumature che nel proseguo si approfondiranno, un obbligo di condotta rispetto al quale gli oneri informativi, pur previsti dalle stesse norme di settore<sup>8</sup>, sembrano del tutto ancillari e strumentali proprio a permettere all'intermediario di essere al corrente di tutti quei dati soggettivi che, a seconda della tipologia di prodotto assicurativo, possono permettere allo stesso di comprendere quali siano le esigenze della propria controparte. Non è un caso che l'ordinamento richieda al distributore di assumere informazioni distinte a seconda che il prodotto risulti inquadrabile nei contratti di assicurazione "classici" – dovendosi in questo caso concentrare su quelle che permettano l'individuazione delle esigenze assicurative del cliente<sup>9</sup> –, ovvero si tratti di prodotti di investimento assicurativi – in relazione ai quali si dovranno assumere, oltre alle precedenti, anche informazioni relative alla propensione al rischio ed alla capacità di sopportare perdite<sup>10</sup> –.

Sotto tale profilo, appare quindi evidente come si registri un passaggio da una tutela meramente formale consistente nella fornitura di informazioni chiare e trasparenti che presentano quale obiettivo quello di creare consapevolezza nel cliente<sup>11</sup>, ad una tutela sostanziale che responsabilizza ulteriormente gli intermediari richiamandoli non solo – e non tanto – ad assolvere gli adempimenti informativi, ma a fornire materialmente un prodotto assicurativo che sia conforme alle esigenze dell'assicurato<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cfr., quanto dispone l'attuale art. 119 *ter*, comma 1, c.a.p.

<sup>9</sup> V. art. 119 *ter*, comma 1, lett. a, c.a.p.

<sup>10</sup> Cfr., quanto dispone l'art. 121 *septies*, comma 2, c.a.p.

<sup>11</sup> Sulla trasparenza in ambito assicurativo, v. G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 411 ss.; ID., *Quando il segno diventa comando: la «trasparenza» dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim.*, 2003, p. 472 ss.; F. ROMEO, *Informazione e trasparenza nel «Codice delle assicurazioni private» (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, p. 796 ss.; E. GILI, *Regolamento Isvap n. 35 del 26 maggio 2010 sulla «trasparenza» dei prodotti assicurativi rami vita e danni*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 1375 ss.

<sup>12</sup> Emblematica in tal senso, la posizione già espressa da C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione*, in ID., *Il codice di commercio italiano*, V, Verona-Padova-Torino, 1883, p. 126, il quale evidenziava in maniera chiara la peculiarità

In questo senso, non può mancarsi di rilevare il fatto che la classica concezione della regolamentazione dei rapporti negoziali all'interno di mercati tanto complessi abbia mostrato serissimi punti di criticità fondandosi sull'assunto per cui il cliente, una volta informato, acquisti consapevolezza circa la natura e le caratteristiche di un prodotto (assicurativo o finanziario) e, per tal via, sia pienamente capace di scegliere autonomamente quello maggiormente confacente alle proprie esigenze<sup>13</sup>. L'esperienza ha dimostrato che, sovente, i prodotti negoziati in tali mercati sono tendenzialmente incomprensibili alla maggior parte dei contraenti anche previo corretto adempimento degli oneri informativi previsti dalla legge. In tali ambiti, quindi, affidare la tutela del cliente alla mera informazione – per quanto corretta,

del contratto di assicurazione rispetto agli altri contratti. Questo, infatti, impone al cliente di riporre estrema fiducia nella propria controparte data la sua incapacità a percepire e monetizzare un rischio il cui avveramento risulta astrattamente prevedibile anche a distanza di molto tempo.

<sup>13</sup> In questo senso, in maniera estremamente efficace, V. RIZZO, *Itinerario e nuove vicende della trasparenza (con particolare riguardo ai contratti del consumatore)*, in *Le Corti Umbre*, 2016, p. 100, il quale afferma come «nel cogliere il rapporto tra trasparenza ed equità (o non iniquità del contratto) si deve riconoscere, come adombrato in apertura, il valore strumentale della prima rispetto alla seconda, soprattutto laddove si proponesse una concezione restrittiva della stessa, ritenendola operante solo in una prospettiva formale e procedimentale. A poco servirebbe infatti la trasparenza, o non sarebbe sicuramente un adeguato strumento di protezione del consumatore e del contraente debole, se poi questi fosse costretto, pur essendone venuto a conoscenza, a subire un regolamento contrattuale iniquo senza avere la possibilità di proteggersi rispetto a questa iniquità, senza poter utilizzare strumenti più penetranti ed efficaci idonei ad incidere direttamente sull'equilibrio contrattuale». Lo stesso Autore, nei suoi approfonditi studi sul principio di trasparenza, ha sempre coerentemente profuso particolare attenzione verso l'esigenza di concretizzare tale principio, astratto e dai contorni poco definiti, in regole e rimedi in grado di predisporre una concreta tutela sostanziale del contraente debole. In questo senso, v. V. RIZZO, *Forma e interpretazione. Art. 1469 quater c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1176 ss.; ID., *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 1997, p. 85 ss.; ID., *Il principio di trasparenza*, Relazione tenuta al Convegno dal titolo *La banca-assicurazione*, Firenze, 2 e 3 febbraio 2017, i cui atti sono in corso di pubblicazione. Sul punto, anche se con riferimento all'art. 1370 c.c. ed al principio del clare loqui, si vedano pure le precedenti riflessioni dello stesso Autore in *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, p. 360 ss.

chiara e comprensibile – si concretizza nel garantire una protezione meramente apparente e, in quanto tale, non idonea<sup>14</sup>.

Il potenziamento degli oneri valutativi sfugge, in parte, a tale paradigma imponendo all'intermediario di concentrarsi non tanto su ciò che lo stesso deve "dire" al cliente quanto, piuttosto, su ciò che questi deve "dare" alla propria controparte<sup>15</sup>.

Tale cambio di prospettiva determina, in primo luogo, un importante mutamento sotto il profilo soggettivo dal momento che colui che è chiamato ad individuare quale sia il prodotto conforme alle esigenze del cliente non è più solo ed esclusivamente il destinatario ultimo del mercato quanto, piuttosto, il soggetto che distribuisce un determinato prodotto. Tale ultimo soggetto è obbligato a filtrare la propria offerta in modo da ridurre il paniere dei potenziali prodotti astrattamente vendibili al singolo cliente ai soli (o al solo) che risultino in linea con le sue esigenze.

Si passa così da un mercato nel quale è il cliente/consumatore l'artefice delle proprie scelte ad uno nel quale tali scelte, pur sempre presenti ed autonomamente effettuate, sono però fortemente condizionate da valutazioni che sovente si svolgono al di fuori della portata di colui che rimarrà poi vincolato dalla conclusione del contratto. Ciò implica, inevitabilmente, non solo la necessità per il distributore di conoscere in maniera dettagliata le esigenze assicurative e le finalità che il cliente intende realizzare attraverso la sottoscrizione di una polizza, ma anche la capacità di comprendere il funzionamento del prodotto offerto in modo da poter stabilire quella necessaria connessione fra caratteristiche del prodotto, da un lato, ed esigenze e necessità dell'assicurato, dall'altro.

Tale dato presenta non poche peculiarità quando il distributore entri in contatto con un cliente che, attraverso un prodotto assicurativo del ramo vita, manifesti la necessità di pianificare la propria

<sup>14</sup> Sul punto, R. NATOLI, *Il contratto adeguato*, Milano, 2012, p. 49 ss. Sia concesso, su tali profili, anche il rinvio a G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 992 ss.

<sup>15</sup> In questo senso, F. MOLITERNI, *Art. 120*, in F. CAPRIGLIONE, *Il codice delle assicurazioni private*, II, Padova, 2007, p. 167.

successione poiché richiede al professionista non solo di valutare la capacità del prodotto di realizzare la finalità in parola<sup>16</sup>, ma anche di comprendere come le regole assicurative si intreccino con le specifiche esigenze successorie del destinatario del prodotto. Una errata valutazione dei suddetti dati, infatti, potrebbe compromettere la capacità del prodotto oggetto di distribuzione di realizzare gli obiettivi del cliente.

## 2. *Strumenti di pianificazione ereditaria alternativi al testamento*

Il ricorso sempre più massiccio a nuovi strumenti negoziali di pianificazione ereditaria, trova una sua giustificazione pratica nel fatto che il diritto delle successioni in Italia, ed in generale in tutti i Paesi di *civil law*, appare affetto da una rigidità che lo rende per molti aspetti inattuale. Le nuove esigenze di pianificazione ereditaria imposte da una società non più radicalmente incentrata sulla conservazione del patrimonio familiare, determinano una costante tensione verso una maggiore apertura all'esigenza di riconoscere alla volontà del disponente una più ampia possibilità pianificatoria. Questa, infatti, si scontra spesso con il limite, a volte molto angusto, del testamento quale atto tipico ed esclusivo di disposizione del proprio patrimonio per il tempo successivo alla propria morte.

Alla tipicità del testamento quale unico strumento di disposizione *mortis causa*, fa da sostegno la nullità prevista per i c.d. patti successori di cui all'art. 458 c.c. nelle tre distinte forme di patti successori dispositivi, rinunciativi o istitutivi<sup>17</sup>. A tali preclusioni si aggiungano

<sup>16</sup> Si pensi, ad esempio, alla cautela che probabilmente si dovrebbe avere nell'assegnare finalità di pianificazione successoria a polizze vita del ramo III che non garantiscano un rendimento minimo le quali potrebbero risultare incompatibili con l'obiettivo di assegnare con certezza una quota del proprio patrimonio ad un certo soggetto. Sul punto v. *infra*.

<sup>17</sup> Su tali profili, diffusamente, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 37 ss.; ID., *Atto mortis causa*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 232 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1959, p. 45 ss.; M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, *passim*; A.

le limitazioni alla libertà di disporre in vita dei propri beni a titolo di liberalità o per testamento in tutti i casi in cui vi siano eredi legittimari o necessari ai quali deve obbligatoriamente spettare una quota del patrimonio del *de cuius*.

Nonostante il quadro brevemente descritto sembrerebbe impedire qualunque possibilità di pianificare in vita le sorti che il proprio patrimonio dovrà subire nel momento successivo alla propria morte, si registra una forte tendenza ad elaborare soluzioni negoziali che, pur con le dovute precisazioni e pur imponendo un difficile compito di mediazione fra principi di diritto successorio e regole di diritto dei contratti, forzano le rigide maglie del diritto delle successioni *mortis causa* per garantire al disponente la possibilità di pianificare in maniera più adeguata e corrispondente alle proprie esigenze, il trasferimento intergenerazionale delle proprie ricchezze<sup>18</sup>.

Se in alcune circostanze è stato lo stesso legislatore a disciplinare ipotesi specifiche di atti *inter vivos* con chiara finalità successoria - come, ad esempio, la disciplina dei patti di famiglia per il trasferimento dell'impresa<sup>19</sup> - nella grande maggioranza delle circostanze pratiche

PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, *passim*; A. LEPRI, *Patto successorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 95; F. PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, *passim*; M. COSTANZA, *Negoziato mortis causa o post mortem*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 956 ss.; V. PUTORTI, *Promesse post mortem e patti successori*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 789 ss.; C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successori*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Successioni e donazioni*, I, Padova, 1994, p. 25 ss.; ID., *Patti successori: il sottile confine tra nullità e validità negoziale*, in *Notariato*, 1995, p. 554 ss.; I. ANTONINI, *Il divieto dei patti successori*, in *Studium juris*, Milano, 1996, p. 601 ss.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1997, p. 99 ss.; C. CICERO, *Liberalità imputabili alla legittima e divieto di patti successori*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 467 ss.; V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, *passim*; M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in AA. VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglia e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguiuele*, Mantova, 2017, II, p. 187 ss.

<sup>18</sup> V., sul punto, M. IEVA, *Fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 36 ss.

<sup>19</sup> Tale istituto è stato introdotto con la l. 14 febbraio 2006, n. 55 che ha novellato il codice civile introducendo il Capo V-bis al Titolo IV del Libro II del codice. In dottrina, v. M. AVAGLIANO, *Patti di famiglia e impresa*, in *Riv. not.*,

è toccato alla dottrina ed alla giurisprudenza il compito di tentare una sistematizzazione dei negozi alternativi al testamento che la creatività dei contraenti ha progressivamente creato<sup>20</sup>.

La dottrina ha sul punto coniato la definizione di atto *post mortem* a voler indicare tutti quei contratti *inter vivos* che hanno però la caratteristica di produrre parte dei loro effetti – a volte estremamente significativi – solo dopo la morte del disponente aprendo così le porte alla possibilità di posticipare la realizzazione degli effetti negoziali ad un momento successivo alla propria morte<sup>21</sup>.

Obiiettivo delle presenti riflessioni è quello di collocare il contratto di assicurazione sulla vita (soprattutto quella per causa di morte) all'interno del quadro normativo sopra brevemente delineato.

### 3. *L'assicurazione sulla vita: profili storici e sua progressiva rilevanza quale strumento negoziale di pianificazione successoria*

Non può tacersi, in primo luogo, la fortissima e rapida evoluzione che ha subito il diritto delle assicurazioni nelle moderne economie. Va infatti segnalato come il contratto di assicurazione sia nato, nella sua originaria conformazione, come negozio riservato all'impresa

Milano, 2007, p. 1 ss.; G. VIDIRI, *I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1903 ss.

<sup>20</sup> Cfr., A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare* “, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, p. 17 ss.; ID., *Declino dei patti successori, alternative testamentarie e centralità del testamento*, in *Jus*, 1997, p. 289 ss.

<sup>21</sup> Sintetizza in maniera estremamente chiara la categoria in parola A. PALAZZO, *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella dottrina civilistica del secondo dopoguerra*, in AA. VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, II, t. 2, p. 656 ss. Su tale profilo v., pure, F. MAGLIULO, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. not.*, 1992, p. 1411 ss.; M. IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in P. RESCIGNO (a cura di), cit., p. 53 ss.; F. RUSCELLO, *Successione «mortis causa» e fenomeni «parasuccessori»*, in *Vita not.*, 1998, p. 70 ss.; V. BARBA, *Negozi post mortem ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina del legittimari: la riduzione delle liberalità indirette*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, p. 49 ss.

e fondamentalmente orientato a mitigare o eliminare i rischi propri delle attività produttive. È questa la ragione per cui nelle prime codificazioni compare esclusivamente il contratto di assicurazione contro i danni (si trattava ovviamente dei danni derivanti dai rischi propri del commercio) e viene disciplinato in disposizioni espressamente dedicate alla regolamentazione di rapporti di tipo commerciale. Non è un caso che nell'ordinamento italiano la prima regolamentazione moderna del contratto di assicurazione appare nel Codice di commercio del 1865 per poi essere traspunta all'interno del «nuovo» Codice di commercio del 1883 nel quale, peraltro, compare per la prima volta una disciplina estremamente sintetica ed embrionale del contratto di assicurazione sulla vita. È solo con l'unificazione del Codice di commercio e del Codice civile, avvenuta come noto nel 1942, che la disciplina del contratto di assicurazione si «civilizza»<sup>22</sup>.

Ciò ha determinato, in primo luogo, la fuoriuscita del contratto di assicurazione dagli ambienti meramente commerciali per assegnargli anche la possibilità di far fronte alle esigenze dei privati<sup>23</sup> e, dall'altro, un ricorso sempre più frequente ai contratti di assicurazione sulla vita per fronteggiare le esigenze più disparate<sup>24</sup>.

La definizione unitaria e la comune matrice aleatoria, infatti, non deve far perdere di vista le profonde differenze intercorrenti fra contratto di assicurazione danni e vita già in relazione alla funzione che gli stessi assolvono: indennitaria i primi e previdenziale i secondi.

<sup>22</sup> L. BUTTARO, *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 345 ss.; ID.: *Assicurazione sulla vita*, *ibidem*, p. 611 ss.; T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in ID. (a cura di), *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 408 ss.; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1973, p. 467 ss.; G. COTTINO, *L'assicurazione tra passato e presente*, in AA. VV., *L'assicurazione, l'impresa e il contratto*, Padova, 2001, p. 7; S. LANDINI, *Art. 1882*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, V, Torino, 2011, p. 39. Per qualche ulteriore considerazione, sia concesso il rinvio a G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina del contratto di assicurazione in Italia: profili di attualità*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2016, p. 177 ss.

<sup>23</sup> A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione (Disposizioni generali)*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Milano, 2012, p. 23 ss.

<sup>24</sup> F. PECCENINI, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2011, p. 1 ss.; C.F. GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni*, Torino, 2011, p. 169.

Come si avrà modo di apprezzare a breve, proprio tale finalità previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita giustifica alcune disposizioni del codice civile che pongono in diretta relazione tale contratto con le finalità successorie. La dottrina ha sul punto fatto notare come il contratto di assicurazione sulla vita, nelle ipotesi nelle quali preveda l'individuazione di un terzo beneficiario, sia stata una delle cause che hanno determinato la perdita di centralità del testamento quale fonte di regolamentazione degli aspetti successori<sup>25</sup>.

Lo schema assicurativo, infatti, permette in tal modo di determinare l'attribuzione di una somma di denaro ad un soggetto dopo la propria morte interponendo un'entità terza (l'impresa di assicurazione) che, per effetto della morte dell'assicurato, vede sorgere l'obbligo di pagare una rendita o un capitale al beneficiario. Una «successione» indiretta dal momento che la somma di denaro pagata dall'assicurazione in favore del beneficiario non è mai entrata nel patrimonio dell'assicurato dal quale, però, sono fuoriusciti i premi pagati in vita al fine di garantire la futura erogazione della prestazione<sup>26</sup>.

#### 4. *Funzione previdenziale del contratto di assicurazione sulla vita e prime ricadute in ambito successorio: l'art. 1923 c.c.*

Al fine di inquadrare correttamente la problematica, giova ricordare come l'elemento che caratterizza l'assicurazione sulla vita è quello di vincolare una risorsa attuale e certa (il premio) destinandola in maniera esclusiva all'esigenza di fronteggiare una situazione che verrà ad esistere quanto e se si dovesse avverare quel fatto futuro e incerto<sup>27</sup> che, all'interno di un negozio aleatorio, inciderà sull'*an e/o*

<sup>25</sup> Così, S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in AA. VV., *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 19.

<sup>26</sup> In questi termini si esprime, G. ROJAS ELGUETA, *Evoluzione del diritto delle assicurazioni e rapporti con il diritto delle successioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 419.

<sup>27</sup> È evidente come, nelle circostanze nelle quali il fatto che determina il sorgere dell'obbligazione dell'assicurazione non dovesse verificarsi, il soggetto assicurato non avrebbe diritto ad alcuna prestazione. Il profilo è evidenziato in dottrina al fine di marcare la distinzione fra atti di puro risparmio e contrat-

sul *quantum* della prestazione assicurativa (rendita o capitale)<sup>28</sup>. Ciò prescinde dal fatto che tale bisogno previdenziale si ponga in capo all'assicurato/contraente o ad un terzo (beneficiario), come pure non sembra incidere sulla conformazione causale del contratto il fatto che l'evento futuro ed incerto dal quale dipende il sorgere del bisogno da fronteggiare riguardi lo stesso contraente (che assume la doppia veste di contraente/assicurato) o riguardi invece un terzo realizzando la scissione soggettiva fra colui che stipula la polizza (contraente) e colui che, invece, è portatore del rischio assicurato. Ancóra, tale connotazione previdenziale delle polizze vita appare del tutto compatibile con le ragioni piú disparate che il contraente vuole realizzare attraverso il negozio in parola la cui natura può quindi convivere con lo scopo di porre in essere una liberalità indiretta (cosa che può verificarsi in tutte le circostanze nelle quali si individui un terzo beneficiario)<sup>29</sup> o con ragioni di pianificazione successoria (cosa che può verificarsi nelle polizze vita per causa di morte)<sup>30</sup>.

Va però segnalato come una parte minoritaria - ma autorevole - della dottrina contrasta tale affermazione, e giustifica la propria posizione riscontrando che le finalità previdenziali attribuite alle polizze vita non emergono assolutamente dal tessuto del codice civile che, al contrario, è del tutto neutra rispetto alle funzioni perseguite. Queste potranno sicuramente essere previdenziali ma non dovranno necessariamente essere tali perché il regolamento negoziale possa essere attratto all'interno del *genus* contratto di assicurazione<sup>31</sup>.

to di assicurazione. Cfr., G. CASTELLANO, *Assicurazione vita e fondi comuni di investimento: profili giuridici*, in *Assicurazioni*, 1983, p. 676; A. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, p. 218 s.

<sup>28</sup> V., P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 90 s.

<sup>29</sup> La compatibilità fra fenomeno assicurativo e liberalità è resa palese dal disposto dell'art. 1922, comma 2, c.c. che prevede che, nei casi in cui una designazione del beneficiario che sia irrevocabile viene fatta a titolo di liberalità, la stessa può essere revocata nei casi disciplinati dall'art. 800 c.c.

<sup>30</sup> Carattere previdenziale che, come noto, sarebbe il fondamento che giustifica il privilegio dell'impignorabilità ed insequestrabilità delle somme dovute dall'assicuratore al beneficiario ai sensi dell'art. 1923 c.c.

<sup>31</sup> G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice*

Proprio la natura previdenziale delle polizze vita fonda, secondo la dottrina maggioritaria, la previsione di cui all'art. 1923 c.c. che, mentre al primo comma, impedisce che la somma dovuta dall'assicurazione al beneficiario possa essere oggetto di azioni esecutive o cautelari, nel secondo comma fa salva la possibilità di agire con le azioni di revocazione, collazione, imputazione o riduzione delle donazioni solo però rispetto ai premi pagati dall'assicurato e non in relazione alla prestazione assicurativa che l'impresa di assicurazione deve corrispondere al beneficiario<sup>32</sup>.

Tale ultimo risultato, che ha forti ricadute in termini successori ed incide sulle azioni che eventuali eredi pregiudicati possono esperire, si giustifica per il fatto che il beneficiario di un'assicurazione sulla vita acquista un diritto personale alla prestazione assicurativa fin dall'origine (art. 1920, comma 3, c.c.) e, cioè, dal momento in cui l'assicurato ha stipulato il contratto. La prestazione che lo stesso riceve, quindi, ha origine nel contratto di assicurazione e non ha nulla a che vedere con il patrimonio del *de cuius* il quale, infatti, non entra mai nella titolarità del diritto alla prestazione assicurativa<sup>33</sup>.

#### 5. *La presunta indifferenza dell'assicurazione sulla vita in favore di terzo rispetto alle regole successorie*

Le considerazioni sopra svolte presentano una doppia rilevanza sul piano successorio. In primo luogo, come detto, il beneficiario acquista *iure proprio* il diritto alla prestazione assicurativa rendendo tale somma di denaro del tutto estranea alla vicenda successoria. Il fatto che la stessa non risulti aggredibile da eventuali creditori (art. 1923,

*civile*, in *Assicurazioni*, 2012, p. 407 s.

<sup>32</sup> A. LA TORRE, ANTONIO, *L'assicurazione sulla vita «a favore degli eredi»*, in *Assicurazioni*, 1996, II, p. 94; A. ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, II, p. 919 ss. In giurisprudenza, Trib. Avellino, 5 dicembre 2017, in *DeJure on line*.

<sup>33</sup> S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo*, in AA. VV., *Diritto privato*, IV, Padova, 1998, p. 199. Da ult., in giurisprudenza, Cass., 15 ottobre 2018, n. 25635, in *dirittobancario.it*.

comma 1, c.c.) e che solo i premi pagati dall'assicurato possano essere oggetto di azioni da parte degli eredi, ha portato la giurisprudenza ad affermare l'impossibilità per gli eredi che non siano beneficiari della polizza di conoscere l'identità del beneficiario. La ragione di tale decisione va rintracciata, come detto, nella totale indifferenza della somma dovuta a titolo di prestazione assicurativa rispetto all'asse ereditario<sup>34</sup>.

A tale problematica di carattere generale, si somma quella più specifica derivante dalle ipotesi nelle quali la designazione del beneficiario o dei beneficiari avvenga non attraverso l'indicazione del nominativo degli stessi ma attraverso la formula generica – e densa di insidie – che porta ad individuarli *per relationem* con la locuzione «a favore dei miei eredi».

Va in primo luogo ribadito come tale eventualità non determina il mutamento della natura dell'attribuzione che è e rimane *inter vivos*. Tutto ciò è vero anche nel caso in cui la designazione dei beneficiari da parte dell'assicurato avvenga con testamento (art. 1920, comma 2, c.c.). La designazione testamentaria dei beneficiari non è un atto di attribuzione *mortis causa* di una parte del patrimonio del *de cuius* ma assume esclusivamente la funzione di individuare i soggetti creditori di una somma che non è mai entrata nel patrimonio del *de cuius* e che, al contrario, viene acquisita *iure proprio* dal beneficiario<sup>35</sup>. Tale dato ha fatto propendere parte della dottrina per la necessità di interpretare tale designazione nel senso di riconoscere il diritto alla prestazione a coloro che risultino essere chiamati all'eredità e non, invece, esclusivamente a coloro che abbiano accettato l'eredità<sup>36</sup>.

Nonostante la discutibilità di tale posizione – risultando evidente

<sup>34</sup> Cass., 8 settembre 2015, n. 17790, in *Dejure online*. Se sotto un profilo generale tale posizione non sembra generare particolari problematiche, la stessa potrebbe esporre gli eredi legittimari ad un possibile pregiudizio in tutte le circostanze in cui volessero agire con una azione di riduzione avente ad oggetto i premi pagati in vita da parte dell'assicurato. Su tale problematica, in generale, v. M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, p. 926 ss.

<sup>35</sup> COSÌ, A. LA TORRE, *L'assicurazione sulla vita «a favore degli eredi»*, cit., p. 95 ss.

<sup>36</sup> COSÌ, G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione sulla vita, disposizioni a causa di morte e atti di liberalità* “, in AA. VV., *Studi in memoria di G. Gorla*, III, Mila-

che la qualità di «erede» si acquisti con l'accettazione – sollevata da una parte della dottrina<sup>37</sup>, la stessa giurisprudenza sembra orientata nel senso suddetto, svincolando il diritto alla prestazione assicurativa dal fatto di accettare l'eredità e vincolandolo, invece, alla qualità di chiamato all'eredità tanto che avvenga per testamento o *ab intestato*<sup>38</sup>. Sotto tale profilo, la giurisprudenza si spinge ancora oltre riconoscendo la qualità di beneficiario anche ad «eredi» meramente potenziali che mai assumeranno neanche la qualità di chiamati all'eredità.

Le conseguenze di tale impostazione si lasciano apprezzare sotto un profilo pratico in un caso deciso da parte della Corte di Cassazione nel quale l'assicurato aveva individuato nel contratto di assicurazione i propri beneficiari con la formula «i miei eredi legittimi». Nel caso di specie, l'assicurato – senza revocare tacitamente la designazione dei beneficiari – aveva successivamente redatto testamento nel quale nominava come propria erede universale la moglie alla quale lasciava l'intero suo patrimonio. Alla morte dell'assicurato, l'impresa di assicurazione esegue la propria prestazione in favore degli eredi legittimi nonostante, per effetto del testamento, non si aprì neanche una successione legittima ma solo ed esclusivamente quella testamentaria con la chiamata ereditaria di coloro che, all'interno del testamento, erano stati nominati quali eredi. Nel confermare la correttezza dell'operato della compagnia assicurativa – e rigettando il ricorso proposto dalla moglie dell'assicurato che pretendeva l'intera somma e non voleva concorrere con gli altri eredi legittimi – la Corte di Cassazione ha fatto applicazione proprio dei principi sopra riportati: l'individuazione *per relationem* dei beneficiari della polizza in coloro che risultano essere eredi rappresenta solo ed esclusivamente la modalità di individuazione dei creditori di una somma che i beneficiari

no, 1994, p. 2108; A. MORA, *Il beneficiario dell'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, in *Resp. civ. prev.*, Milano, 1998, p. 338

<sup>37</sup> S. LANDINI, *La situazione giuridica del beneficiario nell'assicurazione sulla vita a favore di terzo*, cit., p. 225.

<sup>38</sup> Trib. Lamezia Terme, 24 luglio 1978, in *Assicurazioni*, 1980, II, p. 27; Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 336, con nota di A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Ulteriori precisazioni in tema di designazione di beneficiario nell'assicurazione vita*; Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1734; Trib. Lucera, 7 febbraio 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 1610.

acquistano *iure proprio* in maniera del tutto svincolata dall'effettivo acquisto della qualità di erede. Secondo la Cassazione i beneficiari della polizza saranno coloro che risultino in astratto «eredi legittimi» dell'assicurato al momento della sua morte anche se gli stessi (o parte di essi), per effetto del testamento, non saranno mai chiamati all'eredità<sup>39</sup>.

#### 6. *L'interferenza delle regole successorie nella disciplina dell'assicurazione sulla vita in favore di terzo*

Le insidie che si celano dietro l'individuazione del beneficiario attraverso la formula generica «in favore dei miei eredi» non si fermano però qui rendendo evidente, nonostante la presunta impermeabilità del contratto di assicurazione rispetto alle norme successorie, come in realtà si rinvergono elementi di contatto fra i due complessi normativi.

Il primo profilo è quello che riguarda i casi nei quali il beneficiario della polizza premuoia all'assicurato. Sotto tale profilo, in particolare, se risulta scontato il fatto che la prestazione dovrà essere eseguita nei confronti degli eredi del beneficiario premorto<sup>40</sup>, si è posto però il problema di comprendere se operi o meno l'istituto successorio della rappresentazione - che vedrebbe succedere gli eredi del beneficiario premorto nella posizione successoria dello stesso - ovvero se la premorienza faccia assumere l'autonoma qualità di beneficiario agli eredi del soggetto premorto<sup>41</sup>.

Il secondo profilo è quello che deriva dalla necessità di compren-

<sup>39</sup> Cass., 21 dicembre 2016, n. 26606, in *DeJure on line*. Tale posizione è stata poi confermata da Cass., 15 ottobre 2018, n. 26635, *ivi*. *Contra*, però, una risalente dottrina: A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1954, p. 70.

<sup>40</sup> Si applica l'art. 1412, comma 2, c.c. che, nel contratto in favore di terzo, così dispone «purché il beneficiario non sia stato revocato o lo stipulante non abbia disposto diversamente».

<sup>41</sup> Sul punto, v. M. STRI, *La premorienza del beneficiario nelle assicurazioni vita*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 620. Non va infatti dimenticato che, in caso di premorienza, i chiamati all'eredità saranno gli eredi del soggetto premorto

dere se l'individuazione dei beneficiari in funzione della loro qualità di eredi, si limiti ad individuare esclusivamente i soggetti beneficiari o se, in aggiunta, tali designazioni influiscono anche sulla «quota» che spetti a ciascun beneficiario da individuare, nel caso, in funzione della quota ereditaria che, in astratto, gli spetterebbe.

Seguendo l'impostazione tradizionale che afferma la completa indifferenza del contratto di assicurazione rispetto alle vicende successive, si dovrebbe argomentare nel senso che non dovrebbe operare né l'istituto della rappresentazione, né la ripartizione in quote ereditarie della prestazione dovuta dall'impresa di assicurazione in favore dei beneficiari.

La rigidità dell'impostazione che afferma l'indifferenza della polizza rispetto alle regole successive, ribadita anche dalla giurisprudenza più risalente con pluralità di toni<sup>42</sup>, è stata però oggetto di un profondo cambio di impostazione che rimette in discussione molte delle problematiche che avevano trovato una soluzione sedimentata<sup>43</sup>.

Il caso sottoposto alla Cassazione riguardava una polizza vita che individuava come beneficiari «gli eredi testamentari o legittimi» dello stipulante. Lo stipulante muore *ab intestato* lasciando quali eredi la moglie e una sorella che, però, era premorta. La sorella premorta aveva a sua volta due figli. Alla morte del contraente l'assicurazione liquida il capitale alla moglie ed ai nipoti (figli della sorella premorta) per la quota di un terzo ciascuno. Le sentenze di merito, confermano la correttezza dell'operato dell'assicurazione dal momento che, rifacendosi alla consolidata posizione giurisprudenziale, la designazione degli eredi quali beneficiari ha il mero scopo di individuare i soggetti creditori della prestazione assicurativa la quale, in difetto di più specifiche indicazioni, dovrà essere ripartita in parti uguali fra i beneficiari. Il ragionamento fatto dalle corti di merito, cioè, era il seguente: eredi

che, se è vero che subentrano nella posizione dell'erede originario, è altrettanto verso che acquistano la qualità di erede.

<sup>42</sup> Cass., 10 novembre 1994, n. 9388, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 1220; Cass., 23 marzo 2006, n. 6531, cit.; Trib. Palermo, 22 gennaio 2003, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 825; Trib. Roma, 18 marzo 2004, in *Dir. giust.*, 2005, p. 19; Trib. Siena, 1 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1337.

<sup>43</sup> Cass., 29 settembre 2015, n. 19210, in *Dejure online*.

dell'assicurato erano la moglie e la sorella che, essendo premorta, lasciava quali beneficiari i suoi due figli. I beneficiari, dunque, erano tre che concorrevano in parti uguali.

La Cassazione accoglie in pieno il ricorso della moglie riformando integralmente le precedenti sentenze di merito rilevando, in primo luogo, che i nipoti nel caso di specie non erano qualificabili eredi dell'assicurato che, alla sua morte, aveva lasciato esclusivamente la moglie e la sorella premorta. Da ciò deriva che la prestazione assicurativa doveva essere divisa fra tali due soggetti ed ai nipoti del defunto sarebbe spettata, per rappresentazione, la quota ideale – ripartita in parti uguali – che si sarebbe dovuta devolvere alla propria madre premorta. La stessa, infatti, non può certo lasciare ai propri eredi più di quanto è nel suo patrimonio.

Sotto tale profilo la dottrina ha evidenziato come tale ricostruzione dovrebbe essere il risultato scontato al quale si perviene interpretando ragionevolmente i fatti oggetto del giudizio stante la volontà dell'assicurato di individuare i beneficiari nella figura dei «propri eredi» e non degli eredi altrui<sup>44</sup>.

Se sotto tale profilo si registra una prima apertura ermeneutica verso le regole successorie, è in relazione al secondo aspetto trattato che si lascia particolarmente apprezzare la sentenza menzionata per aver fortemente innovato il quadro interpretativo fino ad allora vigente<sup>45</sup>. Si afferma, infatti, che il riferimento generico agli «eredi» non può essere considerato come mera individuazione dei soggetti beneficiari ma va interpretato anche quale parametro per l'individuazione delle quote spettanti ai diversi beneficiari/eredi – che seguirà le quote previste dalla legge o, ove risulti un testamento, quelle ivi indicate –. Nel caso di specie, quindi, siccome gli eredi lasciati dall'assicurato erano la moglie e la sorella premorta, in base all'art. 582 c.c., la pre-

<sup>44</sup> In questo senso, D. CERINI, *I diritti dei beneficiari nell'assicurazione vita: tra volontà del contraente e successione*, in *Danno resp.*, 2016, p. 736 ss.

<sup>45</sup> In giurisprudenza, fra le altre già citate, Cass., 10 novembre 1994, n. 9388, cit.; Cass., 14 maggio 1996, n. 4484, cit. In dottrina, V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 396; A.D. CANDIAN, A. POLOTTI DI ZUMAGLIA e M. SANTARONI, *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, p. 20.

stazione assicurativa andava adempiuta per due terzi in favore della moglie e per un terzo in favore della sorella (quota, quest'ultima, da dividere poi, per rappresentazione, fra i figli lasciati dalla beneficiaria).

Tale orientamento, però, non incide sulla natura dell'attribuzione che è, e rimane, *inter vivos*. I beneficiari, individuati come eredi, acquisteranno *iure proprio* il diritto alla prestazione assicurativa quantificata in funzione della loro ideale quota ereditaria<sup>46</sup>. Il risultato è infatti il frutto della ricostruzione interpretativa della volontà del contraente/assicurato espressa da quest'ultimo nel contratto di assicurazione. Si tratta cioè di ricostruire la volontà del contraente che, nell'individuare i beneficiari della polizza nei suoi eredi, avrebbe fatto implicitamente riferimento – sotto il profilo quantitativo –, alle quote agli stessi spettanti sull'eventuale asse ereditario<sup>47</sup>.

Ciò risulta chiaro anche dall'analisi delle successive sentenze di merito che fanno applicazione di tale principio. Così, ad esempio, in un caso recentemente deciso<sup>48</sup> è emersa l'esigenza di non confondere il piano successorio con quello dell'attribuzione ai beneficiari – individuati, in quel caso, negli eredi testamentari dell'assicurato –, della prestazione assicurativa. L'assicurato, infatti, aveva lasciato un testamento dove nominava eredi due soggetti lasciando però ad uno tutto il suo patrimonio immobiliare ed, all'altro, tutto il suo patrimonio mobiliare. Alla morte dell'assicurato, l'assicurazione liquida il capitale in parti uguali fra i due beneficiari. L'erede al quale spettava il patrimonio mobiliare agisce in giudizio pretendendo di ottenere l'intera prestazione assicurativa risultando chiara dal testamento la volontà del *de cuius* di lasciare a lui tutti i beni mobili. Nel respingere tale pretesa il Tribunale evidenzia come la prestazione assicurativa non

<sup>46</sup> C. CICERO, *La generica designazione degli eredi nelle polizze vita: profili di interferenza fra criteri di esegesi del contratto e regole successorie*, in *Riv. not.*, 2017, p. 529 ss.

<sup>47</sup> Sul punto, v. J. BASSI, *L'acquisto di un diritto iure proprio non comporta una minore portata precettiva del termine erede*, in [www.giustiziacivile.it](http://www.giustiziacivile.it), 11 febbraio 2016.

<sup>48</sup> Trib. Verona, 15 novembre 2016, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1516, con nota di M. RIZZUTI, *Successione testamentaria e assicurazione sulla vita*, al cui interessante commento si rinvia.

fa parte dell'asse ereditario e, in assenza di ulteriori indicazioni sulle quote spettanti ai singoli eredi, la prestazione assicurativa andava divisa in parti uguali fra coloro che, nominati eredi, assumevano *iure proprio* la qualità di beneficiari della polizza assicurativa.

#### 7. *Complessità del moderno mercato delle polizze vita e possibile compromissione delle finalità successorie*

Un ulteriore punto merita di essere brevemente segnalato ed è connesso, questa volta, non tanto all'interferenza fra regole del contratto e disposizioni successorie quanto, piuttosto, al rapporto fra le finalità successorie (intese in senso ampio) che l'assicurato vuole perseguire con la polizza e la complessità/rischiosità del mercato assicurativo moderno. Il comparto assicurativo, infatti, appare estremamente sollecitato dall'immissione nel mercato di una grande quantità di prodotti che, pur emessi da imprese di quel settore, si discostano profondamente dall'attività che tipicamente – e storicamente – si suole riferire allo stesso. Nel costante ed ormai radicato intreccio fra le tre attività che compongono i c.dd. mercati finanziari<sup>49</sup>, le imprese di assicurazione vedono accrescere il loro ruolo di soggetti non più dediti esclusivamente alla metabolizzazione dei rischi trasferiti negozialmente dagli assicurati, ma aggiungono a tale attività l'emissione di prodotti aventi una spiccata natura finanziaria e di investimento<sup>50</sup>.

Il riferimento è, in particolare, alle polizze vita del ramo III (le c.dd. polizze *linked*) che sotto un profilo meramente definitorio, nonostante la molteplicità di concrete sembianze che le stesse vanno ad assumere<sup>51</sup>, possono essere individuate in tutte quelle polizze del

<sup>49</sup> La dottrina ha notato una progressiva ed inesorabile compenetrazione fra il settore assicurativo, bancario e finanziario. In questo senso, S. AMOROSINO, *Il diritto delle assicurazioni nell'unitarietà delle regolazioni dei tre mercati finanziari*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 253 ss.

<sup>50</sup> P. CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 2011, p. 388; F. BRUNO e E. FRANZA, *Prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e poteri della Consob in tema di vigilanza e trasparenza*, *ivi*, 2014, p. 3 ss.

<sup>51</sup> Sul punto, v. A. CAMEDDA, *La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di*

ramo I e II (polizze vita e di nuzialità o natalità) le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento<sup>52</sup>. Di qui la distinzione fra polizze *unit linked*, nelle quali la rendita o il capitale dipendono dalla gestione di fondi interni o esterni, e polizze *index linked*, nelle quali la variazione della prestazione assicurativa è dovuta alle fluttuazioni di strumenti finanziari sottostanti<sup>53</sup>.

Non può tacersi, nel quadro brevemente delineato e come accennato al principio del presente lavoro, come tali figure negoziali vedano condizionare la disciplina alle stesse applicabile proprio per effetto della loro distinta natura essendo parzialmente diverse le esigenze di tutela che devono essere garantite al cliente-assicurato rispetto a quelle del cliente-investitore<sup>54</sup>. Il problema deriva direttamente dal fatto che, nonostante la comune matrice assicurativa di tutti i «prodotti» inclusi nei rami vita e danni, il comparire all'interno dei prodotti assicurativo/finanziari di una causa di investimento – che a volte sfuma ed a volte eclissa completamente la funzione previdenziale normal-

*polizze linked stipulate prima delle riforme del t.u.f.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 451.

<sup>52</sup> V., sul punto, le considerazioni di E. PIRAS, *Polizze «index linked» collegate ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, p. 74. Analizza le ragioni che hanno portato alla diffusione di tali schemi negoziali, L. TARANTINO, *Caveat emptor: polizze index linked e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 623 s.

<sup>53</sup> Copiosa la dottrina sul punto che, da tempo, si è interessata delle peculiarità che caratterizzano tali polizze. Cfr., senza pretesa di esaustività, G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione sulla vita, fondi assicurativi e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 1984, p. 227 ss.; ID., *Le polizze unit linked e index linked*, in *Assicurazioni*, 2000, p. 233 ss.; A. GAMBINO, *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nei nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, *ivi*, 1990, p. 28 ss.; ID., *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, *ivi*, 2007, p. 191 ss.; E. PIRAS, *Le polizze variabili nell'ordinamento italiano*, Milano, 2011, *passim*; A.C. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 59 ss.

<sup>54</sup> Appare evidente come, a parità di rischi, dovrebbero applicarsi le medesime tutele. Per qualche preliminare considerazione sul punto, A. GUACCERO, *Investimento finanziario e attività assicurativa nella prospettiva dell'informazione del risparmiatore*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 21 ss.

mente riferibile alle assicurazioni del ramo vita – impone di rifuggire da facili generalizzazioni al fine di cogliere l'essenza degli stessi.

Il problema, infatti, non può essere analizzato esclusivamente sotto il profilo dell'evento che fa sorgere il diritto alla prestazione erogata dall'assicurazione ma risulterà influenzato anche dalla corretta allocazione del rischio dedotto in contratto tale che se lo stesso non incombe sull'impresa di assicurazione ma esclusivamente sul contraente – nelle forme del rischio di *performance* del sottostante al quale è collegato il contratto –, non verrebbe assicurata al contraente la possibilità di contare su una risorsa finanziaria certa strumentale a fronteggiare il bisogno connesso all'evento della vita umana dedotto in contratto<sup>55</sup>. In tali circostanze, quindi, la presenza di una forte e preponderante alea economica<sup>56</sup> gravante sul contraente - che vedrà dipendere la prestazione assicurativa non dalle variabili connesse al «rischio demografico» ma da quelle che caratterizzano il «rischio di investimento» –, determina una netta modifica della funzione che quello schema negoziale, inteso come effettivo assetto degli interessi dedotti al suo interno, è in grado di assolvere<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Cfr., P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., p. 96 s. Analoghe considerazioni vengono svolte da D. PIRILLI, *Le polizze unit linked (ancora) al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 578 s.

<sup>56</sup> Cfr., F. REALI, *Alea, commutatività e scommessa: il ruolo assunto dal «rischio» e le scommesse atipiche*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 959 s.

<sup>57</sup> F. CAPRIGLIONE, *Le polizze «unit linked»: prodotti assicurativi con finalità di investimento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 428 il quale afferma che «ove venga verificata la sussistenza di un intento orientato alla realizzazione di un contratto volto in via prevalente ad attuare un investimento finanziario, non sorge perplessità alcuna a ritenere che il medesimo sia estraneo al *genus* dei «contratti assicurativi sulla vita», nei quali la riferibilità ad eventi riguardanti la vita umana incide significativamente sulle prestazioni convenute tra le parti. In altri termini, quel che viene in considerazione è la priorità dello scopo di investimento, rispetto al quale il richiamo a talune caratteristiche specifiche dei contratti assicurativi risponde unicamente all'esigenza di far riferimento alle tecniche di forme negoziali che, ad avviso della controparte abilitata, sono ritenute particolarmente idonee per la prestazione del servizio pattuito». Contra, G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, cit., p. 414.

Tali polizze assicurative, contrariamente a quelle classiche fin qui analizzate, non garantiscono che, alla morte dell'assicurato, il beneficiario riceva effettivamente una prestazione poiché l'ammontare della stessa dipenderà dall'andamento dei titoli nei quali l'assicurazione ha investito e che, in casi di particolare stress del mercato, potrebbe anche essere pari a zero.

Non è qui il caso di entrare nel dettaglio della normativa applicabile a tali peculiari prodotti, ma sembra opportuno evidenziare come sovente gli stessi vengono acquistati dai contraenti nell'errata convinzione di stipulare un vero e proprio «contratto di assicurazione» scoprendo, solo successivamente, la reale natura del prodotto.

Tale aspetto dovrebbe essere valutato da tutti coloro che, attraverso un contratto di assicurazione, vorrebbero garantire la disponibilità una somma di denaro ad un terzo dopo la propria morte poiché schemi negoziali come quelli delle polizze *linked* potrebbero frustrare le finalità che si volevano perseguire, risultando del tutto inadeguate al raggiungimento delle stesse. È evidente che anche una polizza *linked* può generare l'attribuzione di una somma di denaro ad un terzo in caso di positivo rendimento dei titoli, ma tale evento non è certo che si verifichi essendo il rischio di *performance* totalmente spostato sul contraente.

## 8. Conclusioni

Alla luce delle brevi considerazioni sopra svolte, emerge la delicatezza dell'attività valutativa che incombe sui distributori dei prodotti assicurativi ai quali si chiede, oggi, non soltanto una rinnovata sensibilità verso le esigenze assicurative e/o di investimento dei propri clienti ma anche una conoscenza approfondita delle regole che dominano il concreto funzionamento di un determinato prodotto nell'interpretazione, non sempre del tutto consolidata, che delle stesse dà la giurisprudenza. La sottoscrizione di un prodotto assicurativo genera un rapporto giuridico i cui effetti influenzano profondamente la capacità di quella relazione economica di realizzare gli intenti che il contraente aveva intenzione di perseguire.

L'obbligo di identificare le specifiche richieste del contraente e le

esigenze che lo stesso intende realizzare per il tramite del prodotto assicurativo sottoscritto, impongono quindi al distributore di comprendere le ragioni che stimolano il ricorso al mercato assicurativo da parte di quest'ultimo. Il fatto di riscontrare la sussistenza di intenti pianificatori del patrimonio che producano i propri effetti dopo la morte del contraente, non può risultare indifferente per il distributore. Questo, proprio sulla scorta delle identificate richieste ed esigenze, dovrà verificare se il prodotto abbia caratteristiche tali da permettergli di realizzarle e, in questo senso, avrà l'obbligo di "partecipare" alla pianificazione ereditaria tramite un prodotto che sia capace - e non solo in astratto - di determinare una allocazione della ricchezza del contraente che sia conforme ai suoi desideri ed obiettivi.

La delicatezza degli interessi perseguiti da parte del cliente in tali circostanze, lascia quindi emergere la strettissima relazione sussistenze fra oneri valutativi ed obiettivi perseguiti dal contraente da valutarsi necessariamente nella complessità ed eterogeneità delle regole applicabili alla fattispecie analizzata.



ANDREA MARIA GAROFALO

## Polizze vita e tutela dei soggetti disabili nella 'legge sul dopo di noi'

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Due premesse: assicurazioni sulla vita e legge sul dopo di noi. - 2.1. Il riferimento specifico: l'assicurazione sulla vita per il caso morte. - 2.2. Il contesto normativo: la 'legge sul dopo di noi'. – 3. Polizze vita e soggetti disabili nella legge sul dopo di noi. - 3.1. Assicurazioni sulla vita a favore dei figli disabili. - 3.2. La prassi delle imprese di assicurazione dopo la l. 112/2016. – 4. Alcuni commenti finali. - 4.1. Effettività della disciplina e proposte di indagine. - 4.2. Solidarietà e donazione.

### 1. *Introduzione*

La recente l. 22 giugno 2016, n. 112, recante «Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare» e comunemente nota come 'legge sul dopo di noi', si è occupata tra le altre cose di assicurazione sulla vita, con una previsione normativa di rilievo fiscale.

Il dettato normativo dell'art. 5, rubricato «Detraibilità delle spese sostenute per le polizze assicurative finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave», così sancisce: «[a]ll'articolo 15, comma 1, lettera f), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, dopo le parole: «o di invalidità permanente.» è inserito il seguente periodo: «A decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2016, l'importo di euro 530 è elevato a euro 750 relativamente ai premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di morte finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge». 2. Alla copertura delle minori entrate derivanti dal comma 1, valutate in 35,7 milioni di euro per l'anno 2017 e

in 20,4 milioni di euro annui a decorrere dal 2018, si provvede ai sensi dell'articolo 9»<sup>1</sup>.

Il legislatore, come appare evidente già a una prima e veloce lettura, ha voluto favorire il ricorso al contratto di assicurazione sulla vita al fine di proteggere le persone gravemente disabili per il periodo dopo la morte di colui o coloro che se ne prendono cura.

La previsione, che utilizza la stessa leva fiscale al fine di stimolare il mercato delle assicurazioni sulla vita a favore dei disabili (sia dal lato della domanda, sia conseguentemente da quello dell'offerta), è di natura chiaramente tributaria, ma non è priva d'interesse anche per il privatista. Nelle pagine che seguono si analizzerà la disposizione proprio da quest'ultima prospettiva, verificando quando essa operi, in che modo essa abbia inciso sulla prassi contrattuale, fino a che punto i suoi obiettivi risultino raggiunti e – in caso di risposta negativa – se

<sup>1</sup> Si riporta il testo dell'articolo 15, comma 1, lett. f), t.u.i.r., come risultante dalle modifiche introdotte: «[dall'imposta lorda si detrae un importo pari al 22 per cento dei seguenti oneri sostenuti dal contribuente, se non deducibili nella determinazione dei singoli redditi che concorrono a formare il reddito complessivo:] f) i premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di morte o di invalidità permanente non inferiore al 5 per cento da qualsiasi causa derivante, ovvero di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, se l'impresa di assicurazione non ha facoltà di recesso dal contratto, per un importo complessivamente non superiore a euro 630 per il periodo d'imposta in corso alla data del 31 dicembre 2013, nonché a euro 530 a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014 e, a decorrere dallo stesso periodo d'imposta, a euro 1.291,14, limitatamente ai premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, al netto dei predetti premi aventi per oggetto il rischio di morte o di invalidità permanente. A decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2016, l'importo di euro 530 è elevato a euro 750 relativamente ai premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di morte finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave come definita dall'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata con le modalità di cui all'articolo 4 della medesima legge. Con decreto del Ministero delle finanze, sentito l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (ISVAP), sono stabilite le caratteristiche alle quali devono rispondere i contratti che assicurano il rischio di non autosufficienza. Per i percettori di redditi di lavoro dipendente e assimilato, si tiene conto, ai fini del predetto limite, anche dei premi di assicurazione in relazione ai quali il datore di lavoro ha effettuato la detrazione in sede di ritenuta».

per realizzarli pienamente non siano opportuni supplementi d'indagine economica o giuridica o addirittura nuovi interventi normativi.

## 2. *Due premesse: assicurazioni sulla vita e legge sul dopo di noi*

Il discorso, ovviamente, non può che iniziare da alcune considerazioni generali, relative, da un lato, al contratto cui l'art. 5, l. 112/2016, dedica la sua attenzione e, da un altro lato, alla stessa l. 112/2016.

Nel dettaglio, ciò richiederà anzitutto di soffermarsi su alcuni aspetti dell'assicurazione sulla vita per il caso morte, che costituisce il punto di riferimento contrattuale attorno a cui ruota l'art. 5. In seguito si indugerà sullo scopo e sul contenuto della 'legge sul dopo di noi' oltre che, più specificamente, sul beneficio fiscale che viene in rilievo nell'art. 5 e sulla nozione di disabilità ivi richiamata, così approfondendo il contesto normativo in seno al quale si sviluppa la nuova regolamentazione.

### 2.1. *Il riferimento specifico: l'assicurazione sulla vita per il caso di morte*

Il contratto che l'art. 5, l. 112/2016, menziona è l'«assicurazione avente per oggetto il rischio di morte».

Come noto, si tratta di un sottotipo dell'assicurazione sulla vita, ossia di quel particolare tipo di assicurazione per mezzo del quale l'impresa assicuratrice si obbliga, verso il pagamento di un premio, «a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana» (art. 1882 c.c.)<sup>2</sup>.

La causa dell'assicurazione sulla vita è connotata da due rischi

<sup>2</sup> Limitandosi ai riferimenti manualistici, si può rinviare alla lettura di: M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione sulla vita*, in M. IRRERA (a cura di), *Lineamenti di diritto assicurativo*, Bologna, 2019, p. 179 ss.; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*<sup>12</sup>, Milano, 2019, p. 175 ss.; L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*<sup>6</sup>, Torino, 2019, p. 275 ss.; A. ALBANESE, *L'assicurazione sulla vita*, in M. FRANZONI (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, Bologna, 2016, p. 89 ss.

immancabilmente presenti<sup>3</sup>, la cui reciproca incidenza su questo tipo contrattuale è variabile a seconda dei singoli casi concreti. Si tratta, da un canto, del rischio demografico, rappresentato dal momento in cui avverrà la morte dell'assicurato; da un altro canto, del rischio finanziario, consistente nella fisiologica fluttuazione delle somme di denaro incamerate a titolo di premio in ragione dell'utilizzo – o, meglio, dell'investimento – che ne fa l'assicuratore. Entrambi i rischi possono venire controllati dall'impresa di assicurazione grazie alla conclusione di un numero notevole di contratti analoghi (ossia, ricorrendo ai grandi numeri) e all'utilizzo di tecniche di calcolo attuariali che, per quanto concerne il rischio demografico, sono legate all'elaborazione delle tavole di mortalità e sopravvivenza.

L'assicurazione sulla vita si distingue, essenzialmente, in assicurazione per il caso di sopravvivenza e per il caso di morte.

Nella prima ipotesi il rischio assicurato è quello di sopravvivenza, ossia è il rischio che un soggetto (l'assicurato) sopravviva oltre una certa data, con conseguente difficoltà – presunta e non da accertare in concreto – nel reperire redditi adeguati per vivere a causa dell'anzianità o del cattivo stato di salute<sup>4</sup>.

Nell'altra ipotesi il rischio è, al contrario, quello di morte, cioè è il rischio che l'assicurato muoia (o: muoia entro una certa data), lasciando senza redditi o comunque in difficoltà – di nuovo, presunta e non da accertare in concreto – altri soggetti e, in particolare, il beneficiario dell'assicurazione<sup>5</sup>.

Questo secondo sottotipo assicurativo, a sua volta, conosce numerose varianti.

Le più semplici sono l'assicurazione temporanea e quella a vita intera<sup>6</sup>. Nel primo caso, la compagnia si obbliga a versare una somma

<sup>3</sup> A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 90. Sul rischio demografico v. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., pp. 179 e 181; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 276. Ampiamente, S. LANDINI, *L'assicurazione sulla vita*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 601 ss.

<sup>4</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 179; S. BARISON, sub *art. 1919*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 10 s.

<sup>5</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 179; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 276; S. BARISON, sub *art. 1919*, cit., p. 11.

<sup>6</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 179; A. DONATI e G.

di denaro se il decesso dell'assicurato avviene entro una certa data. Nell'altro caso, l'obbligo sussiste sempre e comunque, giacché l'assicuratore è tenuto a pagare una somma di denaro in caso di morte dell'assicurato indipendentemente dal momento in cui il decesso si verifichi. La prestazione dell'assicuratore è dunque incerta nel primo caso e certa nel secondo; nondimeno, il contratto è in ambedue le ipotesi aleatorio<sup>7</sup>.

Come si vede, entrambi i modelli fondamentali di assicurazione per il caso morte presuppongono una distinzione soggettiva tra assicurato (soggetto portatore del rischio di morte) e beneficiario (soggetto che riceverà la prestazione dell'assicuratore). Talvolta, poi, può accadere che lo stesso contraente non coincida con l'assicurato, e sia invece un terzo oppure sia lo stesso beneficiario (in tali casi l'assicurazione è valida soltanto se l'assicurato dà il consenso in forma scritta *ad probationem*, ai sensi dell'art. 1919, comma 2, c.c.)<sup>8</sup>. Infine, può avvenire che un terzo concluda il contratto per conto di un altro soggetto, attribuendogli dunque tutti i diritti che avrebbe come contraente (compresa la scelta del beneficiario), ma senza addossargli l'obbligo di pagamento del premio<sup>9</sup>. Può quindi immaginarsi un ampio ventaglio di possibilità, giacché le posizioni di contraente (in proprio o per conto altrui), assicurato e beneficiario possono essere rivestite, seppur entro certi limiti, da soggetti diversi.

Accanto all'assicurazione a vita intera e temporanea, sussistono altre varianti dell'assicurazione per il caso morte, tra cui vale la pena citare le seguenti<sup>10</sup>: l'assicurazione di sopravvivenza, che si ha allorché

VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 175; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 276. Più ampiamente C. BAZZANO, *L'assicurazione sulla vita*, Milano, 1998, p. 212 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 91; S. BARISON, sub art. 1919, cit., p. 15. Sulla definizione di aleatorietà, anche con riferimento al contratto di assicurazione, si consenta il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018, p. 95 ss.

<sup>8</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 182; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 176; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 277; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 101.

<sup>9</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 182; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 177.

<sup>10</sup> Cfr. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 179; S. BARISON, sub art. 1919, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 11.

la prestazione dell'assicuratore è dovuta solo se una persona sopravvive a un'altra persona; l'assicurazione concernente piú teste, in cui due persone sono assicurate in modo alternativo, nel senso che la prestazione spetterà all'assicurato che sopravvivrà all'altro; l'assicurazione a termine fisso, ove il pagamento dei premi è dovuto sino alla morte dell'assicurato, mentre la prestazione dell'assicuratore è dovuta allo scadere di un termine già indicato.

Il piú delle volte, comunque, i privati non concludono assicurazioni 'semplici', per il solo caso di sopravvivenza o di morte, ma piuttosto assicurazioni 'miste'<sup>11</sup>. Esse sono oggi preferite perché consentono di sommare i benefici di entrambe le forme assicurative, evitando che i premi versati siano persi allorché non si verifichi l'evento entro il termine fissato (come avviene, invece, nell'assicurazione per il caso di morte temporanea e in quella per il caso di sopravvivenza). In particolare, permettendo all'assicurato di recuperare le somme versate ove l'evento morte non si verifichi entro una certa data, si consente al contratto di soddisfare anche interessi in senso lato di risparmio.

Talvolta può, peraltro, essere conclusa un'assicurazione per il caso di morte temporanea, facendovi accedere una controassicurazione, ossia una clausola in virtù della quale l'assicuratore garantisce il pagamento di una somma ove l'evento morte non si verifichi entro la data prefissata. Altre volte può venire conclusa un'assicurazione sulla vita per il caso di sopravvivenza, aggiungendovi una controassicurazione, ossia una clausola per mezzo della quale l'assicuratore si impegna a pagare un capitale a favore del beneficiario nel caso di premorienza dell'assicurato<sup>12</sup>.

Spesso, poi, le polizze vita comprendono delle 'assicurazioni complementari', ossia delle garanzie aggiuntive rispetto a quelle tipicamente previste dal singolo contratto (ad esempio, si dà il caso delle assicurazioni complementari per 'malattia')<sup>13</sup>. In tal caso non si trat-

<sup>11</sup> A proposito delle quali v. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 179; S. BARISON, sub *art. 1919*, cit., p. 12.

<sup>12</sup> L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 277.

<sup>13</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 202 s.; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 187. V. anche C. BAZZANO, *L'assicurazione*, cit., p. 257 ss.

terà di contratti autonomi, ma di garanzie accessorie dell'unico contratto, che ne arricchiscono la causa. Nondimeno, per la parte di premio pagata in ragione di queste coperture aggiuntive, viene di regola escluso il riscatto e la riduzione (due istituti di cui si parlerà a breve).

Ai nostri fini, conviene ricordare alcuni dei tratti della disciplina prevista per le assicurazioni per il caso di morte, lasciando da parte profili che non risultano utili per la trattazione, come quelli inerenti al mancato pagamento dei premi, all'aggravamento del rischio, al suicidio dell'assicurato; si tornerà invece più avanti dei riflessi successivi delle polizze vita.

Nelle assicurazioni per il caso di morte può essere previsto un premio unico oppure un premio periodico, il più delle volte a scadenza annuale<sup>14</sup>. A sua volta, la prestazione dell'assicuratore può essere *una tantum*, ossia può corrispondere al pagamento di un'unica somma di denaro, oppure può essere periodica, traducendosi in una rendita a favore del beneficiario (di norma calcolata sulla sua aspettativa di vita nel momento in cui sorge l'obbligazione)<sup>15</sup>.

La designazione del beneficiario, che risponde allo schema previsto dall'art. 1411 c.c. in tema di contratto a favore di terzo, è assoggettata a regole particolari, in ragione delle specificità dell'assicurazione sulla vita (cfr. artt. 1921-1922 c.c.)<sup>16</sup>. In particolare, la designazione può avvenire anche non nel contratto, ma in una successiva dichiarazione scritta rivolta all'assicuratore o addirittura nel testamento del contraente. Essa è valida perfino se generica, in virtù di un principio di conservazione, o implicita, come accade se nel testamento il contraente dispone a favore di una certa persona della somma assicurata.

Non è invece ben chiaro cosa accada qualora la designazione usi formule il cui referente è soggetto a variazione nel tempo ('i miei figli') o non è certo ('i miei eredi' può voler dire 'i chiamati all'e-

<sup>14</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 181; S. BARISON, sub *art. 1919*, cit., p. 14.

<sup>15</sup> A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 176.

<sup>16</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 184 s.; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 177; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., pp. 102 ss. e 107 ss.; M. GAGLIARDI, sub *art. 1920*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 75 ss.

redità' così come 'i chiamati che accetteranno l'eredità'). Si tratta di questioni interpretative ancora assai dibattute che, però, ai nostri fini non interessano<sup>17</sup>. Più opportuno è invece rivolgere l'attenzione alla diversa questione relativa alla premorienza del designato, tradizionalmente risolta nel senso per cui a godere del beneficio saranno i suoi eredi<sup>18</sup>. Tale soluzione, a dire il vero, non è del tutto persuasiva, poiché la designazione è atto chiaramente motivato dal rapporto con il designato; per cui è da ritenere che, qualora venga meno il designato, il beneficio spetterà, in mancanza di un designato in subordine, agli eredi del contraente<sup>19</sup>.

L'indicazione del beneficiario è, inoltre, revocabile anche se questi ha dichiarato di voler profittare del beneficio, salvo che ciò avvenga dopo il verificarsi dell'evento. La facoltà di revoca non è comunque esercitabile, per ovvie ragioni, dagli eredi del contraente, così come dello stesso contraente se vi ha rinunciato per iscritto e se il designato gli ha dichiarato di voler profittare del beneficio (ed entrambe le dichiarazioni sono state trasmesse per iscritto all'assicuratore).

La revoca avviene nelle stesse forme della designazione e può essere anche implicita nell'indicazione di un nuovo beneficiario (o pure nel riscatto della polizza, di cui a breve si dirà). Essa, infine, è automatica – e operativa anche in ipotesi di irrevocabilità – se il beneficiario ha attentato alla vita dell'assicurato.

<sup>17</sup> V. comunque M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 184; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 103; G. BALLARANI, *Assicurazione a favore di un terzo*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni*, Milano, 2019, p. 459 s.; M. RIZZUTI, *Successione testamentaria e assicurazione sulla vita*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1516 ss.; F. SAVERIO MATTUCCI, *Assicurazione sulla vita e revoca implicita di designazione degli originari beneficiari per disposizione testamentaria incompatibile*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 877 ss. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., 15 ottobre 2018, n. 25635, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Assicurazione*, n. 35; Cass., 28 aprile 2015, n. 19210, in *Foro it.*, 2016, I, c. 160.

<sup>18</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 184; N. TILLI, *Altri contratti*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle assicurazioni. Questioni risarcitorie e liquidazione danni*, Milano, 2017, p. 751.

<sup>19</sup> Così, peraltro, App. Milano, 7 novembre 2017, n. 4597, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 613, ove v. anche la nota di B. SAAVEDRA SERVIDA, *Premorienza del beneficiario di polizza vita e intrasmissibilità iure hereditatis del diritto all'indennizzo*.

Va fatto cenno anche alla disciplina del riscatto e della riduzione della polizza<sup>20</sup>.

Si tratta di due diritti potestativi del contraente (che il contratto di assicurazione deve regolare per esigenze di trasparenza e informazione, recepite dall'art. 1925 c.c.).

Nel caso di riscatto<sup>21</sup> il contraente recede dal contratto e ottiene un certo valore. Perché questo sia ammissibile, ossia perché possa ottenere un certo valore, è necessario che il debito dell'assicuratore, benché futuro, sia certo: ciò che avviene nell'ipotesi di assicurazione per il caso morte a vita intera (o nel sottotipo 'misto'), ma non in quella di assicurazione per il caso morte temporanea.

Tramite il riscatto, il contraente pone fine al contratto e riceve delle somme, che sono calcolate tenendo conto dei versamenti di premi già effettuati (che, accantonati e investiti dall'assicuratore per far fronte ai suoi impegni, sono a loro volta andati a costituire le cosiddette riserve matematiche<sup>22</sup>), ma anche dei costi sostenuti dall'assicuratore, della sua perdita di profitti e della cosiddetta selezione avversa (a riscattare la polizza solitamente è chi è meno esposto al rischio).

Diversamente dal riscatto, la riduzione della polizza<sup>23</sup> costituisce l'oggetto di un diverso potere del contraente o l'effetto del mancato pagamento di premi prolungato per un certo periodo. In caso di riduzione il contratto rimane in vita, ma il contraente non è più tenuto a pagare i premi; di conseguenza, si assiste a una limitazione della somma assicurata

La riduzione si distingue dal riscatto anche perché la sua ammissibilità non deriva dall'esistenza di un debito certo dell'assicuratore,

<sup>20</sup> In linea generale v. S. LANDINI, *L'assicurazione*, cit., p. 619 ss.

<sup>21</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 190 s.; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 180 s.; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 280 s.; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 124; S. BARISON, sub *art. 1925*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 137 ss.

<sup>22</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 181; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 278.

<sup>23</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 191 s.; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 179 s.; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 281; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 124; S. BARISON, sub *art. 1925*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 139 ss.

ma dalla necessaria creazione di una riserva matematica in relazione alla polizza: il che avviene ogni qual volta l'assicuratore è tenuto ad accantonare i premi anno dopo anno<sup>24</sup>.

Infine, deve darsi conto anche dell'estrema diffusione attuale di polizze rivalutabili<sup>25</sup>, che prevedono per l'appunto la rivalutazione delle somme assicurate, di norma con riferimento al reddito di un fondo appositamente costituito e di ammontare non minore a quello delle riserve matematiche. Spesso, inoltre, è prevista la garanzia di una rivalutazione minima; talvolta ciò avviene onde evitare i potenziali effetti negativi del collegamento della prestazione dell'assicuratore ai risultati di gestione del fondo, che potrebbero anche essere negativi.

## 2.2. Il contesto normativo: la 'legge sul dopo di noi'

Approvata nel 2016, la 'legge sul dopo di noi' è «volta a favorire il benessere, la piena inclusione sociale e l'autonomia delle persone con disabilità» (art. 1, comma 1)<sup>26</sup>.

Il nuovo testo normativo disciplina le misure di assistenza, di cura e di protezione delle persone con disabilità grave che si trovano prive di sostegno familiare perché mancano entrambi i genitori o perché costoro non sono in grado di fornire un adeguato sostegno, nonché in vista del venir meno del loro sostegno (art. 1, comma 2).

Al fine di realizzare tali obiettivi, la legge, tra l'altro, agevola «le erogazioni da parte di soggetti privati, la stipula di polizze di assicurazione e la costituzione di *trust*, di vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile e di fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contrat-

<sup>24</sup> Come notano M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 192, è quindi ridicibile – ma non riscattabile – l'assicurazione per il caso di sopravvivenza.

<sup>25</sup> M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 201; A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale*<sup>12</sup>, cit., p. 184; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 279; S. BARISON, sub *art. 1919*, cit., p. 25. V. pure G. BALLARANI, *Assicurazione sulla vita propria o di un terzo*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni*, Milano, 2019, p. 439, e C. BAZZANO, *L'assicurazione*, cit., p. 257 ss.

<sup>26</sup> In linea generale v. M. DOGLIOTTI, *La condizioni dei disabili e la legge sul "dopo di noi"*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 425 ss.

to di affidamento fiduciario anche a favore di enti del Terzo settore iscritti nella sezione enti filantropici del Registro Unico Nazionale del Terzo settore o che operano prevalentemente nel settore della beneficenza di cui all'articolo 5, lettere a) o u) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, in favore di persone con disabilità grave».

E, difatti, accanto a previsioni normative di rilievo maggiormente pubblicistico (come gli artt. 2, 3-4, 7, relativi alle prestazioni assistenziali da garantire in tutto il territorio nazionale, al Fondo per l'assistenza alle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare e alle campagne informative volte a diffondere la conoscenza delle forme di sostegno pubblico previste per le persone con disabilità grave), vi sono altre disposizioni, tra cui in particolare gli artt. 5 e 6, che, attraverso strumenti fiscali, tendono a favorire il perfezionamento dei negozi poc' anzi citati.

In tal modo la 'legge sul dopo di noi' realizza – non unica, per vero, nell'attuale orizzonte normativo – una singolare commistione dei piani civilistico e tributario: non solo, com'è più naturale, incentivando prassi contrattuali per mezzo della leva fiscale, ma addirittura finendo per recepire e fondare elaborazioni dogmatiche, di schietto rilievo privatistico, tramite previsioni di stampo fiscale<sup>27</sup>.

Lo si nota, in particolare, leggendo l'art. 6 della legge, dedicato all'«[i]stituzione di trust, vincoli di destinazione e fondi speciali composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione», che ha previsto un regime fiscale più conveniente per «[i] beni e i diritti conferiti in *trust* ovvero gravati da vincoli di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile ovvero destinati a fondi speciali di cui al comma 3 dell'articolo 1, istituiti in favore delle persone con disabilità grave»<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Ciò che rientra in quel movimento di riforme di istituti centrali del diritto privato attuate tramite una leva esterna: ora per mezzo della trascrizione, ora tramite previsioni fiscali (com'è avvenuto, peraltro, anche per la riforma del terzo settore).

<sup>28</sup> Variamente, v. L. SALVATORE, *Il trust nella legge del "dopo di noi" e la tutela dei legittimari*, in *Trusts*, 2019, p. 15 ss.; M.C. ANDRINI, *Le situazioni affidanti e la c.d. legge "dopo di noi" (l. n. 112 /2016)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 623 ss. e 1020 ss.; G. AMORE, *Criticità sistematiche e rilevanza normativa del trust nella "legge sul dopo di noi"*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2017, p. 1197; V.R. CAMPOSEO, *Gli strumenti per l'assistenza ai disabili: note sugli aspetti civilistici*

Nell'ambito di una lunga disposizione vengono, peraltro, citate forme contrattuali la cui ammissibilità e la cui disciplina è assai dibattuta nel diritto civile: primo tra tutti il contratto di affidamento fiduciario<sup>29</sup>.

Non è possibile, in questa sede, addentrarsi nello studio dell'art. 6, l. 112/2016. Passiamo invece, e subito, a parlare del beneficio fiscale previsto per le polizze a tutela dei soggetti disabili, regolato dal più volte menzionato art. 5.

Non è difficile comprendere l'idea che ha mosso il legislatore: favorire, tramite lo strumento fiscale, lo sviluppo di un mercato di assicurazioni sulla vita destinate a tutela dei disabili, così consentendo un efficiente ed efficace funzionamento del settore previdenziale-assistenziale privato. Del resto, l'intervento pubblico, in anni di riduzione della spesa, stenta a tenere il passo e rischia di lasciare scoperte situazioni di estremo bisogno legate a soggetti disabili. Questi, privati dei riferimenti famigliari essenziali, finiscono per non trovare protezione sufficiente negli strumenti statali, sí che lo Stato stesso cerca di promuovere forme di previdenza e di assistenza private, tra cui, per l'appunto, la stipula di contratti di assicurazione sulla vita a favore di disabili gravi per il caso di morte dei famigliari che li assistono.

Ovviamente, il perno della disposizione, nonché l'oggetto di maggior interesse per il civilista, è il riferimento ai contratti di assicura-

*della l. n. 112/2016 (c.d. "dopo di noi")*, in *Notariato*, 2017, p. 433; G. BOLETO, *Tassazione indiretta dei negozi di destinazione patrimoniale alla luce della l. n. 112/2016 (c.d. "dopo di noi")*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 580 ss.; G. BELTRAMELLI, *Il trust "dopo di noi" nelle imposte sui redditi*, in *Fisco*, 2017, p. 1026; N. ATLANTE e L. CAVALAGLIO, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge "dopo di noi": una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, in *Riv. not.*, 2017, p. 227 ss.; T. TASSANI, *Imposte sui trasferimenti e fattispecie destinataria in funzione del "dopo di noi"*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2017, p. 121; ID., *La fiscalità dei negozi di destinazione nella legge sul "dopo di noi", tra agevolazione e impatto sistematico*, in *Notariato*, 2016, p. 517 ss.; A.C. DI LANDRO, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2017, p. 47 ss.; F. GALLIO, *La legge "dopo di noi" codifica il trust e uno strumento alternativo: l'affidamento fiduciario*, in *Fisco*, 2016, p. 2836; G. SEPIO, *Il "dopo di noi" e le misure fiscali a tutela del patrimonio delle persone con disabilità grave*, in *Fisco*, 2016, p. 2734 ss.

<sup>29</sup> V. per tutti M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014.

zione per il caso di morte conclusi a favore di disabili gravi. Tuttavia, prima ancora di considerare più da vicino questi contratti, vale la pena di verificare, da un lato, quale sia ordinariamente il regime fiscale dell'assicurazione sulla vita; da un altro lato, quali siano i disabili considerati dalla disposizione in esame.

Quanto al primo punto, è noto che il legislatore tributario riconosce all'assicurazione sulla vita «uno spiccato valore sociale», riservandole «un regime fiscale di vantaggio» e «consentendone, a determinate condizioni, la detraibilità dei costi»<sup>30</sup>.

Più precisamente, l'art. 15 t.u.i.r. prevede, nella prima parte del suo comma 1, lett. f), una detrazione dall'imposta lorda pari al 19% degli oneri (se non deducibili dai singoli redditi che concorrono a formare il reddito complessivo) sostenuti per «i premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di morte o di invalidità permanente non inferiore al 5 per cento da qualsiasi causa derivante, ovvero di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, se l'impresa di assicurazione non ha facoltà di recesso dal contratto, per un importo complessivamente non superiore a euro 630 per il periodo d'imposta in corso alla data del 31 dicembre 2013, nonché a euro 530 a decorrere dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2014 e, a decorrere dallo stesso periodo d'imposta, a euro 1.291,14, limitatamente ai premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, al netto dei predetti premi aventi per oggetto il rischio di morte o di invalidità permanente».

Inoltre, va ricordato che la prestazione ricevuta dal beneficiario non è soggetta a imposta di successione o ad altre imposte: solo per la parte in cui l'assicurazione assolve, in senso lato, a una funzione di risparmio essa è assoggettata a imposta sostitutiva. Tale parte, che costituisce reddito, viene determinata sottraendo all'ammontare percepito quello dei premi pagati (come previsto dall'art. 45, comma 4, t.u.i.r.).

Quanto, poi, alla nozione di 'persone con disabilità grave', la l. 112/2016 fa riferimento – sia all'art. 1, comma 2, sia all'art. 5 – allo stato di disabilità grave di cui all'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, accertato con le modalità indicate dall'art. 4 di quella legge.

<sup>30</sup> Sono parole di A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 90 s.

Ai sensi dell'art. 3, comma 3, «[q]ualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione [di handicap] assume connotazione di gravità». In base, poi, all'art. 4, comma 1, «gli accertamenti relativi alla minorazione, alle difficoltà, alla necessità dell'intervento assistenziale permanente e alla capacità complessiva individuale residua, di cui all'articolo 3, sono effettuati dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all'articolo 1 della legge 15 ottobre 1990, n. 295, che sono integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali».

### 3. *Polizze vita e soggetti disabili nella legge sul dopo di noi*

L'analisi dell'art. 5, l. 112/2016, nella sua portata prettamente privatistica, deve svolgersi su due fronti: anzitutto, essa richiede di verificare entro che limiti un contratto di assicurazione per il caso di morte può dirsi davvero volto alla tutela di persone disabili e in che modo le diverse varianti ipotizzabili possano corrispondere agli interessi del contraente-assicurato; di poi, essa impone di indagare come si sia orientata la prassi delle compagnie assicurative in ragione del beneficio fiscale di cui si sta parlando.

#### 3.1. *Assicurazioni sulla vita a favore dei figli disabili*

La disposizione introdotta dalla 'legge sul dopo di noi' si limita – come si è detto – a prevedere una certa detrazione fiscale, più alta di quanto sarebbe normalmente previsto, per i premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di morte finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave, definita nel modo già visto.

Va chiarito, allora, cosa si intenda per «assicurazioni aventi per oggetto il rischio di morte finalizzate alla tutela delle persone con disabilità grave».

Anzitutto, deve trattarsi di una assicurazione per il caso di mor-

te<sup>31</sup>. L'assicurazione può essere temporanea o anche a vita intera (e, in questo caso, può essere pure rivalutabile): nessuna questione su questo. Parimenti, non è difficile rendersi conto che sono escluse assicurazioni per il caso di sopravvivenza o altre polizze come quelle, oggi molto diffuse, *linked (unit o index)*<sup>32</sup>.

Meno facile è comprendere se possono essere incluse nel perimetro del beneficio fiscale le polizze miste. Esse, pur non menzionate dal legislatore, si compongono giocoforza di una parte di premio che si riferisce a un rischio per il caso di sopravvivenza e a una parte, invece, che riguarda il rischio di morte: per cui la soluzione non può che essere nel senso di consentire il beneficio nei limiti della parte di premio – che dovrà essere calcolata dalla compagnia<sup>33</sup> – collegata al rischio di morte<sup>34</sup>.

Quanto a modelli contrattuali più complessi, come l'assicurazione di sopravvivenza, l'assicurazione concernente più teste e l'assicurazione a termine fisso, essi godono del beneficio fiscale nei limiti in cui siano effettivamente finalizzati a tutela del disabile: il che, per esempio, nel caso dell'assicurazione concernente più teste varrà solo per quella parte di premio corrispondente alla probabilità che, tra i due soggetti assicurati, sia il disabile a sopravvivere.

Con riferimento alla finalizzazione del contratto alla tutela di specifiche classi di persone, va rilevato che essa non corrisponde biunivocamente a una certa tipologia di assicurazione sulla vita per il

<sup>31</sup> Non sono comprese le garanzie complementari (ad esempio, per il caso di invalidità grave e permanente), cui la disposizione non pare potersi applicare analogicamente, anche perché le stesse polizze sono citate espressamente nella prima parte dell'art. 15, comma 1, lett. f), t.u.i.r., con previsione che non è poi ripetuta per le assicurazioni a favore dei disabili gravi. La corrispondente parte di premio non potrà dunque essere considerata per il vantaggio fiscale.

<sup>32</sup> Su cui v., per tutti, P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 457 ss.

<sup>33</sup> Si tratta di un obbligo accessorio che grava *ex fide bona* sulla compagnia assicuratrice.

<sup>34</sup> Al contrario, nel caso di assicurazione per il caso di morte (o di premio proporzionalmente collegato a tale rischio), la detrazione spetta su tutto il premio, senza bisogno di distinguere tra componenti di rischio demografico o finanziario.

rischio di morte: tutto al contrario, qualsiasi contratto appartenente a questa classe può, a seconda dei casi, venire concluso per soddisfare un simile interesse.

Il punto, allora, si sposta: v'è da chiedersi quando il contratto possa dirsi così finalizzato e, soprattutto, come sia possibile comprovare tale caratteristica, evitando al contempo abusi.

In linea di massima, il disabile deve figurare come beneficiario diretto o indiretto del contratto di assicurazione<sup>35</sup>. In altri termini, costui deve venire indicato come beneficiario oppure deve venire designato un soggetto che, da fiduciario, si occuperà di utilizzare il capitale o la rendita a favore del beneficiario (se si tratta di una rendita, essa dovrà essere calcolata considerando l'aspettativa di vita della persona disabile).

Laddove la prestazione avvenga nelle forme della rendita vitalizia, e non già della corresponsione di un unico capitale, è evidente che essa dovrà commisurarsi sull'aspettativa di vita del disabile, anche in caso di formale versamento a un terzo.

Ci si può chiedere, a tal riguardo, come inquadrare il ruolo del terzo designato. La qualificazione che sembra migliore è quella di fiduciario: si può cioè immaginare che questi si vincoli (a titolo gratuito od oneroso, a seconda dei casi) a svolgere a favore del terzo l'attività di fiduciario, in virtù di un (ulteriore) contratto a favore di terzo. Quest'ultimo, a sua volta, di norma sarà concluso dal contraente-assicurato, che assume le vesti di stipulante, mentre è in vita (in tal caso s'intenderà sospensivamente condizionato all'avvenuta corresponsione della somma). Potrebbe però anche avvenire che il designato sia tale senza saperlo: allora si riterrà che nel contratto di assicurazione sia inglobata una proposta<sup>36</sup> irrevocabile, ma sospensivamente condizionata alla morte del contraente-assicurato e all'avvenuta designazio-

<sup>35</sup> Non pare che possano essere ricompresi nella formula legislativa i contratti conclusi sulla vita del disabile e, magari, a vantaggio di suoi parenti o affini, per quanto sicuramente tale contratto possa andare indirettamente a vantaggio del disabile (a tal riguardo v. M. GAGLIARDI, sub *art. 1920*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 65 ss.).

<sup>36</sup> Irrevocabile da parte degli eredi, in applicazione analogica dell'art. 1921, comma 1, c.c., e non caducata dalla morte del contraente-assicurato, secondo il principio che anima anche l'art. 1329 c.c.

ne. Il rifiuto di tale proposta caducherà anche la designazione (da intendersi condizionata all'accettazione), con conseguente attribuzione del beneficio direttamente al disabile. Allo stesso modo, la morte del terzo designato fiduciario durante il corso del contratto condurrà ad attribuire la somma di denaro direttamente al disabile.

Il disabile beneficiario deve, giocoforza, avere un legame con l'assicurato: se così non fosse mancherebbe un elemento imprescindibile della finalizzazione alla tutela. Non è cioè sufficiente che il disabile sia indicato come beneficiario di un qualsiasi contratto di assicurazione; al contrario, egli deve essere portatore di un rischio, derivante da un legame di assistenza materiale con l'assicurato.

In altri termini, il venir meno della persona deve privare il disabile di un aiuto materiale, sia esso prestato in natura o tramite somme di denaro. Ciò giustificherà, di regola, il timore in capo all'assicurato che il disabile non possa provvedere alle sue esigenze di vita con i suoi redditi oppure tramite i sussidi pubblici oppure ancora grazie all'aiuto che gli è offerto da altri parenti; nondimeno, non è necessario verificare in concreto che il timore sia fondato, essendo sufficiente la previa sussistenza del legame di assistenza materiale<sup>37</sup>.

Ovviamente sarà assai difficile valutare la sussistenza di un legame di questo tipo, per cui ci si accontenterà di verificare la sussistenza di rapporti di parentela, affinità, coniugio. Tuttavia, si tratterà solo di indici presuntivi, sconfessabili in concreto e comunque di per sé non imprescindibili.

In ogni caso, il legame deve sussistere tra assicurato e beneficiario, e non tra contraente e beneficiario (se il primo non è anche l'assicurato). Ci si può chiedere se il beneficiario possa essere anche contraente: la risposta positiva è preferibile.

Peraltro, può accadere che l'assicurazione indichi più beneficiari,

<sup>37</sup> Dopotutto, nell'assicurazione sulla vita il rischio di uno stato di bisogno in capo al beneficiario, derivante dalla sua sopravvivenza o dalla morte dell'assicurato, è sempre presunto e mai accertato in concreto (cfr. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 179; L. FARENGA, *Manuale*<sup>6</sup>, cit., p. 276), e non si vede perché qui dovrebbe seguirsi una logica diversa. Come vedremo, al fine di qualificare il pagamento dei premi come donazione indiretta le cose cambiano: v'è da chiedersi, caso per caso, se essi effettivamente svolgono una funzione *lato sensu* assistenziale.

solo uno dei quali è un disabile. In tal caso può ritenersi che il beneficio fiscale spetti in proporzione alla quota di prestazione attribuita al disabile.

I requisiti finora indicati sussistono – debbono sussistere e possono sussistere – al di fuori del contratto, che può anche non farne menzione<sup>38</sup>. Più complesso è chiedersi se il contratto, già dal momento della sua conclusione, deve prevedere dei meccanismi volti a ovviare ad abusi: ad esempio, diretti a evitare che sia indicato un disabile solo per sfruttare il beneficio fiscale, come potrebbe avvenire se l'assicurato in una polizza a vita intera avesse già in animo di mutare la designazione, lucrando per il momento il vantaggio fiscale, oppure di riscattare la polizza prima della sua morte, di fatto utilizzando il contratto quale mera operazione di risparmio.

Dal punto di vista del diritto tributario, non è necessario che operi alcun meccanismo automatico (strutturale) di salvaguardia. Infatti, fermo restando che difficilmente un soggetto potrebbe avere convenienza a concludere un contratto a favore di un disabile solo per sfruttare il beneficio fiscale (che non è poi molto più alto di quello previsto per le altre polizze vita), in concreto eventuali abusi verrebbero puniti come tali, verificando se il contratto è stato posto in essere con un'intenzione elusiva o se con tale intenzione è stato rinnovato o non riscattato (ovviamente, a patto che sia stato effettivamente richiesto il corrispondente beneficio fiscale).

Nondimeno, onde evitare che l'Agenzia delle entrate possa fornire una tale prova anche sulla base di semplici presunzioni, meccanismi strutturali volti a scongiurare un abuso appaiono utili e, anzi, dovrebbero essere consigliati dall'assicuratore. In particolare, mentre il caso di riscatto già programmato pone meno problemi (essendo davvero difficile immaginare che un soggetto concluda il contratto di assicurazione per sfruttare il beneficio fiscale e per poi avvalersi del diritto

<sup>38</sup> Questo vale, ovviamente, in linea di tendenza: vi sono casi, per quanto sporadici, in cui il funzionamento del contratto rischia in sé e per sé di contraddire la finalità di tutela. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la prestazione dell'assicuratore avviene nelle forme di una rendita vitalizia, calcolata sull'aspettativa di vita non del disabile, ma di un terzo (specie se quest'ultimo non sia legato al primo da alcun rapporto).

di riscatto: difficilmente, infatti, questo congegno sarebbe economicamente vantaggioso), l'ipotesi di modifica del beneficiario potrebbe essere evitata richiedendo, affinché il contratto sopravviva, che il beneficiario diretto o indiretto sia il disabile inizialmente designato (ove beneficiario indiretto, al contratto dovrebbe accedere l'espresso patto fiduciario) e che, là dove il disabile venga a mancare, anche il contratto si risolva o non si rinnovi, salva la possibilità di procedere a una nuova designazione entro un certo periodo di tempo o comunque in sede di rinnovo (nel caso di assicurazione a vita intera, si può prevedere un riscatto obbligatorio o automatico).

Resta aperto un ultimo quesito, piú schiettamente privatistico.

La finalizzazione a tutela del disabile può costituire un semplice motivo del contraente-assicurato, non rivelato all'assicuratore o rivelato all'assicuratore ma non entrato nella causa del contratto. Il beneficio fiscale non richiede, come si è detto, che la finalizzazione penetri nella causa.

Tuttavia, può anche accadere che essa faccia ingresso nella causa, come nel caso in cui l'assicuratore si sia fatto carico del motivo individuale e le parti abbiano plasmato il contratto attorno a tale interesse. A tal fine, è richiesta un'indagine caso per caso, che tenga conto di 'quanto' l'interesse è entrato nella causa. In tale ipotesi, l'interesse del contraente-assicurato viene a costituire un parametro interpretativo-ricostruttivo assai importante.

Difatti, l'indagine sulla causa non deve limitarsi a considerare le clausole del contratto, che pur costituiscono un elemento di riferimento essenziale; va valutato anche il contesto, e quindi l'interesse rivelato all'assicuratore e la sua presa in carico dello stesso, secondo il principio per cui la causa è conformata dalle clausole interpretate, ma a sua volta le conforma<sup>39</sup>.

Così, potranno sussistere casi in cui il contratto non è toccato dalla finalizzazione e casi in cui lo è profondamente. Non è possibile indicare, in via astratta, una soluzione per tutte le diverse situazioni concrete immaginabili; tuttavia, è possibile fornire alcune linee indi-

<sup>39</sup> Come ricordato dalla Suprema Corte, proprio esaminando un contratto di assicurazione sulla vita: v. Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 451.

cative, verificando fino a che punto di norma l'oggettivizzazione della finalità di tutela del disabile incida sull'allocazione contrattuale dei rischi e, quindi, sulla disciplina del contratto.

Prendiamo a riferimento, in particolare, il problema del decesso del disabile beneficiario in costanza di contratto.

Nel caso di assicurazione temporanea, il suo venir meno di regola non inciderà sul contratto, anche ove esso sia causalmente motivato dalla finalità di tutela del disabile, lasciando che il rapporto prosegua almeno per l'annualità in corso. Una soluzione opposta sarebbe ammissibile soltanto in presenza di una clausola espressa<sup>40</sup>.

Assai interessante risulta la questione relativa alla liquidazione automatica della polizza a vita intera là dove il disabile venga a mancare. Si può ritenere che un tal effetto scatti anche in mancanza di un'apposita previsione espressa, nei casi in cui l'assicuratore ha proposto la polizza a un contraente-assicurato intenzionato a garantire tutela a un disabile? Le risposte ipotizzabili sono diverse: una pienamente positiva, una interamente negativa, e pure una soluzione intermedia, secondo cui il contratto si risolve qualora il disabile beneficiario non sia sostituito entro un certo termine (o prima della sua morte) dal contraente-assicurato<sup>41</sup>.

Per quanto si reputi che l'interesse e la finalità di tutela del disabile siano entrati nella causa del singolo contratto, pare doversi ritenere che, in mancanza di una previsione contrattuale espressa, vada esclusa un'operatività automatica di clausole di liquidazione<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> In tal caso, il premio di polizza deve essere piú basso di quanto altrimenti dovuto, in considerazione del fatto che solo in caso di sopravvivenza del disabile la prestazione dell'assicuratore sarà dovuta.

<sup>41</sup> Poniamo, poi, che il contraente-assicurato muoia subito dopo il disabile. Dal punto di vista pratico, le conseguenze della prima o della seconda risposta sono agli antipodi ove si ritenga che la premorte del beneficiario imponga l'attribuzione del beneficio agli eredi di quest'ultimo; simili (ma non del tutto coincidenti) ove, invece, si ritenga che la premorte conduca ad assegnare il beneficio agli eredi del contraente-assicurato (come chi scrive ritiene preferibile).

<sup>42</sup> D'altro canto, a voler ritenere diversamente, vi sarebbe il rischio che il contraente-assicurato, non a conoscenza dell'avvenuta liquidazione automatica, rischi di lasciar prescrivere il suo diritto di credito. Si opporrà che questo argomento non è convincente, poiché è orientato alle conseguenze. In realtà, nel discorso giuridico e così pure là dove si tratti di decifrare l'autonomia privata (qualificandone e

A *fortiori* questo esito si impone là dove venga a mancare, nelle more del contratto, il rapporto di assistenza materiale tra l'assicurato e il disabile, che del resto non è necessariamente presente nemmeno nella fase genetica (o, meglio, potrebbe essere assente senza che la validità del contratto ne sia minata, e con conseguenze soltanto fiscali).

### 3.2. *La prassi delle imprese di assicurazione dopo la l. 112/2016*

Individuati i confini entro i quali un'assicurazione può rientrare nel perimetro cui fa riferimento l'art. 5, l. 112/2016, e identificate per linee generali le connotazioni che tali contratti di assicurazione possono assumere per meglio soddisfare i diversi interessi di protezione della persona disabile, resta da chiedersi se, e in che modo, la prassi contrattuale si sia orientata per recepire le indicazioni così offerte.

Va subito premesso che le imprese di assicurazione non hanno, tendenzialmente, creato nuovi prodotti assicurativi dedicati alla tutela delle persone disabili, limitandosi ad avvertire i clienti che i prodotti già in commercio possono venire usati per tale finalità e possono così conseguire il corrispondente risparmio fiscale<sup>43</sup>.

inquadrandone le diverse espressioni concrete), si devono pur sempre fare i conti con la totalità del sistema e con la sua grammatica: sicché una ricostruzione può essere preferita anche in virtù dei suoi complessivi riflessi di disciplina.

<sup>43</sup> Questa è, ad esempio, la scelta di un'importante compagnia quale Crédit Agricole Vita s.p.a., la quale richiede comunque la sottoscrizione di un «modulo di accompagnatoria per la richiesta di avvalersi della maggiore detrazione riconosciuta dalla legge “dopo di noi”» (scaricabile all'url [www.ca-vita.it/downloads/istituzionale/news/Modulo\\_Legge-dopo-di-noi.pdf](http://www.ca-vita.it/downloads/istituzionale/news/Modulo_Legge-dopo-di-noi.pdf)). La stessa compagnia, con comunicato del 13 marzo 2017, ha informato i propri clienti di quanto segue della possibilità di avvalersi del beneficio fiscale, chiedendo loro, «[a]ffinché la Compagnia possa comunicare all'Agenzia delle Entrate, anche ai fini della precompilazione della dichiarazione dei redditi, la spettanza della maggiore detrazione, [...] di segnalare a Crédit Agricole Vita se la copertura di assicurazione è stata stipulata per le finalità di particolare tutela prevista dalla legge “Dopo di Noi” mediante la compilazione del modulo allegato e, in tal caso, di trasmettere alla Compagnia idonea documentazione comprovante i requisiti». Aggiungeva la società: «il Contraente è altresì tenuto a comunicare alla Compagnia l'eventuale modifica delle condizioni di grave disabilità, in corso di contratto, oppure

Sul mercato, a quanto consta, sussistono però almeno due prodotti assicurativi specificamente volti alla tutela dei disabili, offerti da due importanti compagnie.

Il primo prodotto consiste in un'assicurazione per il caso morte a vita intera; più precisamente, in un'«assicurazione rivalutabile a premio unico ricorrente e premi unici aggiuntivi con prestazione addizionale per il caso di decesso»<sup>44</sup>.

Si tratta, in altri termini, di un'assicurazione per il caso di morte a vita intera, con rivalutazione e con pagamento di una somma ulteriore in ragione del momento del decesso.

In base al contratto il contraente-assicurato è tenuto a versare annualmente un premio che va a formare un capitale assicurato, a sua volta rivalutato di anno in anno in funzione dei risultati di un fondo (con garanzia di non subire mai rendimenti negativi). In caso di morte il beneficiario avrà diritto al capitale, formato dal capitale rivalutato e da un importo addizionale, calcolato sul capitale assicurato in ragione di un fattore di moltiplicazione decrescente al crescere dell'età assicurativa dell'assicurato al momento del decesso ed entro un limite massimo stabilito dalle condizioni di polizza.

La combinazione di questi elementi consente, da un lato, un accumulo di capitale con una rivalutazione garantita e, da un altro lato, un beneficio ulteriore nel caso di morte dell'assicurato (di regola quando il capitale accumulato non è ancora molto alto).

In tal modo, si innesta su una assicurazione a vita intera una componente tipica dell'assicurazione temporanea. Tuttavia, va sottolineato che il capitale addizionale proporzionalmente non è molto alto, il che rende comunque prevalente l'altra componente del contratto.

l'eventuale decesso del beneficiario, che facciano venir meno i presupposti per l'accesso alla maggiore detrazione. Si evidenzia che il Contraente rimane responsabile della veridicità delle comunicazioni effettuate e del permanere della sussistenza delle condizioni per fruire della maggiore detrazione».

<sup>44</sup> Il prodotto è offerto da Cattolica Assicurazioni ed è denominato «Cattolica&Protezione Dopo di Noi» (realizzato il 20 dicembre 2019). L'informativa e le condizioni di assicurazione sono reperibili all'url [www.cattolica.it/documenti/21801/58195/Set+Informativo+Dopo+di+Noi+ed.12.2019/4945402b-0c4b-8b92-e30f-ca15b04c5dcc](http://www.cattolica.it/documenti/21801/58195/Set+Informativo+Dopo+di+Noi+ed.12.2019/4945402b-0c4b-8b92-e30f-ca15b04c5dcc). Si sintetizzano le clausole del contratto in modo non esaustivo e senza alcuna finalità commerciale.

Si prevede, inoltre, che il contraente-assicurato possa versare dei premi aggiuntivi di importo minimo e possa acquistare delle «prestazioni accessorie facoltative», ossia delle garanzie complementari, volte ad aumentare il capitale corrisposto ai beneficiari in caso di decesso ed eventualmente anche ad attribuire a questi ultimi un capitale in caso di malattia o infortunio dell'assicurato che ne determini una invalidità totale e permanente assai grave.

Tornando alla prestazione principale ed essenziale, essa può essere fornita, a scelta del contraente-assicurato, anche sotto forma di erogazione di una rendita annua vitalizia e rivalutabile (a fronte del pagamento di certi costi). La conversione (operante, se scelta in sede di sottoscrizione, anche in caso di riscatto) viene posta in essere «considerando quale testa assicurata la persona con disabilità»; anche la rendita viene corrisposta «a favore del beneficiario dell'evento».

Il premio unico ricorrente ha un ammontare minimo e, inoltre, si consente al contraente-assicurato di ridurre l'importo (nel rispetto dei minimi previsti) e di sospendere definitivamente o temporaneamente la corresponsione (e pure di riprenderla in seguito), nell'esercizio di un potere di riduzione.

La durata del periodo di pagamento dei premi è pari almeno a 10 anni e al massimo a 30 anni. Viene regolato altresì il riscatto, ammesso a partire dal secondo anno e a fronte di certi costi, e viene prevista anche una «liquidazione speciale», ossia un'automatica cessazione immediata del contratto nel caso di decesso del disabile-beneficiario nel corso della durata del contratto.

Quanto alla rivalutazione, la compagnia assicurativa garantisce che il capitale non venga decurtato e, inoltre, che esso sia rivalutato sulla base dei rendimenti conseguiti da un fondo (detratto l'1%, coincidente con i costi applicati mediante prelievo sul rendimento della gestione).

La finalizzazione a tutela del disabile emerge da altre clausole della polizza: in particolare, il contraente-assicurato può accedere al contratto solo se è in grado di comprovare un rapporto di parentela (entro il quarto grado) o di affinità (entro il secondo grado) o il ruolo di tutore/curatore verso una persona affetta da sindrome di Down, da autismo o da altre forme di disabilità di cui all'art. 3, l. 104/1992.

Non è richiesto che tale soggetto sia anche il beneficiario del

contratto, né che rimanga tale (salvo quanto si è detto in punto di liquidazione speciale). Si prevede, nondimeno, che in caso di modifica delle condizioni di disabilità la compagnia sia informata (seppur limitatamente al caso di sottoscrizione di garanzie complementari<sup>45</sup>).

Valutiamo nel complesso questo prodotto, chiedendoci se esso rispetta immancabilmente la finalizzazione a tutela della persona disabile e quali interessi legati a tale disabilità esso consente di soddisfare.

Nella prima prospettiva, va rilevato che il contratto non garantisce in sé e per sé l'esistenza di un legame di dipendenza economica o comunque affettivo tra il disabile beneficiario e l'assicurato, così come non esclude il rischio che il contratto sia riscattato dal contraente dopo aver goduto dei benefici fiscali. Inoltre, non è espressamente previsto alcun meccanismo volto ad ovviare che sia mutata la designazione del beneficiario o che, addirittura, il disabile non sia in realtà beneficiario diretto o indiretto<sup>46</sup>.

Ovviamente, tutto ciò non mina di per sé la validità del contratto: è onere del contraente, se vuole accedere al vantaggio fiscale, assicurarsi che le condizioni minime di finalizzazione alla tutela della persona disabile siano rispettate. In particolare, allora, dovrà darsi prova del legame di cui si è detto (di cui il vincolo di parentela, affinità o tutela o curatela è solo indice normale, benché ritenuto in concreto necessario dalla compagnia<sup>47</sup>) e dovrà dimostrarsi che il beneficio, direttamente o indirettamente (tramite un fiduciario) sia destinato alla tutela della persona con disabilità.

Come già anticipato, la volontà – del tutto normale, in chi conclude contratti di questo genere – di tutelare il disabile ha pure un rilievo privatistico, ove e nei limiti in cui colori la causa del contratto o comunque l'intenzione del contraente-assicurato.

<sup>45</sup> Con una indicazione che figura nel documento informativo e che si riferisce al trattamento fiscale della polizza.

<sup>46</sup> Tuttavia è richiesto, nel caso di conversione del capitale in rendita, che ciò avvenga «considerando quale testa assicurata la persona con disabilità».

<sup>47</sup> Probabilmente al duplice fine di rendere omogenei i rischi degli assicurati e di costruire un prodotto che almeno normalmente risponda alle condizioni previste per il beneficio fiscale (potendo proporlo come tale ai clienti, soddisfacendo al tempo stesso interessi di *marketing* e obblighi informativi minimi). Sono poi salve eventuali deroghe individuali.

Nel nostro caso, se venisse indicato un beneficiario diverso dal disabile, si presumerebbe che egli sia stato o venga al contempo incaricato di utilizzare la somma di denaro eventualmente ricevuta a vantaggio dello stesso (e che non sia, invece, beneficiario anche sostanziale della somma stessa). Quanto all'ipotesi di decesso del beneficiario, il contratto la regola espressamente, sí che a tal riguardo non si pongono problemi.

Dal punto di vista degli interessi in gioco, il contratto appare rivolgersi per lo piú a chi ha intenzione di predisporre una rendita a favore del disabile, tramite accumulo di somme di denaro, e non già a chi – per ragioni legate all'età delle parti e al grado di disabilità – è interessato a evitare che, a causa di un inaspettato decesso dell'assicurato, il disabile resti senza assistenza o senza fonti di sostentamento o a chi è interessato a perseguire tanto il primo, quanto il secondo interesse<sup>48</sup>.

Il secondo prodotto che viene in luce è rappresentato, di nuovo, da un'assicurazione per il caso di morte a vita intera, che presenta però molteplici differenze.

La polizza si definisce «assicurazione sulla vita, a premio unico, a vita intera e prestazioni che si adeguano annualmente»<sup>49</sup>. Si tratta, in questo caso, di un'assicurazione con rivalutazione che prevede il pagamento di un unico premio.

Piú specificamente, il contraente-assicurato è tenuto a pagare un premio unico di un certo importo minimo, ma ha la possibilità di effettuare versamenti aggiuntivi, anch'essi di un determinato importo

<sup>48</sup> Sí che può condividersi quanto si legge nel documento informativo, ossia che esso «è rivolto ad un cliente che intenda perseguire una crescita costante del proprio investimento su un orizzonte temporale medio-lungo, preservando di anno in anno il capitale rivalutato da possibili futuri andamenti negativi».

<sup>49</sup> Il prodotto è offerto Intesa Sanpaolo Vita ed è denominato «ISV Tu dopo di noi» (aggiornato al 29 giugno 2019). Informativa e condizioni di assicurazione possono essere scaricate alle url [www.intesasanpaolovita.it/documents/DIP-aggiuntivo-IBIP?uuid=00c42334-4f6a-4791-8f65-26faeace757d&groupId=14502&version=1.17](http://www.intesasanpaolovita.it/documents/DIP-aggiuntivo-IBIP?uuid=00c42334-4f6a-4791-8f65-26faeace757d&groupId=14502&version=1.17) e [www.intesasanpaolovita.it/documents/Condizioni-di-Assicurazione?uuid=46a0bb6e-68fc-604d-9720-fd1ce8d3bc76&groupId=14502&version=1.2](http://www.intesasanpaolovita.it/documents/Condizioni-di-Assicurazione?uuid=46a0bb6e-68fc-604d-9720-fd1ce8d3bc76&groupId=14502&version=1.2). Anche qui, si sintetizzano le clausole del contratto in modo non esaustivo e solo per finalità scientifiche.

minimo. I premi così versati vengono investiti in un fondo; essi vanno a comporre il capitale assicurato, che si adeguata al 1° gennaio di ogni anno, applicando il tasso di adeguamento.

Quest'ultimo, a sua volta, è pari al rendimento del fondo diminuito del costo di gestione, che la compagnia trattiene per sé. Il tasso, peraltro, può anche essere negativo, sì che i risultati riconosciuti di anno in anno non devono intendersi definitivamente acquisiti.

Nondimeno, è garantito un tasso di rendimento minimo, nella misura dell'1% per il caso di decesso del contraente-assicurato o dello 0% per l'ipotesi di riscatto totale o parziale.

Si prevede, inoltre, una specifica opzione – detta «riscatto parziale programmato» – in virtù della quale la prestazione della compagnia, anziché avvenire in un'unica soluzione, viene pagata al beneficiario in rate semestrali per 5, 10, 15 o 20 anni. Se si è attivata questa opzione, e il beneficiario muore, il contratto di estingue (la polizza parla di «riscatto speciale») e le rate residue vengono tutte pagate, in un'unica soluzione, agli eredi del beneficiario.

Anche in tal caso è garantito un tasso di rendimento minimo, nella misura dell'1% per il caso di decesso del beneficiario che sta godendo delle rate o dello 0% per l'ipotesi in cui il beneficiario muoia prima del contraente-assicurato.

È previsto e regolato il riscatto, ammesso dopo almeno un anno dalla data di decorrenza del contratto. Il valore di riscatto è pari a quello del capitale assicurato o, se maggiore, a quello del capitale minimo garantito, entrambi alla data del riscatto. Si ammette anche un riscatto parziale e uno 'speciale' di cui già si è detto.

Quanto ai costi, in caso di riscatto nel primo quinquennio si applica una certa percentuale sull'importo lordo riscattato. In ogni caso, poi, il tasso annuo di adeguamento è calcolato sottraendo dal rendimento del fondo una percentuale diversa a seconda dell'anzianità del contratto (minore dopo i primi cinque anni) e del capitale assicurato (minore al suo aumentare).

La finalizzazione a tutela del disabile si riflette nella richiesta, per addivenire alla sottoscrizione del contratto, di un certificato in cui si attesti lo stato di disabilità e di una autocertificazione che comprovi il vincolo di coniugio, parentela entro il quarto grado e affinità entro il secondo grado, oppure il ruolo di tutore, curatore o amministratore

di sostegno del contraente-assicurato verso il beneficiario. Si richiede, inoltre, che i capitali provengano dal patrimonio proprio del cliente, e non da quello del beneficiario (sarebbe evidente, altrimenti, l'elusione).

Si ammette, al contempo, la revoca o modifica della designazione, secondo le previsioni generali del codice civile, ma si prescrive che il beneficiario sia comunque una persona in condizioni di disabilità. È poi espressamente regolata la figura del «referente terzo», che più che un fiduciario designato appare essere il soggetto da contattare in caso di decesso del contraente-assicurato (onde evitare, per ragioni di riservatezza, di diffondere il nome del disabile).

Anche qui passiamo a valutare nel complesso questo prodotto.

Le clausole della polizza escludono, di fatto, che il contratto venga concluso per finalità elusive. Lo scarsissimo rendimento assicurato in caso di riscatto (0%), così come la facoltà di modificare la designazione solo a favore di un disabile, rendono praticamente impossibile un'elusione.

Il contratto, nondimeno, non impone che il contraente-assicurato sia legato da un rapporto di assistenza materiale al disabile, limitandosi a richiedere l'esistenza di un determinato rapporto. Come detto, questo secondo elemento è indice del primo, ma non è requisito necessario, né essenziale. Nondimeno, anche da questo punto di vista i rischi di elusione sono ridottissimi (fermo restando che, dal punto di vista fiscale, ci si accontenterà di una verifica del rapporto giuridico esistente, non essendo facile promuovere e svolgere un'indagine più profonda).

Funzionalmente, il contratto appare progettato per chi vuole garantire un capitale, o anche una rendita, a un disabile. Anche qui, non viene invece soddisfatto l'interesse di quanti vogliono assicurare il disabile dal rischio di una prematura scomparsa di uno dei genitori o di entrambi i genitori.

#### 4. *Alcuni commenti finali*

Non resta, a questo punto, che commentare la disposizione di cui all'art. 5, l. 112/2016, valutando se e fino a che punto essa abbia consentito di realizzare gli obiettivi che il legislatore si prefiggeva e, in caso negativo, che altre vie d'indagine o di intervento politico restino aperte.

#### *4.1. Effettività della disciplina e proposte di indagine*

Come si è visto, lo stimolo fiscale introdotto con la 'legge sul dopo di noi' non si ha riguardato uno specifico modello di assicurazione sulla vita per il caso di morte, né ha consentito che si tipizzasse un modello contrattuale determinato.

Piú precisamente, va anzitutto ricordato come la previsione fiscale concerna qualsiasi assicurazione sulla vita per il caso di morte, purché finalizzata alla tutela di una persona disabile. L'intervento del legislatore, quindi, non ha creato nuove forme contrattuali, né irrigidito quelle esistenti, né agglomerato interessi simili attorno a un solo modello, per mezzo di un intervento verticale discendente (ossia, fondato sull'autorità del legislatore).

In secondo luogo, va osservato come l'impulso del legislatore non abbia portato nemmeno dal basso la prassi contrattuale a coagulare certi interessi attorno a un determinato o a piú determinati modelli contrattuali. Non si sono create, infatti, una o piú polizze specificamente dedicate ai disabili, connotate da profili ricorrenti tali da renderle autonome e ben contraddistinte dalle altre polizze sul mercato, nonché da una ampia e sistematica offerta da parte di tutte le compagnie.

Allo stato, quindi, nemmeno in senso verticale ascendente si è formata una tipizzazione di interessi attorno a talune forme contrattuali. Poco o nulla è, cioè, cambiato rispetto a quanto avveniva in passato: si contano, al momento, solo due polizze 'dopo di noi', che peraltro costituiscono contratti di assicurazione per il caso di morte a vita intera abbastanza tradizionali. In altri termini, le clausole delle polizze proposte non ne fanno emergere una spiccata autonomia nell'ambito dei contratti di assicurazione per il caso di morte; né, a maggior ragione, il solo e semplice interesse di tutela del disabile che è immanente a tali polizze risulta sufficiente per attribuirvi una specifica connotazione.

Ora, la mancanza di una tipizzazione delle 'assicurazioni dopo di noi' sembrerebbe costituire un dato descrittivo, privo di rilievo sistematico e, soprattutto, politico. In realtà, così non è: come noto, solo in presenza di una forte domanda i costi di un servizio possono ridursi. E questo è tanto piú vero, là dove si parli di contratti (come l'assicurazione) che richiedono una platea ampia di acquirenti per poter essere convenienti per il prestatore del servizio.

Di conseguenza, l'assenza di una tipizzazione risulta essere un fenomeno sfavorevole, che incide negativamente sui risultati cui il legislatore voleva addivenire attraverso l'approvazione della disposizione fiscale: ossia, la diffusione delle polizze vita a tutela dei disabili<sup>50</sup>.

Se così è, risulta chiaro che ci si deve chiedere perché questa tipizzazione non sia avvenuta (o non sia ancora avvenuta, dopo circa quattro anni dall'entrata in vigore della legge) e se a essa ostino ragioni ontologiche o meno.

Anzitutto, si potrebbe ritenere che l'interesse di tutela del disabile è, di per sé, troppo eterogeneo perché risulti consentita una agglomerazione reale di interessi attorno a uno o più modelli tipici. Del resto, le forme di disabilità sono – purtroppo – tante e tali, che spesso i bisogni di una famiglia non sono uguali a quelli di un'altra.

In secondo luogo, potrebbe invece ipotizzarsi che la mancata emersione di modelli contrattuali dipenda da un mancato incontro di domanda e offerta: incontro che, pur stimolato dalla previsione fiscale, potrebbe non essersi ancora realizzato. Il che, peraltro, condurrebbe anche ad altri svantaggi: un'offerta minore di quella potenziale porta con sé una minore appetibilità per i clienti (i quali, necessariamente, troveranno meno informazioni e comunque meno prodotti idonei per soddisfare i loro interessi). Si creerebbe, quindi, un circolo vizioso.

Ora, non è facile comprendere quale spiegazione sia quella principale: presumibilmente, una risposta richiederebbe una complessa indagine di mercato e, quindi, competenze di stampo economico.

Andrebbe cioè verificato quali siano le esigenze dei potenziali

<sup>50</sup> Va rilevato che la platea di soggetti interessati dalla disposizione, secondo la Relazione tecnica del Governo che accompagnava il disegno di legge AS 2232, era stimata in circa 143.000 persone (e su questa base è stato conteggiato il minor introito IRPEF dall'art. 5, comma 2; maggiori specificazioni al riguardo nella Verifica delle quantificazioni relativa al disegno di legge AC 698 e di data 2 febbraio 2016). Un'indagine Anffas-Fondazione Dopo di Noi Onlus risalente al 2007-2010 calcolava nel 91% le famiglie, al cui interno era presente un disabile, che non avevano sottoscritto una polizza assicurativa a sua tutela del futuro del disabile stesso (v. i risultati dell'indagine all'url [www.anffas.net/dld/files/Fondazione%20Nazionale%20Dopo%20di%20Noi/Indagine%20fondazione%20nazionale%20dopo%20di%20noi.pdf](http://www.anffas.net/dld/files/Fondazione%20Nazionale%20Dopo%20di%20Noi/Indagine%20fondazione%20nazionale%20dopo%20di%20noi.pdf))

clienti, nonché se esse possano agglomerarsi attorno a modelli contrattuali simili. Se ciò fosse dimostrato, del resto, è probabile che le compagnie offrirebbero tali prodotti assicurativi (specialmente qualora potessero contare su una forte pubblicità da parte degli enti del terzo settore coinvolti nella tutela delle persone disabili). Il legislatore, dal canto suo, potrebbe invogliare l'utilizzo di questi modelli anche semplicemente stimolandone la predisposizione<sup>51</sup>.

L'opportunità di una simile indagine, del resto, appare ulteriormente confermata dall'assenza sul mercato di assicurazioni temporanee specificamente dedicate alle persone disabili, nonostante sia abbastanza probabile l'esistenza di esigenze corrispondenti. Non è difficile immaginare, infatti, che molti genitori di figli disabili intendano garantire gli stessi per il caso di loro prematura scomparsa (quando, dunque, il capitale di un'assicurazione a vita intera non avrebbe fatto a tempo a formarsi) o, comunque, intendano garantire i figli disabili anche per questo rischio (cumulando, cioè, la protezione di un'assicurazione temporanea a quella offerta da un'assicurazione a vita intera)<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Ciò non si tradurrebbe in una tipizzazione calata dall'alto, né in una forma rigorosa di controllo anti-elusione (come era previsto da alcuni progetti di legge discussi in sede parlamentare, ma poi non tradottisi in legge – ad esempio la proposta AC 2205, che rimetteva «ad un decreto interministeriale le norme di attuazione di tale disposizione», ossia il futuro art. 5 –, e come attualmente prevede, con riferimento ai «contratti che assicurano il rischio di non autosufficienza», l'art. 5, comma 1, lett. f), t.u.i.r., il quale rinvia a un decreto adattato dal Ministero delle finanze dopo aver sentito l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private). Al contrario, si tratterebbe di promuovere indirettamente la predisposizione di modelli contrattuali, favorendo l'azione di associazioni e fondazioni a tutela dei disabili e di compagnie assicurative (ad esempio attraverso l'istituzione di un osservatorio o di un gruppo di ricerca). È da escludersi una limitazione del beneficio fiscale ai solo modelli contrattuali predisposti: essa sarebbe presumibilmente incostituzionale. Al contrario, uno strumento utile per raggiungere la finalità divisata è quello delle «campagne informative», di cui all'art. 7, l. 112/2016, tramite le quali potrebbe stimolarsi la sottoscrizione dei contratti di assicurazione sulla vita, così di fatto diminuendone i costi.

<sup>52</sup> Così, del resto, era evidenziato già da quaderno intitolato *Assicurazioni per persone con disabilità e loro famiglie. Analisi dei bisogni, soluzioni e proposte*, elaborato nel 2012 dall'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici e dalla Fondazione Cariplo, ove peraltro si sottolineava la necessità di stimolare

Una simile ricerca economica potrebbe condurre, semplicemente, a scoprire che le compagnie assicurative stanno al momento riorientando la loro offerta. All'opposto, però, potrebbe anche rilevare un fallimento del mercato e, conseguentemente, la necessità di intervenire pubblicisticamente onde rimuovere questa situazione<sup>53</sup>.

#### 4.2. *Solidarietà e donazione*

Vi è poi un altro profilo, di ben maggiore interesse per il giurista, che resta ancora privo di soluzione e, a dire il vero, anche di attenzione in dottrina.

Come noto, l'assicurazione sulla vita non corrisponde ovviamente a una donazione diretta ma, in certi casi, può essere considerata una donazione indiretta<sup>54</sup>. Del resto, come contratto a favore di terzi<sup>55</sup>,

domanda e offerta di polizze vita a favore dei disabili, scarse a causa, da un canto, delle carenze informative e degli elevati costi e, dall'altro, della eterogeneità delle richieste assicurative e della carenza di studi statistici sulla disabilità e sulle aspettative di vita dei disabili.

<sup>53</sup> Ovviamente, qualora venisse confermata tale volontà politica. Deve sottolinearsi come, durante il dibattito parlamentare dedicato alla 'legge sul dopo di noi', taluno aveva criticato la scelta di cui all'art. 5, ritenendo doveroso che lo Stato si facesse carico da sé delle esigenze dei disabili, senza limitarsi a promuovere l'intervento privato. Nondimeno, la scarsità di risorse pubbliche e lo stesso principio di sussidiarietà orientano ancora nella direzione presa con la 'legge sul dopo di noi'. Resta poi da dire che lo sgravio fiscale attualmente previsto non è molto elevato (tanto che, prima dell'approvazione della legge, alcune associazioni a tutela dei disabili avevano proposto di alzarlo notevolmente, e avevano ottenuto anche l'inserimento di un emendamento, poi non approvato: cfr. l'intervista reperibile all'url [www.vita.it/it/article/2016/04/29/assicurazioni-per-il-dopo-di-noi-sono-davvero-utili/139203/](http://www.vita.it/it/article/2016/04/29/assicurazioni-per-il-dopo-di-noi-sono-davvero-utili/139203/)).

<sup>54</sup> S. BARISON, sub *art. 1923*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 117. In giurisprudenza v. da ultimo Cass., 19 febbraio 2016, n. 3263, in *Rep. Foro it.*, voce *Assicurazione*, 2018, n. 101.

<sup>55</sup> La differenza rispetto a un normale contratto a favore di terzo sta nel fatto che la validità è indipendente dall'indicazione di questo interesse (che, comunque, anche nel contratto a favore di terzo si riduce a un *flatus vocis*, non dovendosi controllare l'effettività di tale causa). V. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 183.

l'assicurazione sulla vita dà vita a un vantaggio economico in capo a un terzo che di per sé abbisogna di una causa: la quale, a sua volta, può essere di liberalità, di adempimento o così via<sup>56</sup>. Ove la *causa* sia *donandi*, ci troveremo di fronte a una liberalità non donativa.

Dal punto di vista dogmatico, in quest'ipotesi si dovrà ritenere che tra il contraente e il terzo sussista un accordo configurativo<sup>57</sup>, volto a dare una specifica causa al detrimento economico del contraente, nei limiti in cui a esso corrisponda poi in futuro un effettivo beneficio del terzo<sup>58</sup>.

Il punto problematico di questa ricostruzione sta nel fatto che, tradizionalmente, si ritiene che anche in casi come quello di cui si va parlando, di assicurazione sulla vita a favore di disabili, si sia in presenza di una causa liberale e, quindi, di una donazione indiretta.

<sup>56</sup> Cfr. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 183; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 104 s.

<sup>57</sup> Sul negozio configurativo cfr. V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino 1996, p. 226. L'autrice ivi applica questa categoria alle liberalità non negoziali, ma appare possibile farne uso anche per le altre liberalità non donative: si consenta il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Aleatorietà*, cit., p. 130 s., nt. 14. Nel caso di specie ci si può chiedere se si tratti di negozio unilaterale o contratto; in questa seconda ipotesi, l'accettazione avverrebbe mediante un atto di volontà del disabile o del suo rappresentante posto in essere durante la vita del contraente-assicurato o anche dopo il suo decesso.

<sup>58</sup> La donazione indiretta è quindi veicolata da un accordo che si limita a colorare una causa, la quale a sua volta si considererà realizzata solo se, e nei limiti in cui, al pagamento dei premi corrisponderà un beneficio patrimoniale per il terzo. Eccezionalmente si prevede che, in caso di designazione irrevocabile, la revocazione ai sensi dell'art. 800 c.c. non riguardi – come dovrebbe essere – il negozio configurativo o comunque non dia vita a un credito per equivalente a carico del donatario indiretto, ma consenta addirittura di revocare la designazione stessa, incidendo sul contratto a favore del terzo (art. 1922, comma 2, c.c.). In altri termini, la disciplina della liberalità non donativa si riflette sul (e viene attratta dal) contratto di assicurazione, giacché altrimenti la revocazione stessa finirebbe per perdere il suo senso (v. a tal riguardo M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 186). Ciò non avviene, invece, quanto alle altre regole materiali che disciplinano le liberalità, salvo ove non ricorra una giustificazione sufficiente per aversi una tale attrazione (per questa ragione non convince l'esito di Trib. Modena, 20 ottobre 2014, in *Fam. dir.*, 2015, p. 396; *ivi* v. pure la nota critica di F. MASTROBERNARDINO, *Assicurazioni sulla vita a favore di terzo, liberalità indirette e disciplina dell'annullamento*).

Del resto, a deporre in tal senso non è solo la complessiva logica del sistema, ma l'art. 1923 c.c., il quale prevede che «rispetto ai premi pagati» si applichino le disposizioni relative «alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni» (così dando per scontato che, di regola, i premi vengano pagati per una *causa donandi*)<sup>59</sup>. Lo stesso art. 741 c.c. conferma una tale logica prevedendo espressamente che «è soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso a favore dei suoi discendenti ... per soddisfare premi relativi a contratti di assicurazione sulla vita a loro favore». Insomma, non solo si tratterebbe di liberalità non donative, ma anche di liberalità assoggettate a collazione e – in virtù del rimando di cui all'art. 564, ultimo comma, c.c. – a riduzione.

Vi sono, però, casi in cui questa qualificazione e questa disciplina non convincono. Basti un esempio: Tizio, titolare unicamente di una somma di denaro pari a 99.000 euro, dispone di 33.000 euro in vita in favore di un primo figlio e, poi, con i restanti 66.000 euro, decide di pagare dei premi assicurativi per un contratto a favore di un secondo figlio disabile, finendo per versare 60.000 euro prima di decedere. Nelle more egli si riposa e lascia in testamento 6.000 euro alla nuova moglie, la quale intende agire contro il figlio disabile, che ottiene *ex contractu* la somma di 75.000 euro<sup>60</sup>.

In tal caso, allora, ci si potrebbe chiedere se la causa in virtù del quale il terzo acquista il beneficio non sia in realtà diversa. Tuttavia, non è facile capire quale giustificazione venga in luce: non una causa assistenziale, non sussistendo alcun debito alimentare da adempiere (o, meglio, alcun debito alimentare già esistente); non una causa d'adempimento di una obbligazione naturale, quanto meno per ragioni analoghe<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> V. M. IRRERA e M. SPIOTTA, *L'assicurazione*, cit., p. 187; A. ALBANESE, *L'assicurazione*, cit., p. 105 s.

<sup>60</sup> La liberalità non donativa è qui pari ai premi pagati, ossia 66.000 euro (se non si volesse applicare l'art. 751 c.c., le somme andrebbero rivalutate, ovviamente entro il limite massimo di 75.000 euro). Sui criteri di computo v. G. BALLARANI, *Diritti dei creditori e degli eredi*, in A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni*, Milano, 2019, p. 477.

<sup>61</sup> Una risposta differente potrebbe ammettersi là dove l'assicurazione fosse per il caso di sopravvivenza. Nel caso di assicurazione per il caso di morte i

Il discorso, come si vede, si fa complesso, ma assai affascinante, aprendosi al discusso tema della ‘causa solidaristica’. In breve: è possibile ritenere che atti di donazione, diretta o indiretta, ossia atti dominati da una causa liberale, si distinguano rispetto alle normali donazioni in virtù di una colorazione solidaristica e, per questa ragione, non siano assoggettabili a riduzione, imputazione e collazione?

La risposta è sempre stata negativa; del resto, essa sembrerebbe imposta dal sistema, che non conosce distinzioni entro la causa liberale se non quelle previste dall’art. 770 c.c. (donazioni remuneratorie e d’uso o per servizi resi) e dell’art. 785 c.c. (donazioni obnuziali).

Tuttavia, la deontologia che spontaneamente nasce e connota la nostra società<sup>62</sup>, così come le scelte politiche dell’attuale sistema giuridico<sup>63</sup>, inducono a un ripensamento. Non è possibile trattarne qui estesamente, ma può comunque farsi un cenno alla necessità di collocare, all’interno della normale causa di donazione, una causa che si potrebbe dire ‘liberale-solidaristica’<sup>64</sup>.

Gli atti dominati da tale causa, che pur sarebbero donazioni (se dirette, soggette al noto onere di forma), sfuggirebbero a talune delle norme materiali in tema di donazione<sup>65</sup>. A sua volta, la colorazione

debiti alimentari o le obbligazioni naturali futuri, essendo per l’appunto futuri e quindi per definizione non ancora sorti, non possono fornire causa di giustificazione per l’attribuzione del capitale al beneficiario.

<sup>62</sup> In campo di autonomia privata, la spontanea deontologia sociale – con tutte le sue aree di vaghezza e di dubbio – costituisce lo sfondo su cui si innestano le scelte deontologiche giuridiche, che, lungi dal contraddire la prima, si limitano a precisarla.

<sup>63</sup> Basti pensare alle scelte politiche di rilievo costituzionale volte alla tutela della solidarietà, in uno con la diffusa constatazione dell’inattualità del sistema di collazione e successione necessaria.

<sup>64</sup> Spunti in tal senso in R. SENIGAGLIA, *Per un’«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà “orizzontale” e contratto*, in *juscivile*, 2016, p. 507 ss., e in G. CONTE, *Gratuità, liberalità, donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, IV, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 69 ss.

<sup>65</sup> Lo stesso potrebbe valere per atti *mortis causa* mossi da un intento liberale analogo. Si tratterebbe di legati (anzi, eventuali apparenti istituzioni di erede dovrebbero essere rilette in tal senso). Per meglio dire, si tratterebbe di legati soggetti a una particolare disciplina, non potendosi qualificare gli stessi come legati di contratto di donazione solidaristica (vista l’incoercibilità dell’*animus*

solidaristica richiederebbe, così come avviene in tema di obbligazioni naturali, una verifica di congruità, fondata sul duplice requisito di proporzionalità e adeguatezza: solidaristica è la donazione proporzionata alla meritevolezza dell'intento alla luce della situazione personale del disponente e al tempo stesso adeguata alle sue condizioni patrimoniali e familiari<sup>66</sup>.

Come in caso di obbligazioni naturali, la mancanza di tali requisiti non condurrebbe a una nullità dell'atto per mancanza di causa, ma a una sua diversa qualificazione. Difatti, l'inquadramento come liberalità solidaristica deriverebbe, più che da una volontà espressa, dalla presenza nell'atto di donazione di una finalità oggettivata (che il disponente si limita ad attivare), mancando la quale difetterebbe, più che la realizzabilità della causa, la causa stessa, con conseguente riquilibratura dell'atto (della donazione diretta o del negozio configurativo).

Tornando al caso dell'assicurazione sulla vita, ciò consentirebbe, in casi come quello dell'esempio, di escludere le somme pari ai premi pagati da collazione, imputazione e riduzione, o per lo meno di

*donandi*). In realtà, per risolvere in tal senso la questione bisognerebbe accedere alla tesi per cui il legato liberale, ma mosso da intenti particolarmente qualificati, non è assoggettabile a riduzione. Tale soluzione è stata disattesa, con riferimento al legato remuneratorio (art. 632, comma 2, c.c.) da Cass., 8 dicembre 1978, n. 5775, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1008, ma non persuasivamente, poiché la particolare connotazione dell'intento liberale remuneratorio (che preclude un'azione di riduzione) è sicuramente analoga nel caso di donazione e di legato.

<sup>66</sup> Ciò che, lungi dall'esprimersi in senso soltanto matematico, impone di adoperare una serie di criteri di volta in volta differenti. Così, si dovrà verificare se la donazione incida più o meno profondamente sul patrimonio del disponente, così come se essa gli precluda di conservare il tenore di vita cui era abituato o di salvaguardare gli interessi dei suoi eredi legittimari (specie se particolarmente meritevoli, in virtù dell'affetto che essi dimostrano e del sostegno che essi prestano). Proporzionalità e adeguatezza richiederanno, peraltro, di essere verificate non solo sulla base di un criterio di normalità, ma anche – specie se l'importo donato è notevole – tramite una verifica, sempre più stringente, della situazione reale del donante (in mancanza della quale la qualificazione dell'interesse contrattuale dovrà fondarsi sull'effettivo stato delle cose, più che su quello semplicemente dichiarato dal donante).

escluderle proporzionalmente<sup>67</sup>, in nome di un interesse superiore di stampo solidaristico<sup>68</sup>. Ciò avverrebbe, in particolare, ogni qual volta l'assicurazione sia conclusa in ragione del timore, fondato, che il disabile, venendo a mancare il contraente-assicurato, si trovi in una situazione fortemente critica quanto all'assistenza. Un simile timore, in ragione del peculiare meccanismo dell'assicurazione, dovrebbe sussistere, per i contratti d'assicurazione temporanea, sia al momento della sottoscrizione che in quello della designazione e, per i contratti d'assicurazione a vita intera, sia in quello della designazione che in quello della morte.

Anche queste conclusioni, comunque, rendono necessario un approfondimento di ricerca (qui, giuridica) e, forse, indicano l'urgenza di una riforma legislativa<sup>69</sup>. Di certo, è tempo di iniziare a scrivere questa pagina del diritto privato.

<sup>67</sup> In un caso come quello dell'esempio precedente, ad esempio, si potrebbe pensare a un'esclusione *pro parte* da imputazione, collazione e riduzione. Resterebbe ammissibile, peraltro, una volontà espressa contestuale all'atto volta a evitare la riconduzione della donazione alla *species* della 'liberalità solidaristica'.

<sup>68</sup> Nei limiti, peraltro, in cui la finalizzazione sia rispettata. Al fine di garantire la finalizzazione, il donante potrebbe prevedere espressamente o implicitamente un vincolo di utilizzo del beneficio. Ove ciò non avvenga, le somme comunque fatte proprie dal donatario, ma non utilizzate per la finalità in parola, resterebbero soggette alle norme materiali successorie di cui all'art. 809 c.c.

<sup>69</sup> Solo così, del resto, si potrebbe meglio plasmare la disciplina materiale delle liberalità solidali, ad esempio prevedendone riduzione, imputazione e collazione nei limiti del beneficio ancora non speso o comunque non ancora stabilmente impiegato per lo scopo, qualora le condizioni patrimoniali del donante-*de cuius* siano notevolmente peggiorate e non sia trascorso più di un certo tempo dall'atto (magari anche consentendo una sorta di 'opposizione' da parte dei potenziali legittimari, onde prenotare questo effetto prima della morte del *de cuius*).

ABEL B. VEIGA COPO

## El riesgo en los seguros sobre productos de inversión

SOMMARIO: 1. Riesgo financiero o de inversión frente a riesgo demográfico. – 2. La transferencia del riesgo. Pero ¿cuál riesgo, el de inversión o el demográfico? – 3. Hacia los PRIIPs o los paraguas artificiales. – 4. El difícil perímetro entre el seguro y los productos de inversión.

Sin duda, una de las grandes paradojas que la confluencia entre el seguro y los productos financieros es diseccionar nítidamente la naturaleza jurídica y el efectivo riesgo contractual que figuras como los seguros unit-linked, o los productos de inversión basados en seguro -PRIIPs- presentan. La ambigüedad, la confusión de riesgo especulativo frente a un riesgo demográfico y genuino de seguro y que es prácticamente residual o marginal en la heterocomposición de este producto, es fortísima.

### 1. *Riesgo financiero o de inversión frente a riesgo demográfico*

¿Existen dos riesgos simultáneos y yuxtapuestos o incluso complementarios en estos productos de seguros financieros?, ¿o solamente uno capaz de englobar o minimizar o incluso anular al otro? ¿qué prima, la causa del seguro y por ende, el riesgo demográfico, o la causa financiero especulativa, y por tanto, el riesgo de inversión? En suma, la disputa no pequeña es dirimir si en estos productos financieros, estructurados en instrumentos de los mercados de inversión, dispares y diversos entre sí, subsiste en algún momento, al menos inicialmente una causa asegurativa? Mas ¿qué entendemos por riesgo demográfico y qué por riesgo de inversión o especulativo?<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Se entiende por riesgo demográfico en palabras de VOLPE PUTZOLU, *Le*

En un seguro de vida ¿qué riesgo está presente, el puramente demográfico o el riesgo de inversión, incluso de capitalización o especulativo para determinadas modalidades?, es obvio que en los seguros de vida el compromiso, obligación toda vez que se verifica el siniestro dentro de los límites de garantía asegurada, consiste en el pago de una suma, de un capital o renta pactado ex ante, pero que la misma en puridad no es una pura inversión, mas, ¿qué entendemos por riesgo financiero o de inversión?<sup>2</sup>

Lo paradójico o, cuando menos, cualificador, de estos productos de inversión basados en seguros es que el riesgo financiero, normalmente un genuino e íntegro riesgo de inversión, lo asume en su totalidad el tomador del seguro, no la entidad aseguradora y, en último caso, fallecido el tomador asegurado, el beneficiario<sup>3</sup>. Mas ¿puede afirmarse que, al menos, asume la aseguradora sino una obligación de resultados, sí una obligación de medios?<sup>4</sup> Obligación de resultados solo en cuanto a las unidades de cuenta a liquidar en su caso, pero obligación sin duda de medios de pagar valor alguno si es que hay rentabilidad de la inversión.

Lo que no impide sin embargo, afirmar, que estos fondos, estas cestas de inversión deban ser gestionados en interés exclusivo del tomador o, en su caso, del beneficiario, mas, ¿tiene acaso un interés el gestor, el asegurador, la entidad financiera que ha precisamente prese-

*assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 170, “Piú in particolare, la dottrina è da tempo concorde nel definire il rischio demografico come «lo scostamento tra l'ipotesi demografica posta alla base del calcolo del premio e andamento demografico della popolazione demográfica”.

<sup>2</sup> Lo define LANDINI, *Il contratto di assicurazione: profili generali*, Trattado dei contratti, V, Milano, 2014, p. 589 como: «Il rischio di investimento è definito come 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

<sup>3</sup> Interessante la sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 7 de marzo de 2012, Bull. Ass., 2013, pp. 369 y ss.

<sup>4</sup> En este punto afirma BINON, *Droit des assurances de personnes*, 2ª ed., Bruxelles, 2016p. 132 como el asegurado es tenido, ciertamente por un “engagement de résultat en ce qui concerne le nombre d'unités à verser au dénouement du contrat, mais il n'assume qu'une obligation de moyen en ce qui concerne la valeur même de ces unités au dénouement du contrat”.

leccionado dichos fondos y su composición más fija o variable en el éxito de esa gestión en aras a cumplir con sus eventuales obligaciones medios/resultados, siempre que exista en este último supuesto un resultado, la liquidación de unos activos?<sup>5</sup>

Pero ¿y los nuevos riesgos, y los riesgos emergentes?<sup>6</sup> No olvidemos que las dos grandes paradojas del contrato de seguro, pero, sobre todo, del riesgo vienen por el *alea* y por la certidumbre. ¿Es cierto lo que es aleatorio?, ¿es aleatorio lo que es cierto? ¿Sigue sirviendo y existiendo hoy, la aleatoriedad en este contrato? O simplemente ¿puede suprimirse del seguro?

Pero ¿es aleatoria una inversión en activos financieros y si lo es, de qué depende la intensidad y fluctuación de su valor? ¿es aleatoria y por tanto lo es ese seguro, por ejemplo, un *unit linked*, si se traspara el riesgo a la aseguradora que hace suya la prima, y que, a la postre, es la propietaria de los activos en que se materializa la inversión de la provisión matemática?<sup>7</sup>

El riesgo es el eje vertebral del contrato de seguro, ayuda a definirlo, le dota de contenido y esencia<sup>8</sup>. Pero la forma y la expresión,

<sup>5</sup> Véase la aportación de MAYAUX, “Arrêt Alonso: les contrats d’assurance-vie en unités de compte sont bien de l’assurance”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2012, pp. 567 y ss.

<sup>6</sup> Entre otros véase nuestra aportación en VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, I, 6ª ed., Cizur Menor, 2019.

<sup>7</sup> Sobre este extremo, en realidad, definición de un *unit linked*, véase FALCÓN Y TELLA, “Los *unit linked* luxemburgueses y la Res. DGT 15 de diciembre 2008 (JT 2009, 1): ¿un cambio de criterio?”, *Quincena fiscal*, 2009, nº 6, pp. 7 y ss., y quien defiende como esto no es obstáculo para que el riesgo financiero de la inversión se soporte por el tomador, en la medida en que el contrato prevea que sea éste quien decida el producto o productos en que se invierte.

<sup>8</sup> Sobre las dificultades de definición del contrato de seguro y el papel esencial del riesgo se pronunciaba ya la jurisprudencia británica en el caso *Prudential Insurance Co v Commissioners of Inland Revenue* [1906] 2 KB 658. En otras palabras, y como afirma la sentencia *Re Barrett; ex parte Young NM Superannuation Pty Ltd* 106 ALR 549 (Fed Court of Australia), *per von Doussa J*, el contrato de seguro es un contrato “upon speculation”. Sobre la concepción del riesgo como esencia misma del seguro, vid., BEIGNIER, *Droit des Assurances*, Paris, 2011, pp. 147 y ss.; igualmente LABORDE, “La notion de risque en droit des assurances et en droit de la sécurité sociale”, *Etudes offertes à Hubert Groutel*, Paris, 2006, pp. 235 y ss.

el medio en suma, modula finalmente la esencia misma del alcance de los derechos del asegurado<sup>9</sup>. Un alcance y unos derechos que vienen, en cierto modo, condicionados por la forma, la esencia, la descripción material y formal de esos riesgos. Descripción disímil para unos u otros contratos de seguros, del ramo y modalidad que fueren. Descripción que permite la evaluación y, en su caso, la graduación del riesgo. Actitudes, declaraciones, buena fe, antiselección fáctica del riesgo asumible y asegurable, selecciones adversas, juegan un papel crucial en la selección misma del riesgo<sup>10</sup>.

Una selección en la que la delimitación, la redacción en suma del condicionado o cláusulas, la concreción, claridad y sencillez, como corolarios de la necesaria transparencia y por tanto, amparadora y tuteladora de los derechos del asegurado, edifican la consistencia y el perímetro real de los verdaderos derechos del asegurado toda vez que la amplitud y alcance cierto y objetivo del riesgo asumido es indubitado<sup>11</sup>.

El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo<sup>12</sup>. La causa que justifica el vín-

<sup>9</sup> Incidiendo en el lenguaje y en la realidad o no del término “warranty” en la descripción del riesgo LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law. Doctrines and Principles*, 3ª ed., Oxford, 2011, p. 221 como no es necesario para alguna forma de palabras o formulario ser utilizado en orden a crear una garantía de cobertura, el uso o la ausencia del término “warranty” no es importante.

<sup>10</sup> Sobre la selección adversa en la doctrina anglosajona véase entre otros, WILSON, “Adverse selection”, *The New Palgrave of Economics*, 1987, pp. 32 y ss.; ROBERT, *Understanding Insurance Law*, 3ª ed., Newark, 2002, pp. 29 y ss. In extenso, en el tomo I de nuestro Tratado de contrato de seguro, 6ª ed., Cizur Menor, 2019.

<sup>11</sup> No cabe duda de la importancia que en la descripción del riesgo, tienen la descripción material y fáctica de hechos, circunstancias, declaración de voluntad, deberes de respuesta del tomador o solicitante del seguro son cruciales. Entre otros, BIRDS, *Bird’s Modern Insurance Law*, 9ª ed., London, 2013, pp. 114 y ss. Aboga BEIGNIER, *Droit des assurances*, Paris, 2011, p. 171 al analizar el riesgo evaluado por la declaración del riesgo realizada por el asegurado en principio “fidele” y revelar las circunstancias exactas del riesgo al asegurador. Una declaración fraudulenta falsea toda la gestión del riesgo.

<sup>12</sup> Conforme FANELLI, *Le Assicurazioni*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, [CICU/MESSINEO(a cura di)], Milano, 1973, p. 64.

culo contractual no es otro que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo<sup>13</sup>.

Esencia y entidad medular del contrato de seguro. *Ex ante* y *durante*, también *ex post*. Habida cuenta de la duración de tracto sucesivo del contrato de seguro, el asegurado tiene el deber de informar al asegurador de toda evolución/alteración que atañe e incida sobre el riesgo dado que el riesgo declarado y el riesgo real no siempre están en sintonía a lo largo de la vida del seguro. Riesgo y valoración, la del tomador y, en su caso, del asegurado, pero también la del asegurador. Antiselección de riesgos, aversión y estadística. Riesgo, daño y garantía, secuenciales y en graduación<sup>14</sup>.

El riesgo es además percepción. El evento, descompuesta su génesis en posibilidad de realización, se traduce en un riesgo, riesgo que no sabemos si se acaecerá o no y se transformará en siniestro, no dejando de ser un hecho causal que pertenece y se incardina en el ámbito de las percepciones<sup>15</sup>. La percepción sobre el mismo solo nace y existe si la misma se asienta sobre la información. Ésta podrá ser más cierta o incierta, más extensa o más deficitaria, pero sin la misma, adolece de sentido hablar y configurar el riesgo.

Saber qué riesgos son factibles, son potenciales, son reales implica paralelamente desconocer otros, y sobre todo, su verificación o acacimiento a

<sup>13</sup> Como bien asevera CALVO, *Il contratto di assicurazione, Fattispecie ed effetti*, Milano, 2012, p. 94 objeto del seguro es la asunción mediata por parte del asegurador del riesgo deducido en el contrato y que está directamente expuesto al asegurado. La causa de justificación del vínculo consiste en la neutralización del daño consecuencia, (o por mejor decir, de la situación de necesidad addebitabile al siniestro), y que es dada *ex ante* por la garantía aseguraticia (que permite calificar el contrato como acto de previsión), y *ex post* por la eventual prestación indemnitaria debida por la compañía en caso de lesión del interés asegurado.

<sup>14</sup> Concluyente BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., p. 148, el riesgo es, ante todo, el evento aleatorio, el cual si sobreviene, será generador de un daño, el cual suscitará la garantía del asegurador.

<sup>15</sup> Rotundo al afirmar STIGLITZ, *Derecho de Seguros*, I, 5ª ed., Buenos Aires, 2008 p. 242 esa percepción, esa sensibilidad, es un hecho constatable y susceptible de provocar un daño, que significa que el evento (futuro e incierto) debe portar aptitud para causarlo o que puede llegar a constituir una pérdida económica.

futuro. ¿Es factible, es potencial, es real el riesgo de perder absolutamente toda la inversión realizada en un producto financiero a través del seguro?

La información no obstante puede no ser siempre suficiente. Sólo así se entiende que la posibilidad, el primero de los ejes del riesgo, repose parcialmente en el desconocimiento o ignorancia de los resultados que la verificación del siniestro puede ocasionar. Conviene no olvidar que en el ámbito de la ley de las probabilidades la falta de información se acaba traduciendo en incertidumbre, y ésta es un condicionante de la esencia misma del riesgo<sup>16</sup>.

No en vano puede advenirse como la asegurabilidad del riesgo está, inequívocamente condicionada, por la incertidumbre en la realización-verificación del evento, del hecho, del acto<sup>17</sup>. Dos características marcan al riesgo, perimetran su trazabilidad, de un lado, el ser aleatorio, de otro, la evaluación del mismo. Aleas y evaluación donde la buena fe y la intencionalidad juegan un papel crucial. Selección y antiselección, valoración y evaluación del riesgo en aras a ser asumido total o parcialmente, o por el contrario, rechazado por la entidad aseguradora. Asunciones y exclusiones convencionales, delimitaciones positivas y negativas. Realidad y percepción.

La causa que justifica el vínculo contractual no es otro que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo. Riesgo y futuridad o hechos futuros, pues estos hechos, estos acontecimientos son inescindiblemente *a futuro*. No puede redimensionarse otro modo ni en otro momento, con independencia de los dos momentos en que el riesgo es configurado, el del juicio de valor sobre el riesgo, ex ante, fase precontractual y perfectiva del contrato de seguro, y el del riesgo mismo, constante el seguro, se verifique o no en siniestro. El seguro es antiselección. O por mejor señalar la técnica asegurativa es antiselección. Es información, por muy asimétrica que la misma pueda ser.

<sup>16</sup> Véase la aportación de marcado cariz epistemológico de LOOSCHELDERS, "Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?", *VersR*, 1996, n° 47, pp. 529 y ss., p. 531.

<sup>17</sup> Conforme, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, 5ª ed., cit., p. 238 quien señala como la materia es (debe ser) la cobertura de un riesgo asegurable, pues lo que al tiempo del perfeccionamiento del contrato aquéllos (asegurado y asegurador) consideran es la hipótesis de la realización del mismo (siniestro).

Es probabilidad. Quién contrata un seguro, y traslada el riesgo, es más propenso a la selección adversa. A un comportamiento diferente ante el riesgo. No en vano la selección adversa puede destruir el mercado de seguros<sup>18</sup>.

No todos los seguros ni sus ramos son igualmente de predecibles en tanto a sus riesgos como cálculo de pérdidas en caso de siniestro, significativamente los seguros de salud. El riesgo moral en el seguro de salud aumenta y presiona el coste al alza de las primas<sup>19</sup>. Ello implica inestabilidad, flotabilidad. Quid con las personas o asegurados de alto riesgo médico? Pero, ¿deben ser o estar regulados con mayor cuidado los mercados de seguros?<sup>20</sup> Riesgo y seguro, la parte y el todo, constituyen una relación biunívoca esencial. Ausente el primero, el contrato de seguro simplemente no es, no ha sido, ni tampoco será, con la excepción del riesgo putativo. Dispersarlo, que no diluirlo, es la finalidad del seguro. Pero este no es especulación, es riesgo puro, no artificial<sup>21</sup>.

## 2. *La transferencia del riesgo. Pero ¿cuál riesgo, el de inversión o el demográfico?*

El epicentro de todos estos productos, de los PRIIPs en suma, es el riesgo, ahora bien, ¿de qué o cuál riesgo estamos hablando?, ¿uno

<sup>18</sup> Conforme MAHER, cit., p. 129 que categóricamente afirma: “Adverse selection can damage or destroy insurance markets”.

<sup>19</sup> En este sentido, teorizando sobre el riesgo moral en los seguros de salud y el incremento al alza de las primas, PAULY, “The economics of moral hazard: comment”, *Am. Econ. Rev.*, 1968, vol. 58, pp. 531 y ss.

<sup>20</sup> Véase, DIAMOND, “Organizing the Health Insurance Market”, *ECONOMETRICA*, 1992, nº 60, pp. 1233 y ss., donde describen la incapacidad de las personas de alto riesgo para obtener una cobertura asequible en mercados individuales.

<sup>21</sup> Distinguiendo entre riesgo puro y riesgo especulativo, y suponiendo el primero la posibilidad de pérdida o deterioro del patrimonio, es decir, o se produce el daño o no se produce, el riesgo especulativo no es objeto del seguro, véase BREEDY, *El contrato de seguro*, San José, 2012, pp. 189 y ss., quién señala p. 190 como el riesgo especulativo es artificial, dado que el ser humano lo crea y lo busca para satisfacción o beneficio; en cambio, el riesgo puro el ser humano no lo busca, sino que huye para que no recaiga sobre él, fungiendo el seguro como un mecanismo previsional.

puramente especulativo?, ¿uno mixto y aderezado de componentes biográficos o demográficos cual seguro de vida y componentes puramente especulativos? Sin riesgo no hay seguro. Sin seguro el riesgo es asumido plenamente por el portador del mismo. Difícilmente puede entenderse el seguro sin el riesgo, sin la gestión y transmisión o transferencia del riesgo<sup>22</sup>. Mas, ¿cuál es el riesgo que late y recorre las fibras de este contrato? Acaso ¿es admisible una dualidad de riesgo, el de vida, frente al especulativo en una suerte de unión hipostática?

El seguro es riesgo, pero implícitamente es, además, transferencia de riesgo. Una transferencia gestionada. Frente a esto, estaría la asunción propia del riesgo por el portador del mismo, el *self insurance*<sup>23</sup>. Saber qué riesgos son factibles, son potenciales, son reales implica paralelamente desconocer otros, y sobre todo, su verificación o acaecimiento a futuro. Cuáles conoce y cuáles ignora un asegurado en estos productos financiero-asegurativos no tiene una respuesta cómoda. La

<sup>22</sup> Como bien señalan ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation. Cases and materials*, 6ª ed., St. Paul, 2015, p. 1: “We live in a risky world and we are increasingly aware of it... Insurance is one method of addressing these risks”. Cuestión distinta es calibrar, medir, abordar y ponderar esa conciencia de vivir en ese riesgo, y afrontar éste.

<sup>23</sup> En este supuesto estamos ante una genuina retención del riesgo, supuesto sin duda a la transferencia del mismo a un profesional, a una aseguradora, por lo que la transferencia del riesgo por el sujeto expuesto al riesgo mismo del asegurador vertebra el contrato. Con este término de *self insurance*, estamos ante una técnica de gestión de riesgos que ve al sujeto expuesto al mismo como debe calcular las pérdidas en su caso y proveer recursos económicos propios a tal fin. En la literatura norteamericana destaca la obra de HUEBNER, *Property insurance: comprising fire and marine insurance, automobile insurance, fidelity and surety bonding, title insurance, credit insurance, and miscellaneous forms of property insurance*, New York-London, 1922, pp. 79 y ss. Como bien afirma KULP, *Structured finance and insurance: The ART of managing capital and risk*, New York, 2006, al contrastar el seguro frente al autoseguro afirma: “the self operated system of hazard treatment must meet identically the same requirements as though operated by anyone else. Self-insurance in theory differs from insurance per se only in its management. Self-insurance means that the multi-exposures of a single insured permit pooling of hazards of the same qualifications as those a mutual company combines from among many individual insureds. The insured unit ... is not the individual person who takes out an insurance policy as such but an actuarial-statistical unit of exposure”.

información no obstante puede no ser siempre suficiente. Sólo así se entiende que la posibilidad, el primero de los ejes del riesgo, repose parcialmente en el desconocimiento o ignorancia de los resultados que la verificación del siniestro puede ocasionar.

Pero el siniestro tiene un filtro, el vaivén del mercado, de la cotización y su flotabilidad o fluctuación, filtro que puede suponer la pérdida total de lo invertido y por ende, de la prestación futura de la póliza de seguro. Conviene no olvidar que en el ámbito de la ley de las probabilidades la falta de información se acaba traduciendo en incertidumbre, y ésta es un condicionante de la esencia misma del riesgo<sup>24</sup>. No en vano puede advenirse como la asegurabilidad del riesgo está, inequívocamente condicionada, por la incertidumbre en la realización-verificación del evento, del hecho, del acto<sup>25</sup>. Incertidumbre que en estos productos financieros se reduce a un eje cartesiano puro, ganancia-pérdida.

La causa que justifica el vínculo contractual no es otro que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo. Pero el riesgo especulativo solo se neutraliza claramente de un modo, no invirtiendo. O invirtiéndolo con una garantía de reembolso sea total o sea parcial. Riesgo y futuridad o hechos futuros, pues estos hechos, estos acontecimientos son inescindiblemente *a futuro*. No puede redimensionarse otro modo ni en otro momento, con independencia de los dos momentos en que el riesgo es configurado, el del juicio de valor sobre el riesgo, ex ante, fase precontractual y perfecta del contrato de seguro, y el del riesgo mismo, constante el seguro, se verifique o no en siniestro.

Pero tampoco puede entenderse sin su otro gran elemento configurador, el interés. Quién contrata un seguro de vida vinculado o basado en productos financieros, otra cuestión es como veremos a

<sup>24</sup> Véase la aportación de marcado cariz epistemológico de LOOSCHELDERS, "Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?", *VersR*, 1996, n° 47, pp. 529 y ss., p. 531.

<sup>25</sup> Conforme, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, 5ª ed., cit., p. 238 quien señala como la materia es (debe ser) la cobertura de un riesgo asegurable, pues lo que al tiempo del perfeccionamiento del contrato aquéllos (asegurado y asegurador) consideran es la hipótesis de la realización del mismo (siniestro).

lo largo de este ensayo es si lo que en verdad se contrata es un producto financiero vinculado a un seguro, asume riesgos, pero también tiene intereses, siquiera, en la parte financiero especulativa, una expectativa a recuperar cuando menos, lo invertido si no hubiere otra rentabilidad. Y es esta hipótesis la de la rentabilidad y la de tratar de recuperar lo invertido en caso de su ausencia, la que ha generado no solo el conflicto sino el tensamiento dogmático y jurisprudencial de este negocio jurídico.

Y en ese afán recuperador del capital invertido no ha dudado un tomador o un asegurado o sus derechohabientes en buscar amparo judicial alegando la nulidad del contrato en base a que no contrató un seguro sino, por el contrario, un contrato de inversión pese al *nomen iuris* dado por la contraparte, o buscando que la suma asegurada que acaba en poder de un beneficiario revierte al caudal o masa hereditaria del de *cuius*, el tomador o asegurado. Hemos de precisar, además, que aparte del cuestionamiento dogmático teórico sobre todo para deslindar la naturaleza jurídica de estos contratos y aclarar qué régimen normativo es aplicable, también la jurisprudencia, no solo patria, también foránea, ha basculado y cuestionado, en ocasiones contradictoriamente estos extremos<sup>26</sup>.

No obstante, de qué interés estamos hablando en estos productos, de ¿un interés al aseguramiento, cuando el seguro de vida es marginal e irrelevante en la globalidad del contrato?, ¿de un interés en el daño y el resarcimiento cuando todo se funde en la expectativa de un rendimiento que puede frustrarse? La pérdida de la inversión o del capital ahorro invertido ¿es un daño homologable al daño que conocemos en el contrato de seguro toda vez que se verifica el siniestro? ¿O tal vez de un interés pecuniario a recuperar cuando menos la prima invertida si el producto garantiza esta posibilidad aun cuando no exista rendimiento de ningún tipo?<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Se ocupa de esta divergencia de modo extraordinario el profesor TAPIA HERMIDA, "Noción del seguro de vida unit-linked", cit., pp. 485 y ss., y donde dualiza entre la jurisprudencia mayor de la Sala Primera del TS que se ocupa de la naturaleza jurídica de este tipo de seguro y la jurisprudencia menor de las Audiencias y salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia y que parten de la base de calificar material civil de estos seguros ocupándose además de su distribución y cuestiones tributarias.

<sup>27</sup> Sobre los distintos intereses y la polivalencia de este elemento véanse nue-

Riesgo y seguro, la parte y el todo, constituyen una relación biunívoca esencial<sup>28</sup>. Ausente el primero, el contrato de seguro simplemente no es, no ha sido, ni tampoco será, con la excepción del riesgo putativo. El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo<sup>29</sup>. Otra cuestión es si el riesgo de inversión suplanta, equivale, se yuxtapone o simplemente complementa en un seguro sobre productos financieros al genuino pero marginal riesgo demográfico, es decir, de supervivencia o muerte de un asegurado.

Mas ¿importa este riesgo especulativo a la entidad aseguradora o solo al pechar con el mismo en toda su intensidad, al asegurado inversor? Y de qué asegurado estamos hablando, ¿acaso de un inversor profesional? ¿Nos estamos refiriendo a ese inversor profesional que se define en el art. 4.1.10 de la MIFID II o en el artículo 25 del TRLMV? O también cabe ese otro inversor no profesional sino minorista que no necesariamente será un profesional aunque puede serlo en algunos extremos? Ciertamente no todo asegurado, como también no todo inversor minorista será *mutatis mutandis* un consumidor, pura y simplemente<sup>30</sup>.

stras aportaciones en VEIGA, *El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés*, Cizur Menor, 2018; VEIGA, *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Cizur Menor, 2018, capítulo sexto.

<sup>28</sup> No se equivoca GUILLOU, “La condition de garantie et le risque”, Dossier n° 1, 2017, BJDJA, [bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/la-condition-de-garantie-et-le-risque], cuando afirma: “El riesgo es, de hecho, la única razón por la que el asegurado es llevado a contratar con el asegurador. Esquemáticamente, constituye el eje central alrededor del cual se agregan los diversos elementos del contrato de seguro. Por lo tanto, el contrato de seguro es una solución técnica, construida y articulada alrededor de este evento incierto. En términos concretos, esta solución está incorporada en dos respuestas separadas proporcionadas por el asegurador: en primer lugar, la obligación de garantía, que constituye la cobertura del riesgo durante la duración, y en segundo lugar, la obligación de pagar, indemnización en caso de realización del mismo. Estas dos respuestas son intrínsecamente incompletas y limitadas, la deuda contraída por el asegurador no puede ser infinita e incondicional”.

<sup>29</sup> Conforme FANELLI, *Le Assicurazioni*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, [CICU/MESSINEO(a cura di)], Milano, 1973, p. 64.

<sup>30</sup> Como bien nos recuerdan ALMARCHA/MUELAS/MIR, “Aspectos clave

### 3. *Hacia los PRIIPs o los paraguas artificiales*

A impulsos comunitarios irrumpe un mega-concepto lo suficientemente genérico pero ambiguo a la vez que trata de dar cobertura o amparo a una suerte heterogénea de productos con un fuerte componente financiero. Los PRIIPs, un complejo producto que combina inversión con rentabilidad en función de la fluctuación del mercado. Así, el artículo 4.2 del Reglamento UE 1286/2014 definen los productos de inversión basados en seguros como todo “*producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado*”. Bajo la égida del mismo, caben una amalgama diversa de productos pero también de combinación de productos. Inclúyese también, dentro de lo que nosotros denominamos paraguas artificial, PRIIP, los productos de inversión minorista empaquetados. En éstos,

en la distribución del seguro unit-link”, [valiro.com/dist/eventiii/libro-blanco.pdf], pp. 1 a 25, p. 7, la distinción entre cliente profesional y cliente minorista que realiza la normativa PRIIPs, en línea con la de mercado de valores<sup>11</sup>, se configura en función de la experiencia, los conocimientos y la cualificación que ostente el inversor, pero no estrictamente con el fin que persigue la inversión o, en esencia, el negocio jurídico. En general, el inversor minorista será consumidor, por la propia naturaleza de cada una de las instituciones, pero atendiendo a la regulación vigente no debería establecerse esa consideración con carácter omnicompreensivo. En este sentido, valga de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 323/2015, de 30 de junio (RJ 2015\2662) que destacaba «[q]ue un cliente bancario sea clasificado, a efectos de la normativa MiFID, como minorista significa que no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado cliente profesional. [...] Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un “ignorante financiero”, pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a estas empresas».

la caracterización viene de que la suma a devolver al inversor está sujeta a fluctuaciones por la exposición a valores de referencia o al rendimiento de uno o más activos no adquiridos directamente por el inversor minorista. Pero más allá de la sutileza imprecisa del lenguaje y del significante de estos productos, el sustrato es claro, a saber, activos e instrumentos financieros, no siempre sencillos de comprender y analizar.

Paradójico en último caso, es que no existe un *numerus clausus* o lista cerrada de estos productos, por lo que caben, ahora mismo en ese paraguas, a expensas de que a futuro entren nuevos productos o arquetipos diseñados por los operadores del mercado, productos tales como los fondos de inversión, productos estructurados, productos de seguro, productos de seguros de vida con un elemento de inversión, inversiones derivadas y depósitos estructurados<sup>31</sup>.

Tanto en el ámbito bancario, de valores, como en el de los seguros y, en última instancia, también en el de los fondos. Pero, ¿qué esperamos de un seguro cuando perfeccionamos el mismo? Y ¿qué esperamos cuando el mismo y su hipotético y eventual reembolso ¿depende de las fluctuaciones y volatilidades de un mercado? Y qué ¿cuándo lo que se contrata es un subyacente a base de instrumentos financieros sumamente complejos y gestionados, o incluso diseñados o emitidos por terceros distintos a la propia aseguradora del contrato? Frente a estos interrogantes, una respuesta del legislador, un paraguas artificial que cobijase por la mínima, nociones tan amplias como las de transparencia, comprensibilidad, comparación y, cómo no, protección y tutela. ¿Qué esperamos del intermediario asegurador en su relación frente al cliente inversor también asegurado? Acaso ¿no estamos asistiendo a un paulatino pero también irreversible proceso de co-gestión de los seguros tanto en la producción como en la distribución de los contrato de seguros entre entidad aseguradora e intermediarios? ¿Qué relación

<sup>31</sup> Productos todos ellos a los que se exige, a raíz del reglamento 1286/2014 mayores dosis de información, transparencia y documentación. Vid. entre otros el espléndido artículo de MAYORGA TOLEDANO, “La protección del inversor minorista en el Reglamento UE 1286/2014, sobre los documentos de datos fundamentales”, RDMV, 2015, nº 16, pp. 2 y ss.

fiduciaria o de deberes fiduciarios existen entre todos estos protagonistas?<sup>32</sup>

Como bien se ha señalado, el seguro es una herramienta bien conocida de gestión de riesgos que aborda tres aspectos de la gestión de riesgos: evaluación de riesgos (o análisis de riesgos), control de riesgos y financiamiento de riesgos<sup>33</sup> ¿Y qué aguardamos de un instrumento financiero?, ¿por qué se contrata un seguro? Y ¿por qué un seguro versus instrumento o producto financiero? ¿cuál es, en suma, la finalidad implícita del artículo 20 de la Directiva de Distribución cuando regula que todo contrato que se proponga “debe respetar las exigencias y necesidades del cliente en materia de seguros”? ¿estamos ante una mera y retórica declaración de principios sin recorrido de ningún tipo?

Sin duda ese respeto a las exigencias y necesidades precisa, ex ante, conocimiento de cuáles son las circunstancias y necesidades del futuro asegurado, cuál su experiencia, su conocimiento del mercado y de los productos de seguro, su situación financiera, la capacidad de asumir o soportar pérdidas, el porqué o los objetivos de la inversión y un largo etcétera, con el que el artículo 30 de esa misma Directiva contempla el dictado antecedente del artículo 20. Pues ¿qué ha querido decir entonces el legislador comunitario cuando apeló a esa tolerancia al riesgo del asegurado?

<sup>32</sup> Habla del paso de los *fiduciary duties* a la *suitability rules*, LANDINI, “Idoneidad de las pólizas vinculadas a contratos bancarios”, *Banca-Seguros Experiencia internacional*, [MEZZASOMA/CANDIAN/BELLUCI/CORRIAS/LANDINI/LLAMAS/JARAMILLO (Edits.)], Bogotá, 2018, pp. 257 y ss., p. 257 cuando además afirma que esa relación fiduciaria se basa en la obligación de asesoramiento e información destinadas a corroborar el consenso prestado por el cliente, al deber de facilitar al cliente un producto que responda a sus exigencias, deber que supone necesariamente una interacción entre asegurador e intermediario en el *product governance*.

<sup>33</sup> No les falta razón a HE/FAURE, “Regulation by catastrophe insurance: a comparative study”, *Conn. Ins. L. J.*, 2018, n° 24, vol. 2, pp. 189 y ss., p. 191 cuando afirman: “Private insurance can act not only as a form of post-disaster relief but also as a form of private regulation—a contractual device controlling and motivating behavior prior to the occurrence of a loss. Insurance is a well-known tool of risk management that addresses three aspects of risk management: risk assessment (or risk analysis), risk control, and risk financing.”

¿Qué expectativas tiene un tomador del seguro o asegurado ante el contrato y el riesgo que cree asegurado plenamente, amén de la inversión en fondos o instrumentos financieros de los que espera una suficiente rentabilidad?<sup>34</sup> Piénsese además en no pocos productos en los que la rentabilidad del mismo depende de su fluctuación bursátil o evolución en el mercado de activos o valores subyacentes que pueden haber sido emitidos y colocados en el mercado por una única empresa o sociedad mercantil, o responder a tantas como distintos sean entre sí esos valores no necesariamente homogéneos e idénticos en contenido, riesgo, perfil y cuantía. En ocasiones y desgraciadamente la práctica así lo ha atestiguado, la rentabilidad, en puridad, no depende únicamente de la fluctuación bursátil, sino que puede verse alterada incluso negada por circunstancias exógenas a aquélla, como puede ser la quiebra o insolvencia de la sociedad emisora de esos activos o valores<sup>35</sup>.

Y a renglón seguido ¿cuál es el perfil y la estrategia de inversión que, en su caso, tiene un consumidor de seguros que contrata estos productos? ¿Y cuáles, cuando lo que contrata es un producto de seguro y financiero o especulativo sin que, a priori sea clara la naturaleza jurídica de lo que en puridad se está perfeccionando? Acaso un asegurado medio ¿es capaz de discernir en una hipotética cartera o fondo de valores o portfolio, partiendo de un valor de *riesgo* *x*,

<sup>34</sup> Clásica en la literatura norteamericana del seguro “las expectativas razonables”. Así, señala SCHWARCZ, “A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies”, *William and Mary Law Review*, 2006-2007, vol. 48, pp. 1389 y ss., p. 1394 cuando afirma: “los asegurados, por lo tanto, pueden superar las exclusiones aplicables sin ambigüedad en sus pólizas si un asegurado objetivamente razonable esperaría cobertura sobre la base de factores tales como el lenguaje y la estructura de las pólizas, las prácticas de mercadeo de la aseguradora, la teoría de suscripción y las creencias generalizadas entre los consumidores sobre el alcance de diferentes tipos de seguro”.

<sup>35</sup> Acierta TAPIA HERMIDA, “Noción”, cit., p. 486 cuando comenta el supuesto de hecho de la STS de 10 de septiembre de 2014 señalando como la recuperación de las cantidades invertidas dependen no solo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono, que es una entidad diferente tanto respecto de BES como respecto del emisor del valor subyacente. El riesgo de insolvencia del emisor no está cubierto por fondo de garantía alguno.

aquellos que ofrecen eventualmente una rentabilidad mayor respecto de otros activos o valores y cuáles de estos presentan una menor exposición a un riesgo o que generan un riesgo inferior?

Todo ello, presuponiendo que el asegurado, además, goza de una preselección de diferentes alternativas pudiendo escoger unos componentes de su cartera más o menos abierta, y que adoptaría lógicamente una decisión arriesgada o no, pero cuando menos racional frente al riesgo que asume. Sin embargo, en estos productos no es el inversor asegurado quién compone estos subyacentes sino la aseguradora o una tercera entidad. Una composición no siempre abstractamente eficiente<sup>36</sup>. Y sí serán otros motivos o circunstancias las que inclinen a aquél a realizar esta inversión, no siempre exenta de fuertes componentes o razones de índole fiscal tributaria.

Pero el gran talón de Aquiles no es otro que el déficit de información facilitada. Qué parámetros nos sirven para medir la suficiencia de esa información, la razonabilidad -concepto éste distinto de racionalidad y que ha superado ya el criterio mismo de la diligencia-. Nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 2013 como:

*“la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante”.*

¿Qué expectativas atesora ante estos riesgos financiero-especulativos un asegurador?, pues acaso ¿es factible que a través del contrato

<sup>36</sup> Como bien señala HOUBEN, cit., p. 171 existen de hecho portfolios “inadatti in assoluto, a prescindere dalle esigenze del cliente, poiché non diversificati, e portafogli che, sebbene astrattamente efficienti, risultano inadeguati in considerazione del profilo di rischio e degli obiettivi di investimento di un particolare soggetto”.

del seguro pueda en verdad reducir el riesgo a través del control del comportamiento del propio asegurado? Todo ello sazonado con un último interrogante, máxime cuando en la distribución de estos productos participan aseguradora y entidad financiera o bancaria (normalmente pertenecientes ambas a un mismo grupo), cuál es ¿ante qué tipo de asesoramiento financiero deben circunscribirse empresas de servicios de inversión, entidades financieras y entidades aseguradoras?

Cuestión no baladí ni intrascendente habida cuenta que existen requisitos habilitantes y formativos para este asesoramiento profesional desde un plano subjetivo y que permiten la comercialización a algunas entidades de estos productos, pero ante todo, tratar de homogeneizar un mínimo de rigor y profesionalidad en la información que deberá trasladarse a todo hipotético inversor<sup>37</sup>.

Imaginemos que el comportamiento del asegurado pueda en verdad incidir en un producto financiero, por ejemplo, con el rescate, con la reducción, con el cambio de decisión en el producto o en los valores de un fondo de inversión que decide mutarlos durante la ejecución del contrato si es que el contrato permite tamaña decisión. O acaso no existen presupuestos o factores de garantía sine qua non que no solo posibilitan el seguro sino que condicionan y presuponen el riesgo mismo causal del contrato?<sup>38</sup> Son los que se conocen como

<sup>37</sup> Tras analizar la rupturista sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2018, TAPIA HERMIDA, “Noción”, cit., p. 501 se plantea un interrogante análogo, “¿Cómo debe regirse el asesoramiento financiero en los seguros de vida e inversión (unit-link)?”, concluyendo la sentencia que resulta aplicable al asesoramiento financieros en estos seguros de vida “unit link” la normativa de distribución de seguros y no la normativa MIFID.

<sup>38</sup> En este punto, nuevamente, GUILLOU, “La condition de garantie et le risque”, cit., se refiere a las mismas como: “la condición de garantía contribuye sustancialmente a determinar el alcance de la garantía, al tiempo que reduce la probabilidad de que ocurra el riesgo. Por lo tanto, entre las condiciones de garantía, algunas de ellas están claramente diseñadas para alentar al asegurado a ser particularmente cauteloso y vigilante, en particular al exigir la posesión de autorizaciones específicas como la licencia de conducir, licencia de piloto profesional etc... Pero otros van más allá al establecer un verdadero arsenal de prevención de riesgos o medidas de protección mínimas que deben implementarse antes de la efectividad de la garantía o, cuando sea apropiado, deben revisarse periódicamente en curso el contrato. Mientras no se implementen, el riesgo no está

condiciones de garantía ante el riesgo, es decir, una serie de medidas o presupuestos preventivos que suponen un hacer o un tener y que juegan como una condición previa pero necesaria para hacerse cargo el asegurador del riesgo, ya que el asegurado debe seguir escrupulosamente los requisitos. Piénsese en el perímetro del riesgo y ciertos deberes de aminorar o prevenir aquél por parte del asegurado, significativamente en el seguro de robo.

Si esto fuere así, significaría que una, entre las múltiples funciones que desempeña el seguro, es la de que, controlando el riesgo moral, se consigue la reducción misma del riesgo<sup>39</sup>. Pero más allá de connotaciones económicas, a la par que especulaciones sobre el comportamiento del portador del riesgo y la selección adversa, no cabe duda que, el riesgo, es el nervio que une a aseguradora y tomador en el contrato, si bien el tratamiento y el interés de cada uno difiere<sup>40</sup>. Y difiere por que diferente es el motivo que cada uno atesora, como la técnica actuarial que emplea la aseguradora basada sobre todo, pero no como único elemento, en la mutualidad<sup>41</sup>. Esto es, el agrupamiento de un cierto número de personas sometidas a un mismo riesgo a

cubierto. La fecha efectiva de la garantía se pospone así a la fecha de realización de estos. En general, la condición de garantía actúa como una condición previa del seguro, que pospone la entrada en vigor de esta, en espera del cumplimiento de ciertas medidas. Convencionalmente, las medidas mínimas de protección o seguridad se estipulan contractualmente para la garantía contra los riesgos de robo y vandalismo y dan lugar a una abundante jurisprudencia”.

<sup>39</sup> No pierden vigencia las reflexiones en este punto de PRIEST, “The Government, the Market, and the Problem of Catastrophic Loss”, *J. Risk & Uncertainty*, 1996, n° 12, pp. 219 y ss.

<sup>40</sup> Afirma BIGOT, *Le contrat d'assurance*, *Traité de droit des assurances*, tome 3, 2ª ed., Paris, 2014, p. 40 “l'assurance est préservatrice, où elle tend à préserver d'une perte éventuelle, on peut se demander s'il y a encore assurance quand la prestation versée par l'assureur n'est pas corrélée à cette perte”.

<sup>41</sup> Concluyente -aun siendo sus primeras palabras en su monumental y excepcional obra, argumentaba, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, 6ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 1 como el costo de la reparación de un daño futuro e incierto ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca, casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual. Una de ellas lo constituye el seguro, en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros

fin de repartir entre todas ellas las consecuencias y gravámenes del siniestro. Como también lo es el cálculo de probabilidades<sup>42</sup>.

Cuestión distinta es alcanzar el equilibrio contractual, obteniendo cada parte el *maximum* posible de utilidad, maximizando el beneficio, aminorando o minimizando el perjuicio<sup>43</sup>. Dispersarlo, que no diluirlo, es, en suma, la finalidad del seguro. Pero este no es especulación, es riesgo puro, no artificial. La bóveda del seguro es la transferencia y asunción de ese riesgo, seleccionándolo, valorándolo, analizándolo pero, sobre todo, antiseleccionando aquellos riesgos que otro, la entidad aseguradora, asumirá o por el contrario excluirá a cambio de un precio<sup>44</sup>.

e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina. En idéntico sentido, STIGLITZ, G., *Daños y perjuicios*, Buenos Aires, 1987, pp. 88 y ss.

<sup>42</sup> Sobre el cálculo de probabilidades y sus bases, véase entre otros, FONTAINE, *Droit des assurances*, 5ª ed., Bruxelles, 2016, p. 16 quién recuerda a Pascal en el siglo XVII pero sobre todo los trabajos posteriores de Fermat, Huygens y Bernoulli, cuyas investigaciones demostraron que era posible, a partir de un gran número de observaciones, predecir las posibilidades de acaecimiento de eventos aleatorios. Así las cosas, Halley estableció ya en 1693 una primera tabla de mortalidad y que Price, habría denunciado, desde el punto de vista de la estadística, la precariedad de las bases sobre las que trabajaban las compañías de seguros británicas, debiéndose esperar hasta 1762 para ver una primera mutua- lidad, *L'Équitable*, practicar en Inglaterra el seguro de vida sobre la base de los resultados de estudios estadísticos.

<sup>43</sup> Muy crítico pero no exento de razón afirma FISCHER, “Why Are Insurance Contracts Subject to Special Rules of Interpretation?: Text Versus Context”, *Arizona State Law Journal*, 1992, vol. 24, pp. 995 y ss., p. 1049 cuando categórico señala: “The difficulty with insurance contracts is not with their structure or with the insurer’s superior size. Nor, in the absence of a showing of substantive unconscionability, is the difficulty with the actual terms of the insurance contract. Rather, the difficulty with insurance contracts lies in the average insured’s inability to appreciate fully what events are covered and what events are not covered”. Esto es, saber qué eventos qué hechos están cubiertos y cuáles no, es el centro de la controversia y la interpretación. No en la estructura del contrato ni en el tamaño o superioridad de una aseguradora.

<sup>44</sup> Traemos en este punto a colación las palabras de FONTAINE, *Droit des assurances*, 5ª ed., cit., p. 19 que argumenta: “Dans certaines branches, l’assuré doit en principe soumettre à l’assurance tous les risques de même nature qu’il court (*polices globales*), afin d’éviter l’anti-sélection, c’est-à-dire l’assurance des seules mauvais risques, et l’assureur se réserve encore un droit d’agrément. L’assureur

El seguro no aniquila el daño, sino que tolera un traslado de la carga económica por el sujeto amenazado por un evento patrimonialmente desfavorable, a otro –asegurador– que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente “preparada para absorber el riesgo de indemnización”<sup>45</sup>. Es una operación de transferencia de riesgos<sup>46</sup>. Más o menos simple<sup>47</sup>.

Pero cuando el seguro se basa en la volatilidad de los mercados, algo no casa con esa mutualidad, con esa absorción del riesgo. Siendo esta la pauta que define e impregna todo contrato de seguro, incluso aquellos donde la función de capitalización y financiera, amén de la de ahorro, se convierte en el nervio causal del contrato mismo. Ahora bien, en estos productos de seguro y financieros, el riesgo y el daño, a priori lo asume en toda su intensidad el asegurado inversor. Salvo aquellos productos que prevén una recuperabilidad total o parcial de lo invertido. En cierto modo no es descabellado afirmar que la aversión o la propensión al riesgo del asegurado-inversor sería proporcional al patrimonio que invierte en estos productos financieros<sup>48</sup>.

veille en outre à donner aux risques qu’il assume les qualités et la répartition que étaient celles du groupe où les statistiques ont été élaborées, condition nécessaire à ce que vérifient dans son entreprise les probabilités précédemment dégagées”.

<sup>45</sup> Véase en este sentido FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966, p. 144.

<sup>46</sup> Sobre esta transferencia de riesgos y un análisis económico de la misma, vid., entre otros, OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida. Enquanto tipo contratual legal*, Coimbra, 2010, pp. 143 y ss., donde analiza las razones de esta transferencia de riesgos.

<sup>47</sup> Recuérdese la enorme impronta que ha tenido en la dogmática la teoría de la asunción de riesgos. Una teoría en la que el nervio de la misma radica en que el seguro no se concibe como un contrato por el cual la prestación del asegurador estriba en el pago de una eventual indemnización, sino en soportar o asumir el riesgo contra el cual el asegurado se quiere proteger desde la conclusión del contrato. Es la *Gefahrtragungstheorie* estudiado por autores como Gierke, Bruck, Stolfi, Fanelli, etc. Véase sobre esta teoría las interesantes reflexiones de MONTIEL ALVAREZ, *Resseguro e seguro*. Ponto de contato entre negócios jurídicos securitários, Porto Alegre, 2014, pp. 35 y ss.

<sup>48</sup> Algo que lleva a Houben, cit., p. 174 a matizar que como consecuencia de esta aversión y propensión al riesgo el mismo sujeto, el inversor, podría ser clasificado unas veces como inversor especulativo y otras como poseedor de un perfil conservativo.

Otra cuestión es si, con esa transferencia, las partes, ambas, alcanzan o no en un contexto claro de incertidumbre, satisfacción. La aversión al riesgo ha de entenderse, lógicamente, dentro de un perímetro de utilidades. Una utilidad esperada que minimice el impacto del coste de una prima, y una utilidad compartida y generaliza que minimice el impacto de la siniestralidad a través de una mutualidad homogénea de riesgos y sujetos<sup>49</sup>.

Pero ese perímetro conoce o debe conocer de otros mecanismos que, aparte del seguro, traten de reducir las posibilidades de acaecimiento de un siniestro, como es la prevención. Aquellas cautelas, comportamientos, conductas, prevenciones, anticipaciones, cuidados etc., que el asegurado realiza *ex ante* para evitar que los riesgos se verifiquen. Cuestión distinta es si todo sujeto está en idénticas condiciones de anticiparse y adoptar medidas o mecanismos preventivos o no, así como la asunción de los costes que éstos requieren<sup>50</sup>.

Pero, ¿es el seguro un mecanismo eficiente y eficaz de compensación?, ¿disuade el seguro el riesgo de un modo efectivo y eficiente desde la predecibilidad y la mutualización o simplemente juega un rol de venta de riesgos y en este caso de fondos de inversión y otros instrumentos financieros que alguien compra y, en su caso, traslada a otros?, ¿existen otras alternativas que completan esta función?

No podemos soslayar que en cierto modo, la responsabilidad objetiva, máxime en toda la aseguración de responsabilidad, cumple la

<sup>49</sup> Como bien apunta OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida*, cit., p. 145 la existencia de un grado mínimo de aversión al riesgo, implica que el sujeto se dispondrá a abdicar de un valor cierto superior al valor esperado de una pérdida incierta, tanto mayor siendo su aversión al riesgo cuanto mayor sea el valor cierto del que está dispuesto a abdicar para evitar tal pérdida. Se comprende de este modo que “o *sujeito avesso ao risco se disponha a entregar ao segurador um montante de prémios de valor superior ao valor esperado da prestação eventual que obtêm em troca*”.

<sup>50</sup> Ejemplifica supuestos de prevención como técnica anticipatoria FONTAINE, *Droit des assurances*, 5ª ed., cit., p. 11 cuando asevera: “Rouler prudemment réduit les risques d’accidents sur la route. Interdire de fumer et installer des extincteurs minimise les chances de destruction d’un bâtiment par l’incendie. Une bonne serrure peut faire obstacle à un cambriolage. À la limite, la prévention élimine le risque; la récolte rentrée à temps ne será plus détruite par la grêle. Mais in général, le risque n’est qu’atténué”.

función de un seguro social privado<sup>51</sup>. Mas, ¿cuál cumple en estos seguros sobre productos de inversión, acaso el riesgo de una deficiente gestión y responsabilidad de la entidad gestora o de servicios de inversión ante la no rentabilidad de la operación financiera? ¿Cuál es el coste de contratar un seguro para un empresario, para un profesional, para un inversor y cuál para un consumidor o destinatario último?

La diferencia aparte de la capacidad negociadora y de influencia o no en el contenido contractual, radica en que los primeros pueden trasladar perfectamente el coste del seguro, el último, el consumidor, lo asume propiamente. La filosofía que late no es otra que la de alcanzar y maximizar la utilidad marginal del dinero o el patrimonio para la persona, aquella que, precisamente está expuesta al riesgo, pero sobre todo, a los efectos dañosos (pecuniarios normalmente) sobre su esfera personal-patrimonial y donde la correlación presente y futuro es primordial. Se traslada ahorro presente para contingencias y situaciones futuras en las que se quiere evitar la pérdida patrimonial, bien sea por capacidad de ingresos, bien por hacer frente o asumir las consecuencias de un daño material o físico sobre la persona misma.

El consumidor racionalmente contrata un seguro, anticipándose a las posibles consecuencias dañosas que la verificación de un riesgo supone en su esfera privada, tanto propia como frente a terceros en caso de responsabilidad exigible. A *sensu* contrario, y desde una óptica económica, su decisión, racional en todo caso, aumenta su seguridad pese al coste de una prima que pueda o no trasladar en su defecto a otros. Ello no empece para que, dentro de la noción subjetiva de asegurado, la heterogeneidad sea la pauta, pues unos están mejor posicionados que otros para distribuir el riesgo. Incluso para decidir qué riesgos se reducen y cuáles no.

Si bien un interrogante que hemos de hacernos a modo de pronuntuario no es otro que el de plasmar e interpelarnos qué sabemos y cómo de las técnicas por las que una aseguradora reduce el riesgo. Pues acaso el mercado bursátil o cualesquier otro financiero ¿reducen riesgos? Y si lo hacen, ¿de qué tipo de riesgos y para quién los reducen?

Qué técnicas, qué incentivos, qué estímulos, qué exigencias acaban

<sup>51</sup> Así, COLEMAN, *Riesgos y daños*, Madrid, 2010, p. 417.

estipulando el comportamiento del asegurado, pero también cuáles inciden sobre riesgos que ya no dependen ni de la acción, ni tampoco de la voluntad humana<sup>52</sup>. Aunque no es menos cierto que el riesgo moral presenta mayores dificultades en algunos seguros, como el de responsabilidad civil<sup>53</sup>. Los ángulos pero también las angosturas, son múltiples, como lo es también proveer una definición de seguro<sup>54</sup>.

Pues, ¿cómo se previene, como se mitiga y monitorea y conserva el comportamiento conductual del asegurado *-potencial dañante-*? ¿acaso una exposición a la responsabilidad activa un mecanismo de prevención ante el daño mismo? No cabe duda que el propio riesgo moral puede moderarse e incluso controlarse en su intensidad. Ya por mecanismos simples, pero fácticos, por ejemplo a través de una delimitación por exclusiones del riesgo cubierto, ya por un mecanismo más técnico y simple, como es el autoseguro por parte del propio asegurado<sup>55</sup>.

Así, el control del riesgo moral y la selección adversa exige que una parte del riesgo sea asumido por el propio asegurado, el cuál, expuesto al mismo o a las consecuencias patrimoniales del daño en una porción, modulará su comportamiento pero también su diligencia y

<sup>52</sup> Véase el análisis que hace sobre las condiciones de garantía y el perímetro del riesgo real GUILLOU, "La condition de garantie et le risque", cit. [recurso electrónico]

<sup>53</sup> Conforme HE/FAURE, cit., p. 193 cuando señalan: "Moral hazard is the tendency of insureds from vulnerable areas to exercise less care in avoiding losses than they would if the losses were not covered by insurers. Admittedly, it is only logical for the insureds to change their behavior as soon as the risk is fully removed from them. Such changes in behavior is in that sense not "immoral". The moral hazard risk is especially problematic as far as liability insurance is concerned. The reason is that an exposure to liability provides incentives for the prevention of accidents to potential insurers."

<sup>54</sup> En este punto advierte CLARKE, *The law of insurance contracts*, London, 1997, p. 2 como "Insurance contracts are best seen (and defined, if at all) according to the angle or line of approach, that is, the context or issue before the court. With regulatory statutes, courts are concerned with the purpose of the statute, whether, for example, this is the kind of thing that parliament intended to regulate, or to encourage ... and they examine the terms of the contract in that light".

<sup>55</sup> Inequívoco en este punto, SHAVELL, "On Moral Hazard and Insurance", Q. J. ECON., 1979, n° 93, pp. 541 y ss.

precaución. Expuesto parcialmente el asegurado a las consecuencias del riesgo/siniestro, autoseguro, el asegurador mitiga en parte la aleatoriedad misma del riesgo. Pero si se nos permite, ¿hasta qué punto en estos seguros/productos financieros no se produce un auténtico autoseguro donde el asegurado inversor pecha con los efectos negativos de la inversión realizada y frustrada rentabilidad?

Y eso parte de una premisa clara pero a la vez radical, conocer el verdadero alcance y contenido del riesgo cubierto. Tanto el demográfico, por irrelevante que en estos tipos de productos significa, como el de inversión. La clave de bóveda. Esto es, saber en qué condiciones está cubierto su riesgo cuando las exclusiones le permiten saber los casos particulares en los que no está. Y saber qué riesgo verdaderamente se corre en un mercado de transacciones y de volatilidades y fluctuaciones máximas. Y en esta búsqueda del saber que está cubierto y qué excluido, no pocas veces el último dictado será el de la interpretación judicial del contrato. Pues este, desafortunadamente es, aunque no siempre y tampoco no en todos sus extremos, un contrato impreciso<sup>56</sup>.

Reducción de riesgos que, no es sino la parte objetiva de un contrato que se traslada a quién, a cambio de un precio, los asume y bajo sus condiciones de asegurabilidad y, por ende, de exclusión. Acaso no siempre es posible para la prima invertida ¿crear un portfolio de inversión más diversificado que permita y que ofrezca un mayor rendimiento y menor riesgo?

¿Qué papel juega en verdad la asimetría informativa y el riesgo moral? ¿y la eficiencia?<sup>57</sup> ¿es eficiente un contrato si las exclusiones

<sup>56</sup> Estos son los presupuestos precisamente de las causas de la interpretación contractual. Aciertan JERRY/RICHMOND, *Insurance law*, 5ª ed., cit., p. 125 cuando distinguen hasta tres tipos diferentes de imprecisión en las pólizas de seguro: “imprecise language, ambiguous organization; and ambiguity created by extrinsic information”. In extenso nos hemos ocupado de la interpretación en trabajos anteriores, VEIGA, *Condiciones en el contrato de seguro*, 2ª ed., Granada, 2008; VEIGA, *Hacia una reconfiguración del contrato de seguro*, Cizur Menor, 2018; VEIGA, *Tratado de contrato de seguro*, 6ª ed., I, Cizur Menor, 2019.

<sup>57</sup> Acierta IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Análisis económico del derecho*, Barcelona, 2011, p. 212 al analizar el riesgo moral, como éste significa también peligro en sentido ético y jurídico. Ético, porque involucra la conducta de quién tiene a su cargo

del riesgo desnaturalizan la causa misma del contrato?, ¿es eficiente un contrato si la conducta moral del asegurado se aleja de los estándares que tuvo en el momento precontractual y omite medidas de seguridad para salvaguardar el objeto del interés asegurado? Minimizar la posibilidad de que ocurre un siniestro supone costes, para ambas partes contractuales. Desde la eficiencia ha de buscarse que esos costes beneficios sean menores que el riesgo que suponen no aminorar la probabilidad del siniestro.

Esto nos lleva directamente al cuestionamiento mismo del grado de libertad contractual que tienen las partes y, particularmente, una de ellas: el tomador/asegurado. Pero también el asegurador dado que no todo riesgo tiene porque ser asegurado o asumido por el mismo. La asegurabilidad también se condiciona o puede condicionarse<sup>58</sup>. Del mismo modo que esa misma asegurabilidad no es igualitaria ni siquiera proporcional para unos y otros asegurados que pueden sufrir intensidades de riesgos disímiles tanto en el momento precontractual como en el propiamente de ejecución de contrato.

No todo potencial asegurado tiene un mismo acceso o capacidad de pago y crédito para hacer frente a una prima ni todo asegurado eventual tiene y presenta ni una misma frecuencia, esencia e intensidad de riesgo, como tampoco toda esa frecuencia se agrava simul-

un deber moral y lo incumple por permitir la eventual producción de un daño; jurídico, porque esta omisión se identifica con las categorías dogmáticas de la civilística tradicional –culpa in concreto-, e incluso de la penalística –daño eventual, donde el omitente de medidas de seguridad asume la posible producción de un daño-.

<sup>58</sup> Véase en este punto la aportación de DE GRAËVE, “L’assurabilité du risque. Promouvoir une rationalisation pratique par une analyse théorique”, Dossier n° 1, BJDA, 2017, [bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/lassurabilite-du-risque](http://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/lassurabilite-du-risque)], cuando afirma al hablar de asegurabilidad condicionada: “Sin embargo, algunos riesgos, aunque son perfectamente elegibles para la protección del seguro con respecto a los criterios establecidos anteriormente, serán difíciles de lograr, dadas las dificultades relacionadas con los métodos para asumir su responsabilidad. Debido a que pesan en una categoría de población particularmente vulnerable con respecto al índice de pérdida, estos riesgos deben necesariamente, para poder asegurarse, seguir un mecanismo de garantía bastante particular. En otras palabras, la asegurabilidad estará sujeta a acuerdos específicos que permitirán, si es necesario, una compensación total y efectiva de las reclamaciones”.

táneamente con más o menos vigor<sup>59</sup>. Y es que el riesgo puede ser asegurable, o no serlo por voluntad del asegurador que convencionalmente rehúsa el mismo<sup>60</sup>. Aunque también ser inasegurable legalmente<sup>61</sup>. Pero también ese riesgo muta, cambia, se agrava, se diluye o desaparece totalmente modificando la intensidad causal del contrato pero también activando deberes diligentes de declararlo<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> No le falta razón en esa tricotomía ya clásica de asegurabilidad, no asegurabilidad del riesgo e inasegurabilidad que plantea de nuevo DE GRAËVE, cit., [recurso electrónico], cuando afirma: “Asegurabilidad, no asegurabilidad y no asegurabilidad del riesgo. Como se indicó, cuestionar la asegurabilidad o no del riesgo es cuestionar la elegibilidad o no de este último para una garantía. Sin embargo, detrás de esta comprensión simple, incluso simplista, del concepto, se encuentra una pluralidad de enfoques de asegurabilidad de riesgos, lo que lleva a la necesidad de diferenciar entre dos elementos: “asegurabilidad” y “no asegurabilidad”, pero tres en forma aislada. integrando la idea de “no asegurabilidad”. Si al parecer un riesgo es asegurable o no asegurable, la profundización del material en realidad requiere vislumbrar otra hipótesis, que en realidad es la no asegurabilidad del riesgo”.

<sup>60</sup> *In extenso*, nos remitimos entre otros a nuestro trabajo, VEIGA, *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Cizur Menor, 2015.

<sup>61</sup> De ahí que DE GRAËVE, cit., subraye: “... En lo que respecta a la no asegurabilidad, el supuesto inicial es bastante diferente, ya que este concepto se refiere a riesgos que, por su naturaleza, son asegurables pero que, debido a la voluntad de las partes, no se beneficiarán de ninguna protección de seguro. La doctrina considera estas diferentes hipótesis en los siguientes términos: “La determinación del área del contrato ha delimitado un área fuera de la cual hay literalmente “sin seguro”, *stricto sensu*. Sin embargo, dentro del alcance del área del contrato, las exclusiones de riesgo pueden excluirse del seguro cubierto por el contrato, un cierto número de eventos o daños y este rechazo tiene el efecto de un “no seguro” derivado, “*lato sensu*”. Donde, por los riesgos no asegurables, la libertad contractual les permitía tener acceso a una garantía, uno se da cuenta aquí de que el esquema se invierte; la libertad contractual precisamente da lugar a una exclusión de ciertos riesgos, cuyo contenido por sí solo no puede ser suficiente para justificar una anulación por ley”.

<sup>62</sup> Cobran todo su sentido las palabras de ASTEGIANO-LA RIZZA, “La déclaration des risques en cours de contrat: entre nouvelles précisions jurisprudentielles et incertitudes récurrentes”, M Dossier, n° 1, BJD A, 2017, [bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/la-declaration-des-risques-en-cours-de-contrat](http://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/la-declaration-des-risques-en-cours-de-contrat)], cuando afirma: “La même solution est adoptée pour la période séparant la souscription du contrat de sa prise d’effet mais également pour la période postérieure à la reconduction du contrat, ce qui est complètement contraire à la jurisprudence

Como es sabido y especialmente ha sido estudiado por la dogmática alemana, la libertad contractual se erige sobre dos claras vertientes, de un lado, la libertad misma de decidir contratar o no hacerlo, la *Abschlussfreiheit*, y de otro lado, la libertad de pactar o acordar el contenido de ese contrato, la *Gestaltungsfreiheit*. Así las cosas, las partes son libres de contratar o no, pero una de ellas, tiene esa necesidad de transferir el riesgo, un riesgo que no quiere ni puede afrontar contra su patrimonio<sup>63</sup>.

Una libertad, la de decidir contratar o no y con quién, que no siempre es absoluta a la hora de configurar la base y contenido real y obligacional del contrato de seguro y donde la transparencia, la asimetría de información condiciona inequívocamente el propio contrato, amén de su fase perfectiva<sup>64</sup>.

Pero al mismo tiempo es prevención, el seguro previene, anticipa, contornea ese riesgo tratando de disminuir su frecuencia o su intensidad, ámbitos éstos que desarrollaremos *infra* en el capítulo cuarto sobre el riesgo, pero también es preservación, minimizar las consecuencias del siniestro, el salvamento<sup>65</sup>.

qui voit dans le contrat reconduit un contrat nouveau. En revanche, en présence d'un contrat véritablement nouveau, qui porte sur un risque distinct de l'ancien, les juges estiment que l'assuré doit répondre à un nouveau questionnaire, les déclarations faites lors de la conclusion du précédent contrat n'étant pas valables pour le nouveau”.

<sup>63</sup> Apunta a una vertiente más, la de la libertad de escoger a otro contratante, GALVÃO TELES, “Liberdade contratual e seus limites – Imperatividade absoluta e imperatividade relativa”, *Temas de direito dos seguros*, [LIMA REGO (Coord.)], 2ª ed., Coimbra, 2016, pp. 103 y ss., apuntando en p. 105 como los aseguradores y tomadores de seguro son libres, tanto en su decisión de celebrar o no el contrato de seguro, incluso al escoger a sus contrapartes, como al escoger las cláusulas que pretenden insertar en los contratos que celebren, sin embargo, con respecto a los límites específicos “decorrentes” de exigencias particulares y características del derecho de seguro, y en concreto, del tipo de contratos en cuestión.

<sup>64</sup> No son pocos los problemas de información amén de los conflictos de interés que surgen en la comercialización de un seguro, véase el sugerente trabajo de QUINTÁNS EIRAS, “Información y conflicto de intereses en la comercialización de seguros”, *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, [GIRGADO (Dir.)], Cizur Menor, 2018, pp. 193 y ss.

<sup>65</sup> Sobre estos extremos véase el original planteamiento de MAYAUX, «Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances», RGDA,

Mas conviene no olvidar que riesgo invoca ignorancia, a desconocido, a incertidumbre, solo así se entiende el seguro pese al cálculo y frecuencia estadística<sup>66</sup>. Un cálculo y una técnica asegurativa que no estará exenta de bases actuariales, de variaciones y cálculos puros de probabilidades<sup>67</sup>.

Probabilidades que, en algunos supuestos pueden alcanzar un rasgo de objetividad, de certeza, al presentar un cierto grado de estabilidad desde un punto de vista estadístico<sup>68</sup>. El contrato de seguro gira y bascula en torno al riesgo. Y este envuelve una percepción de anticipación, de previsión, pero también de prevención ante un posible daño, un peligro, una contingencia. Contingencias no pocas veces tan imperceptibles como previsibles, incluso perceptibles y conocidas.

El seguro avanza, innova, porque los riesgos también surgen repentinamente, fruto de la evolución tecnológica, de la innovación, de los procesos industriales, de estrategias empresariales, o simplemente

2003, n.º 2, pp. 269 y ss., p. 272 donde contrapone y extiende este principio con lo que es la *prévention* y el *sauvetage*.

<sup>66</sup> Señalaba DESIATA, «Gli evento dell'11 settembre e l'assicurazione italiana», Ass., 2001, n.º 3-4, pp. 281 y ss., p. 281 como: «L'uomo odia l'ignoto, da cui tutti gli sforzi volti a ridurne lo spazio: dalla religione alla filosofia, dai modelli consequenziali alla teoria delle probabilità a quella della frequenza, alla estrapolazione, ciò sempre e comunque per allontanarsi dal vuoto, dall'ignoto».

<sup>67</sup> JERRY/RICHMOND, *Insurance Law*, 5.ª ed., New Providence, 2012, p. 9 resaltan como la actitud individual hacia el riesgo está influida por varios factores, incluyendo la probabilidad de pérdida, la magnitud potencial de la pérdida y la capacidad de la persona para absorber esa pérdida.

<sup>68</sup> Apuntaba ya por este camino, OTTAVIANI, «La teoria del rischio e il pieno di conservazione nelle assicurazioni vita», *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 569 y ss., p. 570 en clara referencia a esas variaciones como podía ser la mortalidad, a la que le pueden corresponder probabilidades que pueden en un cierto sentido considerarse objetivas, al ser sugeridas por la estadísticas presentando un cierto grado de estabilidad; lo que no empece la existencia de probabilidades subjetivas en medida más o menos amplia, como por ejemplo las relativas a los posibles valores de tasa de inversión, o a los posibles números de nuevos contratos de un tipo dado, etc., en cuando la valoración de la probabilidad se funda sobre previsiones económicas correspondientes principalmente ya a la empresa, ya a países donde éstas operan.

de hábitos y pautas de comportamiento<sup>69-70</sup>. Riesgo y seguro, tanto en su dimensión jurídica, como económica, pero también técnica<sup>71</sup>. Riesgo, correlato objetivo del grado de incertidumbre relativo a la concurrencia de un evento que no se desea<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> En este ámbito se enmarca la obra colectiva dirigida por *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica*, Napoli, 2016, que desarrolla diversos riesgos, diferentes contingencias que surgen fruto de la innovación y el desarrollo tecnológico, pues ¿cómo se describe entonces el riesgo de los drones, los coches con conducción autónoma y las bicicletas eléctricas?. Aducen ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation*, cit., p. 1 como el desastre nunca está lejano, y máxime comprobando los eventos acaecidos en los inicios del siglo XXI: “Hurricanes, epidemics of new disease, terrorism, financial panics, forest fires, earthquakes, exposure to hazardous chemicals, industrial accidents, and transportation calamities may cause significant injury or death, property damage, and economic loss”, pero sin duda aciertan cuando señalan “los eventos son estadísticamente “more mundane but nonetheless personally tragic” como la enfermedad, los fuegos en el hogar, los accidentes de tráfico o los errores médicos”.

<sup>70</sup> Piénsese no ya en los cyber riesgos y su aseguramiento, sino en los seguros colaborativos, que, como bien se ha señalado, son seguros que se hacen en colaboración. Seguros que, apoyados en otras personas, optimizan costes y coberturas. Así, sobre esta irrupción y analizándolo de momento sobre el transporte en la economía colaborativa, véase la sugerente aportación de BOQUERA MATARREDONA, “El seguro de transporte en la economía colaborativa”, *Un derecho del seguro más social y transparente*, [BATALER/PEÑAS(Dirs.)], Cizur Menor, 2017, pp. 157 y ss., quién concluye en p. 167 como estos seguros se caracterizan por formar una asociación con régimen de prestaciones mutuas con un fondo mutual para responder de ciertos riesgos asegurados. Estamos ante una participación recíproca de todos los que pertenecen al grupo que se ayudan al pago del siniestro

<sup>71</sup> Véase el clásico trabajo de DONATI, «Economia, tecnica e Diritto nell'assicurazione», *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 65 y ss., sobre todo, p. 67 donde ofrece el autor italiano un concepto económico del seguro desde la satisfacción de una necesidad eventual y mutual.

<sup>72</sup> Sería WILLETT, *The economic theory of risk and insurance*, Philadelphia, 1951 (original de 1901 y reimpresso en 1951), [se puede encontrar una versión del texto íntegro en pdf de 1951 en el siguiente enlace: [www.casact.org/pubs/forum/91wforum/91wf469.pdf](http://www.casact.org/pubs/forum/91wforum/91wf469.pdf)], pp. 9 y ss., p. 9 y 10, el primer autor que introdujo la dualidad riesgo e incertidumbre. Y quien a su vez difiere y segrega el grado de incertidumbre del grado de probabilidad de un evento, reconociendo

Incertidumbre y probabilidad en suma. Pero medida sin duda ante la actitud de la persona, del asegurado en definitiva, frente a esa pérdida, ese riesgo que puede o no verificarse<sup>73</sup>. Pero ¿hasta dónde llega ese riesgo, esa aleatoriedad, en una inversión financiera cuando el mecanismo de reembolso, si es que se produce solo tendrá cabida si hay rentabilidad en la cotización de unos valores y no se asegura una suma de capital como en un genuino seguro de vida?<sup>74</sup>

Probabilidades que son esenciales como mecanismo técnico jurídico y el *alea*, pero también económico financiero de cálculo para la aseguradora, quien ha de conocer la distribución probabilística del número de eventos asegurables acaecidos en un determinado periodo temporal, lo siniestros y las indemnizaciones ejecutadas. Epicentro y médula del contrato de seguro. Conocer, ponderar la frontera de asegurabilidad tanto en su dimensión jurídica y técnica como sobre todo, económica, en ese binomio riesgo probabilidad, se erige en la antesala basilar de todo el edificio del derecho de seguros. En su fase precontractual, en su estadio contractual, en su cobertura, sea ésta inclusiva o elusiva, en el momento siniestral.

como esa incertidumbre proyecta de un lado una manifestación objetiva que se refleja en el riesgo, en tanto que la incertidumbre atañe a los hechos y acontecimientos del mundo exterior, pero también una incertidumbre subjetiva en tanto se proyecta como una interpretación personal del riesgo. Véase además la obra de HOUSTON, «Risk, insurance, and sampling», *Essays in the theory of risk and insurance*, [HAMMOND (Coord.)], Glenview, 1968, pp. 150 y ss. El trabajo sobre la negación de equivalencias entre riesgo e incertidumbre, entendida ésta como condición externa de HEAD, «An alternative to defining risk as uncertainty», *The Journal of Risk and Insurance*, 1967, vol. 34.2, pp. 205 y ss.

<sup>73</sup> Actitudes que llevan a los asegurados o consumidores a optar respecto a ésta potencial pérdida desde un abanico de posiciones ante el riesgo, así, JERRY/RICHMOND, *Insurance Law*, 5.ª ed., cit., p. 10 distinguen entre el riesgo neutral el riesgo preferring y el riesgo adverso.

<sup>74</sup> Para CASALLI, “Polizza Index Linked: applicabilità della normativa del TUF anche ante novella del 2005”, *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 13074 – pubb. 16/07/2015, comentando la sentencia del Tribunal de Firenze de 25 de junio de 2015, “A prescindere dalla qualificazione come prodotti assicurativi, i contratti Index Linked, laddove le prestazioni previste siano del tutto dipendenti da uno strumento finanziario collegato all’emissione di titoli provenienti da società o da enti di non certa solvibilità, dovranno essere qualificati come finanziari”.

Contrato de seguro y aleatoriedad son un inescindible que estructura y edifica los cimientos del derecho de seguros<sup>75</sup>. Mas tampoco puede entenderse sin el interés, máxime sin la valoración de ese interés y por ende, de la ponderación y calibración en sus justos términos de lo que es y significa para el contrato de seguro, máxime para los seguros contra daños, del principio indemnizatorio.

Riesgo e interés son los auténticos epicentros del contrato, el nervio axial del marco del seguro toda vez, pero no siempre, que se produce el siniestro dentro del marco de delimitación de cobertura del mismo y la limitación y rol que juega la prohibición de enriquecimiento<sup>76</sup>. Límites, funciones y contornos que no empecen para una necesaria revisión, más elástica, más flexible, más dúctil de estos mismos epicentros, anclados no obstante en nociones demasiado clásicas y ortodoxas<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Como bien señala ILLESCAS, «Principios fundamentales del contrato de seguro», RES, 2014, n.º 157, pp. 7 y ss., p. 11 al girar el contrato alrededor del riesgo y su acaecimiento, hace que el mismo sea sustancialmente aleatorio: para que el contrato se perfeccione es necesaria la existencia de un riesgo transferible que corre el tomador; para que la principal obligación del asegurador –la de indemnizar– se active es necesario, a su vez, que el riesgo se convierta en siniestro, esto es, acontezca efectivamente. De ahí que la aleatoriedad del contrato, no es una aleatoriedad simple, lo que convertiría al seguro en un juego de azar o una apuesta. Se trata, por el contrario, de una aleatoriedad gestionada.

<sup>76</sup> Como bien señala TAYLOR, *The law of insurance*, New York, 1983, p. 9 «a fundamental requirement for the validity of an insurance contract is that the party insured have an insured interest in the subject matter of the policy. The insurable interest exists when the party insured may be said to benefit by the continued existence of the property to the life insured and will suffer a loss by reason of its damage or destruction».

<sup>77</sup> A modo de ejemplo y respecto del interés y su valoración y el fundamento del principio indemnizatorio, nos propone con acierto GIRGADO PERANDONES, «La valoración convencional del interés asegurado. El caso de las llamadas «pólizas estimadas»», *La reforma del derecho de seguro*, [BATALLER/QUINTÁNS/VEIGA (Dirs.)], Cizur Menor, 2015, pp. 123 y ss., p. 125 como parece conveniente revisar esta concepción tradicional a la vista de aspectos tales como: las nuevas figuras que han surgido en la práctica empresarial (seguros a valor nuevo y a primer riesgo), la «extensión» del contenido del interés asegurado; la función social de la actividad aseguradora siendo relevante en la valoración del interés la perspectiva de la producción o del consumo, puesto que persigue una «continua-

Pero por el camino se ahonda en una elipsis responsabilidad-seguro que piensa más en resarcimientos y proyecciones sociales del seguro que en el trasfondo jurídico. No todo daño debe ser resarcible y no existe ningún principio por el cual se afirme y se sostenga que ningún daño quede indemne como sin embargo alguna jurisprudencia ha llegado a afirmar<sup>78</sup>.

En cierto sentido, se puede afirmar, sin duda alguna, que el asegurado paga una prima a una entidad aseguradora con el fin de obtener una garantía que neutralice el *alea*, la posibilidad de que acaezca un siniestro, un daño que, en su caso, debería soportar como disminución de su activo patrimonial, entendido éste tanto en su concreción de daño directo sobre un bien, una cosa, un derecho, como el que se produce sobre la propia esfera personal del asegurado o sobre aquellas personas que son objeto del interés del contrato y que, normalmente tienen una relación directa con el tomador<sup>79</sup>.

Pero ¿qué *alea* se neutralizaría en estos productos financieros, so-

idad económica»; la subsanación de los problemas de fraude por otros medios (sistema de franquicias, autocontrol) y no necesariamente por una técnica rígida indemnizatoria o, el significado de la relación prestación-contraprestación entre el asegurador y el tomador del seguro.

<sup>78</sup> Esta fue la premisa, sin fundamento ni basamento de ningún tipo que esgrimió la sentencia TS de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5297), y que increíblemente condenó al asegurador a pagar una indemnización a los progenitores de una niña que murió como consecuencia de la caída de unos cristales desde un edificio pese a que los asegurados, los copropietarios de las viviendas, fueran declarados exentos de toda responsabilidad y ello en base al «principio de que, en lo posible, ningún daño quede indemne». Crítica con esta sentencia ATIENZA NAVARRO, «La protección de la víctima en el seguro de responsabilidad civil», *La protección del cliente en el mercado asegurador*, [BATALLER/VEIGA/ (Dirs.)], Cizur Menor, 2014, pp. 1167 y ss., p. 1171 y que afirma como a esa idea de indemnidad se sumó la de que los principios de solidaridad social imponen que, ante la producción de un daño, deba a toda costa encontrarse un responsable, haya o no participado en su causación, con base en una imputación objetiva del sujeto.

<sup>79</sup> En parecidos términos BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, Il Codice Civile. Comentario [SCHLESINGER/BUSNELLI (Dirs.)], Milano, 2012, p. 24 cuando afirma como el asegurado paga un correspectivo para adquirir la inmediata seguridad derivada de la garantía de poder compensar los efectos de la eventual verificación del evento dañoso.

bre todo cuando la tendencia es en cierta medida alterar la naturaleza jurídica del contrato de seguro e impregnarla de los componentes de un producto financiero? Piénsese además que no se vende o traslada un riesgo como en todo contrato de seguro hacia una aseguradora, sino que es el tomador asegurado el que asume el riesgo de la inversión, esto es, de la pérdida o ausencia de rentabilidad alguna como consecuencia de los vaivenes del mercado. El asegurado no se inmiscuye, ni consiente ni conoce cómo invierte esas sumas la aseguradora por lo que tampoco debería, a priori, asumir riesgos de una mala gestión o unos resultados negativos como consecuencia de la inversión<sup>80</sup>. Mas ¿debe exigirse alguna responsabilidad por mala gestión al intermediario, al productos, emisor, distribuidor de esos instrumentos?

Ahora bien, son los conceptos de garantizar y asegurar, ¿términos o vocablos miméticos?<sup>81</sup> ¿Cumplen una y otra funciones y responden

<sup>80</sup> *In extenso*, ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 93. Incardina este fenómeno el autor italiano en la creciente tendencia de las sociedades de seguros en alterar la naturaleza de los contratos así como a la enorme difusión, en la praxis, de pólizas de vida –“indiciadas”, “variables”, “rivalutabili”–, las cuales asumen la fórmula de producto financiero. Y centra el nervio discursivo al afirmar como a diferencia de las clásicas formas de seguros de vida, tales contratos, que comportan a veces el cumplimiento de operaciones particularmente arriesgadas, se caracterizan por: la previsión de una prima única, pagada al inicio al fin de consentir las inversiones; por una más breve duración, pocos años (entre 5 y 10); por la irrelevancia del riesgo demográfico, como también del estado de salud o de la profesión del asegurado; así como de futuros eventuales cambio de tales situaciones de hecho.

<sup>81</sup> Denuncian TZIRULNIK/QUEIROZ/CAVALCANTI, «Gli elementi essenziali del contratto di assicurazione nella disciplina introdotta dal nuovo Codice civile brasiliano», cit., p. 806 como garantizar y asegurar se confunden fácilmente. El contrato de seguro atribuye, al titular legítimo intereses expuestos a riesgo, una determinada protección. Tal protección es la prestación innata que distinguirá el seguro de cualquier otro contrato, en particular, el juego, azar, apuesta. Sin embargo el término garantía implica una dependencia por una prestación principal. En el contrato de seguro, en cambio, es propio la garantía a constituir per se misma, la prestación principal. La idea de conmutatividad del contrato de seguro, así reconocida en la doctrina brasileña, se basa en el reconocimiento de hecho de que la prestación ofrecida por el asegurador no se restringe al pago de una eventual indemnización o capital, algo que se verifica solo en caso en que sobrevenga cualquier lesión del interés garantizado en virtud de la realización

a parámetros diferentes?<sup>82</sup> O como hemos avanzado supra, ¿acaso no existen ciertas precondiciones o condiciones del riesgo de cara a la posterior contratación del contrato de seguro conforme a un hacer o no hacer por parte del potencial asegurado que debe adoptar ciertas medidas, actitudes, cautelas o protecciones que en el fondo perimetran el riesgo tal y como la aseguradora lo aceptará?

#### 4. *El difícil perímetro entre el seguro y los productos de inversión*

En pocos campos como en éste, el de los productos financieros y el seguro, y cómo no, en los productos de inversión basados en seguro, -quizás solo comparable con los riesgos tecnológicos y de ciberseguridad-, se está produciendo una metamorfosis significativa tanto en el diseño como en la genética funcional del producto de seguro<sup>83</sup>. Una metamorfosis que, sin embargo, no está exenta de buenas dosis de confusión. Es más, incluso la finalidad del contrato de seguro se cuestiona en este ámbito. A ello únase la indudable dificultad de valorar el riesgo de inversión que se realiza en estos productos<sup>84</sup>. Pero

del riesgo previsto en el contrato o predeterminado. Tal prestación consiste, sobre todo, en proveer una garantía, debida durante toda la vigencia contractual. La conmutación contractual viene por tanto entre premio (prestación) y garantía (contraprestación).

<sup>82</sup> Arguyen LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, 3ª ed., Oxford, 2011, p. 5 la enorme dificultad de distinguir entre un contrato de seguro y un contrato de “guarantee”, pero también de un contrato de “warranty”. Tras ejemplizar y acercar diversas opiniones doctrinales concluyen: “Under a contract of guarantee there is a less rigorous duty of disclosure or even no duty at all, and while in insurance the primary liability is on the insurers, in a contract of guarantee that primary liability is on the debtor and the guarantor’s liability arises only if the debtor defaults”.

<sup>83</sup> De revolución tachaba la irrupción de algunos de estos productos en el seguro de vida hace ya más de veinticinco años PATIGNY, “Les contrats en unités de compte: une révolution pour l’assurance vie belge”, *Risk*, 1993, février, pp. 32 y ss.

<sup>84</sup> Por esta vía apuntaba LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, *Ass.*, 2007, n° 2, pp. 227 y ss., p. 228 aludiendo a los problemas relativos a la correcta evaluación del riesgo de inversión por parte del contratante a los fines de una ponderada y consciente adhesión al contrato.

al mismo tiempo se produce una interrelación y estrechamiento entre dos ámbitos, dos mercados, el del seguro y el de valores.

Y lo hacen tanto desde una dimensión subjetiva como objetiva no exenta de una buena dosis de armonización y homogeneización. Así, el artículo 4.2 del Reglamento UE 1286/2014 definen los productos de inversión basados en seguros como todo “*producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado*”. Mas qué riesgo es ese de un seguro que ofrece un valor de rescate o de vencimiento, es decir, una cantidad de numerario, expuesta al puro riesgo especulativo del mercado, ¿un juego de todo o nada, un juego de suma cero?<sup>85</sup>

Adviértase de entrada el simplista silogismo del legislador comunitario que para definir un producto de inversión basado en seguro lo hace partiendo en el significado que el mismo es un producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento. Lo adjetivo acaba sustantivándose en la definición del mismo<sup>86</sup>. Otra cuestión será anclar su naturaleza jurídica<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Gráfico BENITO OSMA, “Formación y aptitud en la distribución de seguros (Directiva 2016/97), *La distribución de seguros privados*, [BATALLER/QUINTÁNS (Dirs.)], Madrid, 2019, pp. 495 y ss., p. 506 cuando afirma como desde la UE, el Reglamento 1286/2014-PRIIPS, se pretende dar refugio a este producto dentro de su definición genérica.

<sup>86</sup> DE LEÓN, “Obligaciones adicionales en relación con la distribución de productos de inversión basados en seguros”, *La distribución de seguros privados*, [BATALLER/QUINTÁNS (Dirs.)], Madrid, 2019, pp. 607 y ss., p. 609 y ss., traza una delimitación del concepto tipológica afirmando con razón que se incluyen además, los seguros de vida-ahorro o inversión, pero también otros seguros como los seguros de renta en la medida en que el valor de rescate de los mismos dependa, en todo o en parte de la variación de valor que puedan tener los activos o índices vinculados al contrato de seguro como consecuencia de fluctuaciones en los mercados financieros.

<sup>87</sup> Como bien afirma TAPIA HERMIDA, “Noción del seguro de vida unit-linked”, RES, 2018, n° 176, pp. 477 y ss., p. 483 los productos de inversión basados en seguro y, por tanto, los seguros de vida unit-linked que no son sino el ejemplo paradigmático, presentan problemas regulatorios específicos y que no son predicables de los seguros en general y que afectan: por una parte, a las normas de conducta exigibles a los aseguradores e intermediarios y, por otra parte, a los

De un lado, a través del mecanismo de tutela y protección a quiénes actúan, contratan en estos mercados, a través de la transparencia, de la evaluación del riesgo y el conocimiento del mismo por el suscriptor/tomador/inversor, de otro, objetivamente a través del producto que se negocia, comercializa y distribuye, los instrumentos financieros en un sentido, sin duda, holístico. El común denominador de estos productos pasa por el interés del legislador, sobre todo, comunitario, de prestar una mayor atención al “gobierno del producto” en todo lo atinente a idoneidad del mismo, adecuación al perfil del asegurado inversor, transparencia contractual e información eficiente<sup>88</sup>.

Acaso ¿no estamos asistiendo lenta pero inexorablemente ante una suerte de unificación y acercamiento entre mercados a través de operadores (significativamente dentro de las empresas de servicios de inversión las entidades de crédito) y de productos? O dicho de otro modo, acaso no se ha producido una extensión o generalización de las normas protectoras de los mercados de inversión en el consumidor/inversor hacia otros mercados en esa búsqueda de la armonización y homogeneidad protectora?<sup>89</sup>

No podemos ignorar las consecuencias diametralmente opuestas que tiene calificar y entender estos contratos como seguros o, por el contrario, como productos de inversión. Y es que el régimen y la estructura contractual así como el contenido varía considerablemente.

flujos informativos que van desde el consumidor al productor o distribuidor de seguros.

<sup>88</sup> En este punto véase LANDINI, “Idoneidad de las pólizas vinculadas a contratos bancarios”, cit., p. 260 y el análisis que hace del art. 25 de la IDD2 respecto a la distribución de productos basados en seguros y las reglas de la “Products Oversight Governance”.

<sup>89</sup> Apunta esta vía CAMEDDA, “La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze *linked* stipulate prima delle riforme del t.u.f.”, BBTC, 2014, II, pp. 448 y ss., p. 455 que recuerda como se ha producido una extensión de las obligaciones de información y de comportamiento del artículo 21 t.u.f. y de las normas en materia de oferta al público de productos financieros para la suscripción y colocamiento de tales productos financieros emitidos por las entidades aseguradoras; categoría en las que entra indudable y expresamente las pólizas *linked*. Por su parte, denuncia ciertas incongruencias en esta extensión FABIANO, “La riforma della disciplina delle polizze *linked* nelle disposizioni del tuf e dei regolamenti di attuazione: le ragioni di una scelta”, Dir. e fisc. ass., 2012, pp. 283 y ss.

Si estamos ante un contrato de seguro, amén de acogerse o abrigarse bajo los paraguas esenciales del riesgo y del interés, causa y objeto del contrato, estos seguros admiten la designación de una figura peculiar en todo el seguro, el del beneficiario y, por ende, perceptor último y salvo supuestos de cierta subsidiariedad atados a la imposibilidad o indignidad del beneficiario, de la suma o capital asegurado.

Algo que no cabe en los productos de inversión o contratos puramente especulativos. A ello únanse figuras tan emblemáticas del seguro como son la reducción, el rescate, el anticipo o la prenda, si bien, todo derecho es cedible salvo un explícito *pactum de non cedendo* y todo contrato, también de inversión puede, en principio ser objeto de negocios limitados o de garantía<sup>90</sup>.

Más quizás una pregunta iniciática debería presidir el punto de partida, a saber, ¿por qué una entidad aseguradora emite o crea y comercializa productos financieros o si se prefiere, productos de seguro basados en instrumentos financieros o con un fuerte contenido financiero?, ¿a qué obedece esta práctica y esta línea de negocio? Máxime cuando la entidad de la prestación no es cierta, siquiera no está predeterminada en el momento de la prestación<sup>91</sup>.

La siguiente pregunta no puede ser otra que la de indagar en torno a la naturaleza jurídica de estos productos, de estos contratos, asegurativa, financiera o, incluso una posición ecléctica o mixta. La elección no será o no puede ser arbitraria<sup>92</sup>. Máxime si

<sup>90</sup> Referido específicamente a los seguros unit linked añade además TAPIA HERMIDA, “Noción del seguro de vida unit-linked”, cit., p. 482 como existiría además la habilitación para celebrar seguros de vida linked a favor de las entidades aseguradoras que están autorizadas para desarrollar el ramo de vida ex art. 21 LOSSEAR. El profesor Tapia, desde un plano de consecuencias negativas, ve en estos productos la aplicabilidad de la normativa de los contratos de depósito bancario de dinero o de servicios de inversión y en la prohibición de las entidades aseguradoras del ramo de vida para celebrar los denominados seguros unit linked que no se califiquen como seguros de vida (art. 5 LOSSEAR).

<sup>91</sup> En este punto véase MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, Napoli, 1988, p. 43; más recientemente NAZZARO, “Le polizze linked”, *La banca-assicurazione*, [MEZZASOMA/BELLUCI/CANDIAN et.al. (a cura di), Napoli, 2016, pp. 301 y ss.

<sup>92</sup> Contundente, CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked; la riproposizione di un tema”, *BBTC*, 2015, n° 4, II, pp. 457 y ss., señalando p. 459 como pafra considerar como contrato de seguro sobre la

perimetramos hasta donde llegan las responsabilidades de quienes participan en el diseño, producción, distribución y comercialización de los mismos. Si la naturaleza es aseguradora ¿hasta dónde puede responder la aseguradora en caso de insolvencia de la entidad emisora de los instrumentos financieros, pero y si la misma naturaleza es financiera, existe ese mismo grado e intensidad de responsabilidad?<sup>93</sup>

Más allá de la naturaleza jurídica de estos productos, de saber si son o no contratos de seguro, lejos ya de marcharnos de puridad, o simplemente híbridos entre dos mercados, o una suerte de *tertium genus*, está también una cuestión no menor, decidir el régimen o la disciplina jurídico normativa aplicable con una transversalidad sin duda del régimen de los mercados de valores hacia los mercados de seguro e incluso bancarios y una homologación en las pautas y exigencias de transparencia y tutela al inversor-consumidor-tomador del seguro<sup>94</sup>.

No estamos ante un simple problema de hermenéutica y del lenguaje de las pólizas, sino de caracterización, de conceptualización y de naturaleza jurídica del negocio en sí, dirimida la cuál, sabremos

vida, el negocio estipulado por la empresa de seguros debe presentar conjuntamente los siguientes elementos: (i) contemplar un riesgo demográfico, o sea prever una objetiva y apreciable variabilidad de las prestaciones de una de las partes en razón de la duración de la vida humana; (ii) garantizar al asegurado una prestación cierta, cuando se verifica el evento (muerte o sobrevivencia) contemplado, “di ammontare tale da far fronte alle esigenze previdenziali”.

<sup>93</sup> Para la sentencia del Tribunal de Roma de 11 de abril de 2011: “Qualora un contratto misto di natura finanziaria e assicurativa garantisca la restituzione del capitale investito, l’esistenza di una clausola in forza della quale la compagnia dichiara di investire la riserva matematica obbligatoria a garanzia della restituzione del capitale in obbligazioni (nella specie Lehman Brothers), *non consente alla compagnia stessa di rifiutare il rimborso del capitale nell’ipotesi in cui il soggetto che ha emesso le obbligazioni divenga insolvente*”

<sup>94</sup> Resalta TAPIA HERMIDA, “Noción del seguro de vida unit-linked”, cit., p. 482 como además de la hasta cierto punto contradictoria idea con el seguro del hecho de que el tomador del seguro asuma el riesgo de la inversión, esto obliga a extremar las cautelas regulatorias y, en especial, la transparencia en dos ámbitos claros: la gestión de las garantías financieras y la transparencia reforzada.

qué régimen jurídico es aplicable<sup>95</sup>. Como bien señala la sentencia del Tribunal de Napoli de 13 de junio de 2011:

*“La disciplina di tutela del consumatore prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, e trova applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, sia di contratto singolarmente predisposto”*.<sup>96</sup>

La prestación del asegurador en estos productos está ligada a la evolución del rendimiento de fondos o valores o incluso índices de los mercados financieros<sup>97</sup>. Fondos que pueden constituirse por el propio asegurador o ser directamente de terceros y sobre los que, la aseguradora, canaliza la inversión<sup>98</sup>. La interrelación entre los merca-

<sup>95</sup> No le falta razón a FEINMAN, “Contract and claim in insurance Law”, Conn. Ins. L.J., 2018/2019, vol. 25, pp. 153 y ss., que en p. 154 va más allá de corroborar que en cada póliza de seguro estamos ante un contrato entre tomador y aseguradora, y que las disputas también entreveran un interrogante, a saber, “¿Cuándo debe leerse el lenguaje de las pólizas de acuerdo con las expectativas razonables de un asegurado y cómo son esas expectativas creadas?”, señalando: “Every insurance policy is a contract between the policyholder and the insurer. As such, many of the disputes between policyholders and insurers come to court framed as contract disputes. Many disputes are about rules and principles of interpretation. How is the policy term of “an occurrence” applied? When should policy language be read in accordance with the reasonable expectations of a policyholder and how are those expectations created? Other doctrines fill gaps in policy language or limit pure application of policy language”.

<sup>96</sup> En este punto véase el comentario a la misma que realiza BENASSI, “Polizze index linked, doveri informativi precontrattuali, disposizioni a tutela del consumatore e clausole abusive”, Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6647 – pubb. 26/10/2011.

<sup>97</sup> Afirma ZITIELLO, *I prodotti finanziari assicurativi. Un'analisi ragionata della giurisprudenza*, [ZITIELLO (a cura di) Milanofiori, 2014, en la introducción de esta obra colectiva, p. I, como estos productos financieros asegurativos son la punta de “emersione” de un fenómeno más amplio que caracteriza el mercado financiero y sus mecanismos de funcionamiento.

<sup>98</sup> Como bien afirma ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, Milano, 2013, p. 959 el “collegamento” entre la indemnización debida por el asegurador y el rendimiento del fondo tiene lugar con el sistema de “cuotas”. Con este sistema, la unidad de medida de las obligaciones del tomador (prima) y

dos financieros es transversal, hibridando productos y homologando normativas sobre los que el ángulo de la transparencia y la tutela del consumidor vertebran las regulaciones<sup>99</sup>. Pero sin que, hasta el momento, las líneas fronterizas, de haberlas, hayan quedado claras<sup>100</sup>.

Qué duda cabe que, una de las grandes cuestiones que estos productos arrojan es responder a un interrogante, el del riesgo, ante qué tipo de riesgos estamos, quién asume el riesgo final; y sobre todo, quién responde por la gestión de estos productos, inclusive, cómo no, la gestión financiera<sup>101</sup>.

Y es que la gestión de estos contratos de seguro de vida, o aparentemente de seguros de vida, es compleja, profesional y llena de pliegues y aristas jurídico-financieras que presentan notables interrogantes. Las dudas no alcanzan únicamente a su concepto, también a su caracterización, como a su contenido obligacional y, finalmente, al resultado. A la par, cómo no, de identificar y aclarar en su caso, ante qué tipo de negocio jurídico o contrato estamos y qué regulaciones le son aplicables<sup>102</sup>.

del asegurador (indemnización) no es el dinero, sino la “cuota” de un fondo de inversión, cuota cuyo valor está destinado a fluctuar en el tiempo. Contrasta la perspectiva con la que tenía hace 30 años GALGANO, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, BBTC, 1988, pp. 91 y ss., que no veía posible este producto si no era con la concurrencia o convenio entre un gestor y un asegurador. Y asegurando como en la fase de producción del mismo, participan tres sujetos: sociedad de gestión de un fondo de inversión mobiliaria, aseguradora, y sociedad de distribución.

<sup>99</sup> Hace ya una década en esta interrelación banca-segur y sus mercados véase COSTI, “I prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione”, *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi. In ricordo di Gaetano Castellano*, Milano, 2008, pp. 11 y ss., p. 29.

<sup>100</sup> Clásico el trabajo de los noventa de GAMBINO, “Linee di frontiera tra operazioni di assicurazione e bancarie e nuove forme tecniche dell’assicurazione sulla vita a premio unico”, Ass., 1993, I, pp. 1 y ss.

<sup>101</sup> Afirma VILRET, *Droit de l’assurance-vie luxembourgeoise. Aspects contractuels, réglementaires et financiers*, Windhof, 2017, p. 250 como la gestión financiera “relève de la responsabilité de l’assureur, qui est propriétaire des actifs sous-jacents à une police d’assurance-vie. L’assureur doit gérer autant d’allocations d’actifs qu’il aura d’engagements contractuels”.

<sup>102</sup> Señala CAMEDDA, “La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked stipulate prima delle riforme del t.u.f.”, cit., p. 449 al hilo de la sentencia

Adviértase así, por ejemplo, que una póliza *unit linked* por mucho que sea un contrato de seguro de vida estipulado por la aseguradora, la prestación es incierta, a saber, el pago de una prestación sea en capital sea en una renta, es incierta en cuanto a su entidad y no está predeterminada *ab initio*, sino que dependerá de las fluctuaciones y rentabilidades del mercado de valores en que éstos coticen. Ahora bien, sí podrá existir certidumbre en supuestos en los que se garantice total o parcialmente el reembolso de la prima invertida en instrumentos financieros, así como en la parte, ciertamente marginal o residual de riesgo demográfico que portan estos contratos para asirse a una configuración jurídica de seguro<sup>103</sup>. Un riesgo demográfico que, en algunas pólizas llega a ser, en caso de siniestro (muerte o sobrevivencia del asegurado o *Risikoträger*) de tan solo el 0,1 % de la prima o del eventual rescate a que se tendría derecho.

En efecto, no tanto por la estructuración y oferta del producto en sí, de suyo complejo, cuánto por la especial exigencia y conciencia de tutela y transparencia hacia el consumidor de seguros de un lado, pero también por el análisis y anclaje de los diversos riesgos ínsitos a estos productos de otro lado, se ha avanzado tanto a nivel legal, doctrinal, -no exento de grandes contradicciones-, como jurisprudencialmente<sup>104</sup>. Siendo dos los genuinos caballos de batalla, uno, el de configurar su naturaleza jurídica, el otro, el de decidir qué norma o

que comenta, como para los jueces, las pólizas *index linked* tienen características análogas a aquella estipuladas, de hecho y en sustancia, de un instrumento financiero.

<sup>103</sup> Sobre el rol de estos productos, véase entre otros, PIRAS, “*Il ruolo delle polizze Unit Linked nella previdenza complementare*”, *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione, Quaderni di giur. comm.*, [CORRIAS/RACUGNO, (a cura di)], Milano, 2010, pp. 116 ss.; PIRAS, “*Polizze Unit al vaglio della Corte di Giustizia UE*”, *Resp. civ. prev.*, 2012, VI, pp. 1876 y ss.; ALBANESE, “*Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari*”, *Nuova giur. comm.*, 2016, 12, pp. 1569 y ss.; NAZZARO, “*Le polizze linked*”, *La banca- assicurazione*, (a cura di) MEZZASOMA/BELLUCI/CANDIAN/CORRIAS/LANDINI/LLAMAS (A CURA DI)], Napoli, 2016, Pp. 301 y ss.

<sup>104</sup> Al analizar los productos de seguros de vida de última generación apela BINON, *Droit des assurances de personnes*, 2ª ed., Bruxelles, 2016, p. 128 a esa profunda metamorfosis que el seguro de vida está conociendo al hilo de los tiempos.

normas y por tanto, qué disciplina, le son aplicables en aras a una mayor protección del tomador inversor.

Disciplina no ya del seguro, sino de los propios mercados que han de proteger al inversor consumidor y extenderse de un mercado, el financiero, al otro, el del seguro, ya de por sí, interrelacionados intrínsecamente. Sin embargo, la otra arista, la de su conceptualización, caracterización y naturaleza jurídica ha permanecido en un sombrío limbo, no obstante algunas, escasas, pero buenas contribuciones dogmáticas que han cuestionado más allá de los estándares clásicos<sup>105</sup>.

Metamorfosis inescindible de la propia evolución y apertura o liberalización de los mercados de inversión, de la libre circulación de capitales e inversiones, del desarrollo extraordinario de regímenes fiscales que favorecen la eclosión de productos financieros y su benevolencia o tratamiento tributario que se han proyectado en productos cada vez más innovadores, transversales y de mayor o menor aversión, que no exposición, al riesgo<sup>106</sup>.

Y lo hacen hasta el punto de que hoy puede hablarse de una genuina contraposición entre productos clásicos de seguro y productos más sofisticados o de última generación donde las fronteras prototípicas de los viejos riesgos o la manera de entender éstos se diluye y prima una bús-

<sup>105</sup> Describen estas modalidades genéricamente KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance law*, 2ª ed., St. Paul, 2017, p. 19 como: “this coverage emphasizes the separation of the portion of the premium that is used to cover the insurance protection from the portion of the premium allocated to an investment that is used to build the policy’s cash value. Investments may be selected with a view to maximizing the rate of return. Many companies offer policies that allow the insured to vary both the amount and the allocation of the premiums between the insurance and the investments options”.

<sup>106</sup> Claro ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, *Diritto delle assicurazioni*, [FRANZONI (a cura di)], Torino, 2016, pp. 89 y ss., cuando vincula estos productos a momentos caracterizados por fases inflacionistas. Así, en p. 93 señala como en periodos caracterizados como el reciente, de fuerte impacto inflacionista, el seguro sobre la vida está en crisis, con la consecuente desafección de los ahorradores, a causa de la pérdida progresiva del originario poder de adquisición de las primas desembolsadas. Las formas tradicionales de seguros de vida tienen una duración más larga o para toda la vida, con prolongada exposición a la inflación de las sumas pagadas por los tomadores; a menos que no se proceda a un “reditizio investimento”.

queda de rentabilidad y exposición a volatilidades que pueden significar, en algunos casos, la pérdida de la inversión<sup>107</sup>. No cabe duda que, con estos productos, productos de frontera, incluso híbridos, se produce, inequívocamente, una suerte de eclipse sobre el seguro genuino o cuando menos clásico<sup>108</sup>. Es más, se comercializan productos sobre esta base financiera y de valores vinculados a planes de pensiones y seguro<sup>109</sup>.

Otra cuestión sería interrogarnos sobre los por qué de esta evolución y vascularización hacia nuevos productos<sup>110</sup>; híbridos sin duda y,

<sup>107</sup> Cobran todo su sentido las palabras de LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., Paris, 2017, p. 3 cuando afirma que, si la necesidad de garantía o seguridad está unida a la precariedad de la condición humana, su expresión ha evolucionado con el contexto económico, social, cultural y filosófico de los siglos pasados. Y estas necesidades de seguridad han ido evolucionado y agravándose a medida del desarrollo marcados por la industrialización, la urbanización, mas ahora también por las exigencias sociales y de garantías de los siglos XX y XXI. Véase la aportación de PANCALLO, “Prodotti finanziari misti”, *Diritto on line* (2018), [www.treccani.it/enciclopedia/prodotti-finanziari-misti\_%28Diritto-on-line%29], donde aborda los productos mixtos, cuáles son y cómo por ejemplo, quedan excluidos los fondos o formas de pensión.

<sup>108</sup> En este punto TARANTINO, “*Caveat emptor: polizze index linked e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza*”, BBTC, 2011, II, pp. 617 y ss., afirma clarivamente en p. 624: “Nel solco di questo cammino il mercato assicurativo ha elaborato *forme contrattuali caratterizzate da una crescente accentuazione del profilo finanziario a discapito di quello assicurativo*, sino a comportare, in alcuni casi, la totale eclissi di quest’ultimo a favore del primo. I prodotti cui si fa riferimento sono le c.d. *linked policies*, ... in cui la prestazione dovuta dall’assicuratore non é determinata nel quantum al momento della stipulazione del contratto, ma è commisurata al valore di una entità di riferimento suscettibile di un andamento variabile nel tempo”.

<sup>109</sup> Un buen estudio nos lo ofrece CAMEDDA, “Contratti di assicurazione sulla vita e previdenza complementare: i piani pensionistici individuali di tipo assicurativo”, BBTC, 2015, n° 5, pp. 658 y ss., p. 663 donde señala como los PIP pueden actuar mediante la suscripción de pólizas del ramo I, es decir, contratos de seguro sobre la duración de la vida humana con prestaciones revalorizables en función del rendimiento de una gestión separada de instrumentos financieros; o bien a través de la estipulación de pólizas de ramo III, exclusivamente del tipo Unit linked, en el ámbito de los cuales la prestación asegurativa está determinada en base la valor registrado al momento del desembolso, por las cuotas de fondos internos asegurativos o de OICR adquiridos con primas pagadas.

<sup>110</sup> Trata de contestar este giro pendular LA TORRE, *Le assicurazioni*, 3ª ed.,

en las que las aseguradoras invierten partes de esas primas cuya ventura y riesgo corre solo para los asegurados salvo pactos o cláusulas bien de arbitraje, bien de bloqueo ante ciertas pérdidas, que mitigan la dilución o pérdida de lo invertido<sup>111</sup>. De fases iniciales de combinaciones de productos procedentes de mercados paralelos y convergentes, hemos pasado a la creación y diseño propio de productos sumamente sofisticados<sup>112</sup>.

Es innegable que en esa huida -o reinención de productos por las aseguradoras- latía, en cierto modo, el intento de encontrar satisfacción a preservar el valor real de los capitales asegurados ante riesgos tales como la inflación, la devaluación, la pérdida de valor, etc.;

Milano, 2019, p. 439 cuando al referirse a las pólizas de vida iniciadas, revalorizables y variables sostiene el modelo originario del seguro de vida descansaba sobre el cálculo de la prima y de las sumas aseguradas, realizadas en el momento de la conclusión del contrato, en base a una hipótesis de capitalización de la prima a un prudente interés predeterminado (tasa técnica) y con el efecto de dejar invariable la prestaciones contractuales, así fijadas, durante toda la relación jurídica de seguro. Pero este modelo, generó una progresiva *sfiducia*, desconfianza, de los ahorradores hacia los seguros de vida a causa de un doble inconveniente: de un lado, la erosión del poder de adquisición del capital asegurado en los periodos de devaluación monetaria; de otro lado, el bajo rendimiento respecto a otros productos financieros, de las sumas pagadas a título de prima.

<sup>111</sup> Interesante la aproximación que ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation. Cases and materials*, 6ª ed., St. Paul, 2015, p. 333 hacen a los “annuity contract”, donde se combina un producto de seguro de vida y securities de los mercados. Entre ellos están los FIA (fixed index annuity) que son productos financieros híbridos que combinan “some of the benefits of fixed annuities with the added earning potential of a security. ... In FIAs the insurance company credits the purchaser with a return that is based on the performance of a securities index, such as the Dow Jones Industrial Average, Nasdaq 100 Index, or Standard & Poor’s 500 Index. Depending on the performance of the securities index to which a particular FIA is tied, the return on an FIA might be much higher or lower than the guaranteed rate of return offered by a traditional fixed annuity”.

<sup>112</sup> Afirmaba GALGANO, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, cit., p. 92 como del uso metafórico del término “combinación” de productos en un producto nuevo, esperando la analogía reconocible entre las funciones que un programa de ahorro o previsión está destinado a desarrollar dentro del mercado financiero y la clásica función industrial de combinaciones de factores productivos.

y empiezan a generarse una suerte de productos transversales que vinculan, mezclan, contraponen axiomas y técnicas puras del seguro, pero también de los mercados financieros<sup>113</sup>; encajando con fórceps en no pocos casos, conceptos, estructuras, técnicas, pero con una argamasa jurídica, tanto en pólizas, condicionados, como también en ciertas pero insuficientes regulaciones legales, notoriamente débiles e incluso antitéticas, y en las que, en esos primeros momentos, desde luego, no primaba una visión tutelar de los derechos del consumidor de seguros<sup>114</sup>.

Pero, ¿cuál es la causa en estos contratos?<sup>115</sup> El seguro de vida, no renuncia por ello, y al menos a priori, a esa doble alma<sup>116</sup>; o dual

<sup>113</sup> En este punto, claro ZITIELLO, *I prodotti finanziari assicurativi. Un'analisi ragionata della giurisprudenza*, cit., p. I de la introducción, cuando afirma “La innovación se abre paso con la transversalidad ... La innovación, la complejidad y la transversalidad de estos productos financieros asegurativos ha llevado a considerar de modo muy diverso categorías jurídicas que parecían vivir vidas autónomas”.

<sup>114</sup> Empiezan a irrumpir en el mercado de seguros las pólizas de vida indicadas, revalorizables y variables a finales de los años setenta. Pólizas que están caracterizadas por la variabilidad de las prestaciones contractuales en el curso de la relación de seguro. Véase sobre éstas, entre otros, LA TORRE, *Le assicurazioni*, 3ª ed., cit, p. 439 y 440.

<sup>115</sup> Señalaba el maestro DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (Reimpresión Civitas 2002), p. 168, a la hora de analizar el significado social de la causa, como «*la causa de los contratos, de las obligaciones o de los negocios jurídicos, viene siendo uno de los grandes tópicos del Derecho privado, objeto de continuada y al parecer interminable discusión. Lo que ha traído consigo más oscuridad que luz, y que dicho concepto cobre fama de incomprensible y hasta de misterioso*». Más recientemente NAZZARO, «*Contratti united e index linked*», en *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, [ALCARO (a cura di)], Milano, 2016, pp. 167 y ss., cuestiona precisamente la causa en esta modalidad de pólizas, sin duda, gran macro-categoría entre la financiación inversora y el seguro.

<sup>116</sup> Como bien se ha señalado el punto de partida incontrovertido es que una póliza de seguros es un contrato, así entre las voces más recientes, FEINMAN, “*Contract and claim insurance law*”, p. 155 afirma: “The non-controversial starting point is that an insurance policy is a contract. The policy is created by a voluntary market transaction between the insurer and the policyholder, but like every other contract, it is made enforceable and regulated by law. Law regulates insurance policies through statutes, administrative regulations, and judicial de-

naturaleza, la de ser un producto de seguro y riesgo demográfico y al mismo tiempo un producto de ahorro, de previsión, al menos desde la óptica del tomador del seguro, pero también, por la propia ingeniería financiera un instrumento de inversión porque así lo ha estructurado una aseguradora y en la que el riesgo y destino de la inversión puede volatilizarse dejando o reduciendo a cero la inversión realizada<sup>117</sup>.

Pero ¿casan verdaderamente seguro e instrumentos financieros?<sup>118</sup> ¿Qué es y qué naturaleza tiene una póliza *linked*?<sup>119</sup> ¿Se puede seguir hablando que estos productos tienen una naturaleza propiamente asegurativa en tanto que está caracterizada por una función exquisita-

choices. It does so with two aims.<sup>1</sup> The first aim is to improve the contracting process itself. This aim is concerned with improving the conditions of the many individual transactions through which insurance is bought and sold, thereby improving the insurance market as a whole”.

<sup>117</sup> Uno de los casos más conocidos en nuestra jurisprudencia es la demanda de 31 clientes al Banco Espíritu Santo y su aseguradora Tranquilidade, y que es objeto de casación ante el Supremo, en la sentencia de 10 de septiembre de 2014. En los hechos, tal y como se recogen en el Fundamento primero, entre los años 2005 y 2007, BES propuso a estos clientes realizar inversiones en productos estructurados diseñados por un comité de inversión de BES. La inversión se realiza en productos estructurados que son instrumentos financieros complejos, consistentes en bonos emitidos por una tercera entidad (Lehman Brothers Treasury Co, en unos casos, y el banco islandés Kaupthing, en otros), que es quien recibe el dinero entregado por el inversor. Su rentabilidad depende de la evolución en el mercado de unos valores subyacentes, que son acciones de empresas distintas de la entidad emisora. *La recuperación de las cantidades invertidas depende no solo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono, que es una entidad diferente tanto respecto de BES como respecto del emisor del valor subyacente. El riesgo de insolvencia del emisor no está cubierto por fondo de garantía alguno.*

<sup>118</sup> Por esta vía ya apuntaba GALGANO, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, cit., p. 94 cuando analizaba la novedad del producto mixto asegurativo-financiero en los años ochenta. Así, incide en una variable clara, a saber, conjugar la componente asegurativa y su posible subsunción dentro del concepto de “valor mobiliario”.

<sup>119</sup> Así se lo pregunta igualmente PANCALLO, cit., [recurso electrónico], cuando plantea este interrogante: “Nelle polizze linked. Prevale la componente finanziaria o quella assicurativo/previdenziale? Sin negar que ésta es la pregunta que ha alimentado el debate doctrinal

mente de prestación, de ahorro, o estamos ante operaciones negociales en los que el componente financiero si no prevalente, sí esencial, informa y sostiene toda la operación?<sup>120</sup> Es que no podemos afirmar, al fin y al cabo, que el riesgo que el inversor asume en estos productos no es sino similar al riesgo que asume cuando invierte en bolsa o en acciones?<sup>121</sup>

La aseguradora por tanto, estará obligada a realizar una prestación cierta si se verifica un evento a priori incierto, correspondiente a la vida humana, y si esto es así, al menos sí se cumple la primera de esas dos almas, un producto típico de contrato de seguro sobre la vida humana que cubre el riesgo de fallecimiento, y por ende, la siguiente función, la siguiente alma, la de garantía de ahorro o previsión. Por mucho que actuaria y económicamente esté eclipsado por el segundo de los riesgos, el de inversión. Pero ¿qué ocurre con el riesgo de la inversión?, pues que no hay certeza siquiera de recuperar parcialmente la inversión efectuada<sup>122</sup>. ¿Sabe realmente lo que en está contratando un asegurado o un tomador con estos productos?<sup>123</sup> ¿Basta con

<sup>120</sup> En este eje dual, véase entre otros, COSTI, “I prodotti finanziari”, cit., p. 29; CORRIAS, “L’assicurato-investore: prodotti, offerta e responsabilità”, Ass., 2011, pp. 394 y ss.

<sup>121</sup> Por esta vía apunta la sentencia del Tribunal de La Spezia de 7 de junio de 2017 cuando afirma: “Nel contratto di assicurazione sulla vita tipo “Index Linked” in cui le somme dovute dall’assicuratore vengono direttamente collegate all’andamento degli attivi finanziari di un titolo strutturato e non è prevista alcuna garanzia di rendimento minimo quanto al rimborso del capitale versato, per l’assicurato ricorrono elementi di rischio propri di un investimento azionario, connessi all’andamento dei parametri di riferimento a cui sono collegate le somme dovute.”

<sup>122</sup> Aunque en epígrafes posteriores se analizará la naturaleza jurídica de estos productos, de suyo, complejo, defiende PIRAS, “Polizze “index linked” collegate ad obbligazioni Lehman Brothers”, BBTC, 2012, pp. 73 y ss., p. 74 la naturaleza aseguraticia de estos contratos si la prestación prometida por el asegurador en caso de muerte está determinada en base a un correcto cálculo estadístico del riesgo demográfico, de otro modo, el contrato no podría nunca ser calificado como seguro de vida.

<sup>123</sup> Como bien señala FEINMAN, “Contract and claim in insurance law”, cit., p. 158 el tomador no va mas allá de ciertas cuestiones a la hora de negociar. Así, gráfico pero excueto afirma: “The insurance policy involves minimal planning by the policyholder, typically focusing on price, policy limits, deductible,

teñir el contrato para calificarlo de seguro si se garantiza el cálculo prestacional en caso de riesgo de muerte o de sobrevivencia actuarial y estadísticamente por parte del asegurador, por muy residual que cuantitativamente sea esta prestación respecto a las inversiones en instrumentos financieros hechas y donde las expectativas de rentabilidad no son seguras?

De otra parte, ¿qué ocurre cuando los productos financieros sobre los que recae la inversión, el monto de la prima, son escogidos o preseleccionados o incluso pertenecen a la entidad aseguradora? Para la sentencia del Tribunal de Siracusa de 17 de octubre de 2013: “Il contratto di assicurazione sulla vita (polizza unit linked) in cui la prestazione a carico della società di assicurazioni è collegata al valore di un fondo azionario interno all’assicuratore prescelto al momento della sottoscrizione, senza alcuna garanzia di esito non negativo della gestione, o di rimborso in caso di perdita totale o parziale del capitale, ha natura finanziaria.”<sup>124</sup>

Llegados inicialmente a este punto, estos productos responden a una causa sin embargo única o cuando menos preeminente, a saber, una causa de inversión. Quedando relegado a segundo término, tanto cualitativa como, sobre todo, cuantitativamente, la causa de garantía asegurativa<sup>125</sup>. El tanto por ciento que se destina de la prima a la hi-

a vague sense of the insurer’s reputation, convenience, and perhaps a few items of coverage”.

<sup>124</sup> Comenta esta sentencia SPADARO, “Polizza unit linked collegata al valore di un fondo azionario interno all’assicuratore”, *Il Caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 9712 – pubb. 14/11/2013. Para el autor italiano “Il contratto di assicurazione sulla vita (polizza unit linked), anche prima dell’entrata in vigore della Legge 262/2005 e del Decreto legislativo 303/2006, rientrava nel campo di applicazione del Testo Unico della Finanza e del Regolamento Consob 11522/1998, non potendosi considerare alla stregua di un normale prodotto assicurativi ma piuttosto come forma di investimento di natura finanziaria. È nullo il contratto di assicurazione sulla vita (polizza unit linked) quando manca il contratto generale d’investimento (cd contratto quadro) destinato a regolare tutti i rapporti negoziali tra intermediario e cliente, quando vengono violate le norme sull’informazione del cliente e quando il rischio dell’inadempimento o dell’insolvenza dell’ente che ha emesso i titoli collegati alla polizza medesima siano interamente a carico del cliente”.

<sup>125</sup> Señala y a favor de esta causa de inversión ROSSETTI, *Il diritto delle assi-*

potética suma asegurada que habría que pagar en caso de supervivencia o, de fallecimiento, es marginal, cuando no irrisoria, respecto a lo que se destina a inversión especulativa.

Y esta es, a todas luces la pauta en la redacción de este tipo de pólizas, productos de seguro basados en inversiones o si se prefiere productos financieros yuxtapuestos a seguros en los que hay que interpretar en verdad, el contenido contractual de la póliza<sup>126</sup>.

Pero, ¿puede subsistir un contrato de seguro sin *alea*, sin esa aleatoriedad, pese a la crisis que este carácter está sufriendo en todo el derecho contractual, y sin la previsión del seguro que, en el caso de un seguro de vida, no es sino proveer a futuro unos recursos económicos necesarios para el asegurado o para el beneficiario?<sup>127</sup> O dicho de otro modo, sobre qué realmente influye o actúa el *alea* ¿sobre un plano económico financiero o también sobre un plano jurídico-estructural?<sup>128</sup> ¿existe verdaderamente *alea* en el producto en su com-

*curazioni*, III, cit., p. 987 como en muchas notas informativas o condiciones generales se declara expresamente esta causa. Esto todavía no es suficiente sin embargo para negar la naturaleza asegurativa, puesto que el seguro sobre la vida puede alcanzar muchas y diversas funciones, y no necesariamente aquella de previsión.

<sup>126</sup> Así, TARANTINO, “Caveat emptor”, cit., p. 626 también en un caso en el que el subyacente eran obligaciones emitidas por Lehman Brothers, señala: “es necesario verificar, en vía interpretativa, si del contenido de la póliza resulta claramente la intención de las partes de poner a cargo del asegurado el riesgo relativo al incumplimiento del emitente y en que medida deba entenderse transferido el riesgo”. En la póliza que se había comercializado se afirma que es “comunque garantito che il capitale minimo liquidabile a scadenza non è inferiore al capitale iniziale”, sin embargo se añadía, “la Sociedad ha seleccionado un título obligacional de idónea seguridad y negociabilidad considerado que, en caso de incumplimiento por parte del ente emisor de tal actividad financiera, los eventuales efectos secundarios perjudiciales son “in capo al Contraente””.

<sup>127</sup> Sobre la crisis de la aleatoriedad en el seguro, véase VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, I, 6ª ed., Cizur Menor, 2019, capítulo segundo y la abundante bibliografía que allí abordamos y el giro reciente, sobre todo, en la dogmática francesa más moderna a diluir la aleatoriedad por la conmutatividad. Acierta CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle *polizze linked*: la riproposizione di un tema”, BBTC, 2015, n° 4, II, p. 457 y ss., p. 459 cuando reconoce que también existen negocio no aleatorios en derecho y que pueden cumplir una necesidad o función de previsión.

<sup>128</sup> Sobre este punto, véase muy crítico, MAZZUOCOLO, “Dal contratto di

ponente financiero inversora habida cuenta que si la hay en el riesgo demográfico?

El riesgo de inversión, el riesgo de performance ¿tiene cabida en la aleatoriedad tradicional del contrato de seguro hoy sin embargo también cuestionada? Acaso ¿no se ha perdido o lastrado toda connotación de seguro en estos productos basculando hacia contratos de inversión -en cierto modo atípicos- y en los que no se asumen los riesgos demográficos?<sup>129</sup> O bastaría con que aparte de ese puro riesgo inversor o financiero una póliza *linked* por ejemplo, ¿asumiere incluso tangencial o parcialmente un carácter aseguratorio toda vez que la aseguradora ofrezca una garantía de prestación vinculada a la vida?<sup>130</sup>

Es claro que los valores sobre los que recae la inversión, las primas o prima en definitiva, puede sufrir una devaluación o disminución absoluta, otra cosa es quién peche finalmente con ese riesgo, si el inversor minorista o la compañía aseguradora<sup>131</sup>. Y a sensu contrario

assicurazione ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione”, *I prodotti finanziari assicurativi. Un’analisi ragionata della giurisprudenza*, [ZITIELLO (a cura di)], Milanofiori, 2014, (recurso electrónico), y en donde señala que quienes defienden este criterio entienden que el riesgo económico no es, de hecho, un elemento típico del contrato de seguros, en cuanto que la incertidumbre económica entra en la llamada *alea normal* del contrato.

<sup>129</sup> Por esta vía apunta GAMBINO, “La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria”, *Ass.*, 2007, pp. 195 y ss., p. 197; en contra igualmente de su calificación de seguro, y enfatizando que en realidad participan de la nota de una transacción financiera en cuando a un mero “collegamento negoziale”, GALGANO, “Il prodotto “misto” assicurativo finanziario”, *BBTC*, 1988, p. 91; BIN, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, *Ass.*, 1988, pp. 135 y ss.

<sup>130</sup> Por esta vía, la de la garantía de la prestación, apuntan autores como SABATELLI, “I prodotti misti assicurativi e finanziari”, *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, [GRIFFI/RICOLFI (a cura di)], Milano, 1997, pp. 111 y ss.; ALPA, “I prodotti assicurativi finanziari”, *Il nuovo codice delle assicurazioni*, [AMOROSINO/DESIDERIO (a cura di)], Milano, 2006, pp. 88 y ss.; CAPRIGLIONE, “Le polizze «unit linked»: prodotti assicurativi con finalità di investimento”, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, pp. 426 y ss.

<sup>131</sup> ¿Qué ocurre entonces cuando la entidad aseguradora se compromete en todo caso a restituir el capital inicialmente pagado en concepto de prima en caso de no obtener rentabilidad alguna? Este supuesto es el que valora entre otras la sentencia del Tribunal de Roma de 1 de abril de 2011. En el caso, la póliza de

un restablecimiento del valor del fondo o del subyacente, reforzaría y restablecería el valor de la inversión, del capital especulativo, pero no el valor demográfico que recae sobre una suma asegurada sobre la vida del asegurado.

Y no solo una depreciación, pues ¿qué sucedería si por ejemplo la entidad o empresa emitente de unas obligaciones cae en concurso de acreedores? ¿quién asume el riesgo, el asegurado, la aseguradora, quid con el propio concurso y la insinuación de créditos y su clasificación y posibilidad incluso de subordinación creditural<sup>132</sup>?

Es claro que cada parte, asegurado y aseguradora persiguen y tienen sus propios intereses, unos intereses que no están exentos de oportunismo contractual, pero que, en nuestro juicio, pasan por un aspecto clave, ¿quién pecha con las consecuencias de la inversión sobre todo si ésta fracasa o lleva a una pérdida total o parcial de la inversión efectuada?<sup>133</sup> ¿Y si el condicionado prevé y garantiza un mínimo de recuperabilidad llegado el vencimiento de lo invertido pese a la situación económico financiera crítica de la emisora de los valores o del subyacente?<sup>134</sup>

seguros de vida linked afirmaba: “È comunque garantito che il capitale minimo liquidabile a scadenza non è inferiore al capitale iniziale. Nella polizza questo importo è definito “capitale minimo garantito alla scadenza”.

<sup>132</sup> Destaca y no comparte TARANTINO, “Caveat emptor”, cit., p. 627 como hubo algún pronunciamiento, en concreto el tribunal de Busto Arsizio, de 20 de noviembre de 2009 y en el que se produce la quiebra o insolvencia de la emisora. En esta situación, es la aseguradora que había comercializado esos productos emitidos por la empresa ahora en concurso, la que tendría la obligación indirecta de restituir al vencimiento el capital inicial invertido por el asegurado, pues tal obligación recae en vía directa sobre “Lehman Brothers Holding inc.”, puesto que la insolvencia de esta última habría comportado la pérdida también del capital inicialmente invertido por el asegurado.

<sup>133</sup> Sobre estos intereses particulares y cierto oportunismo contractual se pronuncia FEINMAN, “Contract and claim insurance law”, cit., p. 161 cuando aduce: “... each party has a degree of discretion in its performance which raises the risk that it will not respect its contractual commitment and instead will act in its own interest. Agency problems create the potential for opportunistic behavior. Opportunism can be defined narrowly— Williamson’s famous “self-interest seeking with guile”—or broadly, to include “any contractual conduct by one party contrary to the other party’s reasonable expectations.”“

<sup>134</sup> Este fue el caso y la postura del Tribunal de Roma en su sentencia de 1 de

No son de suyo incompatibles, pese a responder a finalidades distintas, pero no cabe duda, sin embargo, que una de ellas, la causa financiera especulativa prevalece a la causa de seguro, de garantía de vida o deceso. Mas ¿podemos hablar en todo caso de una causa mixta en estos productos? Es decir, ¿una causa previdencial y financiera, -aquella, en el campo tradicional del seguro, ésta última en la de los mercados de inversión-, susceptible y capaz de vertebrar la estructura y los caracteres de estos productos o única y finalmente estamos ante una causa puramente financiera y especulativa?

Mas ¿quién responde, acaso un seguro de responsabilidad civil del gestor de estos activos e instrumentos financieros o simplemente estamos ante una genuina obligación de medios? Una cuestión es mejorar sin duda, la deficientísima información y comprensibilidad de estos productos de riesgo financiero, bien sea a través de mayor publicidad, mayor objetividad en la información y transparencia, comprobación y evaluación de la capacidad inversora y financiera del tomador así como la de asunción de riesgos, sin caer en los ambages del formalismo estéril, y otra bien diferente, es reducir la exposición misma al riesgo de inversión y su resultado a la hora de la liquidación final del producto<sup>135</sup>.

Indudablemente, dentro de éstos, se hallan los productos de inversión basados en seguros o PRIIPs, *Packaged Retail and Insurance-Based Investment Products*, -productos de inversión empaquetados y basados en seguro-, y que responden a un parámetro genérico, a saber, productos en los que el capital que se reembolsa al inversor-tomador (en no pocos casos minorista) está sujeto a fuertes oscilaciones o fluctuaciones<sup>136</sup>. Categoría no obstante holística, atrapalotodo, y

abril de 2011, *www.ilcaso.it.*, en una póliza de vida index linked referenciada a títulos de Lehman Brothers, para el tribunal: “Il fatto che una polizza vita sia garantita da una obbligazione (nella specie Lehman Brothers) al cui andamento sia anche legata la rivalutazione del premio, non esime la compagnia emittente dal pagamento alla scadenza quanto meno del premio qualora il contratto preveda un capitale minimo garantito costituito da quanto versato dall’assicurato.”

<sup>135</sup> Véase la contribución de PARLEANI, “Le règlement “PRIIPs”, ou le formalisme au secours des investisseurs et du marché”, RGDA, 2015, pp. 231 y ss.

<sup>136</sup> Define el artículo 4.2 Reglamento UE 1286/2014 los PRIIPs, como *pro-*

bajo la cuál se configuran y perfilen múltiples posibilidades e ingentes combinaciones<sup>137</sup>. Desde instrumentos financieros sencillos a bonos estructurados y productos derivados, desde acciones a obligaciones y deuda tanto pública como privada, pasando por cestas o fondos de inversión<sup>138</sup>. Pero también la moneda, la divisa, índices de cotización o valor de determinados productos, como el oro, el barril del petróleo, el aceite, etc. La pauta es sencilla, las provisiones técnicas se invierten en nombre y por cuenta de la aseguradora en participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva y otros instrumentos financieros, sean elegidos o no, por el tomador.

Las fluctuaciones de los propios mercados donde los valores que sirven como activos de la inversión y subyacen a ésta, están sometidos a la volatilidad de éstos<sup>139</sup>. Y pese a que en cierto sentido bajo

*ducto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado”.*

<sup>137</sup> Engloba ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, cit., pp. 955 y ss., bajo un epígrafe global, “i contratti assicurativi-finanziari”, para definirlo como “i contratti nei quali la prestazione dovuta dall’assicuratore non è fissa e pre-determinata, ma può cambiare in funzione delle variazioni di un “bene” oggetto di contrattazioni sul mercato finanziario”.

<sup>138</sup> Un buen elenco lo encontramos en el documento elaborado por la CNMV “Preguntas y respuestas sobre la aplicación del Reglamento 1286/2914 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros (PRIIPs). Como bien señala el documento y de cara a delimitar qué productos están sujetos a la normativa PRIIPs, lo que no significa que no puedan al contrario ser objeto de estos seguros/inversión: “... no se ha definido una lista exhaustiva de clases de productos a los que la norma resulta aplicable... pueden identificarse ciertos tipos de productos que pueden entenderse incluidos de forma general en el alcance de PRIIPs. En el ámbito de competencia de la CNMV, destacar los productos estructurados y los derivados. Los fondos de inversión también son productos empaquetados sujetos a esta norma ... algunos tipos de bonos corporativos, en la medida que cumplan la definición de PRIIPs, también podrían incluirse en el alcance. Por el contrario, activos que son objeto de tenencia directa como las acciones o los bonos soberanos, no están sujetos a la normativa PRIIPs”.

<sup>139</sup> Así, afirma de los *unit linked* ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 94 al invertirse las primas en una cesta de fondos de inversión diversamente compuestos -acciones, obligaciones, monedas o divisas- “sicché le somme corrisposte dall’assicurato a titolo di premio vengono versate in fondi d’investimento

ese paraguas genérico de PRIIPs se suelen agrupar diversas categorías de productos, es dable, diferenciar entre productos empaquetados y productos basados en seguro.

De este modo bajo esas siglas pueden reubicarse categorías de productos tales -autónomos e independientes unos de otros- como: fondos de inversión, productos de inversión basados en seguro, valores estructurados al por menor, bonos y depósitos a plazo estructurados. Prototipo de productos de inversión basado en seguros es, sin duda, el seguro *unit-linked*<sup>140</sup>. Un producto donde se discute su naturaleza, su causa, si la misma responde a una suerte de causa de previsión, de ahorro, o solo de inversión<sup>141</sup>.

Ahora bien, porque denominemos a un producto como seguro, ¿necesariamente y por efecto del *nomen iuris*, estamos ante un genuino producto de seguro?<sup>142</sup> Es indudable que el eje sobre el que

interni o esterni all'assicuratore, in modo che, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare al momento stesso”.

<sup>140</sup> Conforme entre otros, TAPIA HERMIDA, “Transparencia y conducta en la distribución, en la UE, de productos de inversión basados en seguros: El Reglamento Delegado (UE) 2017/2359”, véase [ajtapia.com/2018/01/transparencia-conducta-la-distribucion-la-ue-productos-inversion-basados-seguros-reglamento-delegado-ue-20172359/](http://ajtapia.com/2018/01/transparencia-conducta-la-distribucion-la-ue-productos-inversion-basados-seguros-reglamento-delegado-ue-20172359/)

<sup>141</sup> Obligada la referencia a CORRIAS, “La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento”, *Assicurazioni*, 2016, pp. 225 y ss. Con anterioridad, CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle *polizze linked*: la riproposizione di un tema”, *BBTC*, 2015, n° 4, II, p. 457 y ss., al analizar la sentencia del tribunal de Milán de 16 de abril de 2015, y donde afirma en p. 459 que, para ser considerado un contrato de seguro de vida, cualquier negocio estipulado por una aseguradora debe presentar conjuntamente los siguientes elementos: (i) contemplar un riesgo demográfico, o sea prever una objetiva y apreciable variabilidad de prestaciones de una de las partes en razón de la duración de la vida humana; (ii) garantizar al asegurado una prestación cierta, cuando se verifique el evento (muerte o sobrevivencia) contemplado, de tal cantidad para cumplir las exigencias de previsión.

<sup>142</sup> No le falta razón a ALBANESE, “L'assicurazione sulla vita”, cit., p. 97 cuando afirma que el hecho de que una de las partes sea una aseguradora y denomine al contrato como contrato de seguro, de por sí, no es suficiente para atribuir al contrato mismo naturaleza asegurativa cuando, en substantia, se tra-

estos productos se asientan es hoy, la información, la transparencia, el conocimiento del producto, máxime entre tomadores minoristas o consumidores. Saber qué producto contratan, qué coberturas y sus límites, qué es lo que verdaderamente se asegura, pero sobre todo, qué es lo que no se asegura, que obligaciones existen para ambas partes, qué se paga, cuánto y a dónde va destinada esa prima, cuando comienza y termina la cobertura, etc., son ejes cardinales y que, en último caso, van a permitir deslindar las fronteras de este producto y saber ante qué estamos. Amén de saber con certeza, ¿qué prestación promete en suma un asegurador que comercializa estos productos?<sup>143</sup>

Es que acaso un seguro ¿es un instrumento financiero o un valor negociable?<sup>144</sup> Máxime en productos híbridos y compuestos como éstos donde a efectos de capitalización la parte de seguro genuina es exangüe comparada con la de inversión<sup>145</sup>. No hay en la inversión un riesgo demográfico *certus an, incertus quando* como en el seguro de vida, sino la mera expectativa de que lo invertido produzca una determinada rentabilidad. Si falta el riesgo demográfico, falta la aleatoriedad del seguro, sin que ésta sea sustituible en su funcionalidad, por una pretendida aleatoreidad en los mercados de inversión.

ta de un producto prevalentemente financiero. Véase igualmente el importante trabajo de SANGIOVANNI, “La Cassazione sull’equiparazione delle polizze unit linked a strumenti finanziari”, *Corriere giur.*, 2013, pp. 770 y ss.

<sup>143</sup> En este punto, señalaba GALGANO, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, cit., p. 95 como la prestación del asegurador, que promete un capital o una renta a una fecha de vencimiento, no se agrega pura y sencillamente a la prestación de la sociedad de gestión del fondo, sino que se funde en una “utilità” o “producto” nuevo, distinto tanto de la primera cuanto de la segunda.

<sup>144</sup> Ya se pronunciaba sobre esa relación seguro de vida y producto financiero, NESI, “Assicurazione vita e prodotti finanziari”, *Assicurazioni*, 1985, I, pp. 493 y ss.; también CASSELLI, “I rapporti fra banche e assicurazioni”, *Assicurazioni*, 1996, I, pp. 403 y ss.; Apuesta por referenciar estos productos bajo un paraguas más genérico y amplio de contratos innominados de inversión. GAMBINO, “La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice bancaria ed assicurativa”, *Assicurazioni*, 2007, pp. 197 y ss.

<sup>145</sup> Advierte con razón ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, cit., p. 965 que estamos ante una cuestión no puramente dogmática, dado que el encuadramiento de las pólizas linked entre los contratos de seguros en lugar de entre aquellos financieros depende de la individualización de las normas aplicables.

La causa de este contrato es extraña a la causa tradicional y pautada que existe en un contrato de seguro<sup>146</sup>. Pero nada asegura ni tampoco garantiza la conservación íntegra del capital invertido en instrumentos financieros<sup>147</sup>.

A ello ha de unirse una variable más, la sofisticación y, por tanto, complejización disimulada de estos productos, de estos empaquetados, exponencial al riesgo que verdaderamente se asume con la inversión. Frente a riesgos de vida, irrumpen los riesgos de inversión<sup>148</sup>. Pero ¿han de subsistir ambos simultánea y yuxtapuestamente o, por el contrario, pueden vivir el uno de espaldas al otro?<sup>149</sup> Frente a la

<sup>146</sup> En este punto ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 96 afirma como ahora la prestación del asegurador no está ligada a un evento atinente a la vida humana, sino al valor de los instrumentos financieros asumidos como referencia, siendo irrelevante el *nomen iuris* del contrato, al no ajustarse a una causa estricta de seguro, y siendo aplicables las normas relativas a la intermediación financiera.

<sup>147</sup> Traen a colación ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation. Cases and materials*, 6ª ed., cit., p. 334 el caso VALIC 359, U.S., 65 and SEC v. United Benefit Life Ins. Co. 387 U.S 202 (1967) Para el tribunal una variable annuity “did not fall within the exemption because it placed “all the investment risk-taking on the part of the company ... Insurance involves a guarantee that at least some fraction of the benefits will be payable in fixed amounts”. “Therefore, and issuer of an annuity “that has no element of a fixed return assumes no true risk in the insurance sense”.

<sup>148</sup> Ahora bien, frente a estos seguros donde la componente inversora especulativa es nerval y axial a todo el producto, existen igualmente otras categorías de seguros de vida tales como los *long-term care insurance*, los *credit life insurance*, los *industrial life insurance*, los *participating and non-participating life insurance*, los *mutual life insurance*, etc., en los que poco a poco se van estirando los conceptos estrictos de puros riesgos demográficos a combinaciones, en ocasiones tímidas y muy parciales, con otros productos de los mercados. Vid. *in extenso*, en la práctica norteamericana, JERRY/RICHMOND, *Insurance Law*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>149</sup> No es casual este interrogante. Desnudo o ausente el componente seguro de vida, riesgo de vida, el producto se cae en su dimensión asegurativa para ser un mero y simple producto financiero especulativo, pero ¿y la causa? Como bien se ha afirmado a raíz de un pronunciamiento categórico de la Casación francesa de 23 de noviembre de 2004, Sala mixta, ROUMÉLIAN, “Le risque en assurance vie”, Dossier n° 1, BJDA, 2017, De certaines évolutions sur le risque en assurance, [bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/le-risque-en-assurance-vie/](http://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/le-risque-en-assurance-vie/), “Por lo

gestión de un mero contrato tradicional, un contrato administrado, a veces simplificado, donde la prima se invierte en instrumentos financieros de los mercados, permitiéndose incluso el trasvase de fondos de euros a fondos de unidades de cuenta<sup>150</sup>.

Una complejización que nada tiene que ver con el *alea* asegurativa, pero sí, con el *alea* financiera de los propios productos en sí, que no son otros que los de las fluctuaciones, variabilidades y volatilidades de los propios mercados y sus cotizaciones o variaciones de valor pecuniario<sup>151</sup>. Mas eso sí, el riesgo último, esto es, el riesgo asociado

tanto, la póliza de seguro de vida es intrínsecamente aleatoria, siempre y cuando se base en la vida del asegurado. Con la excepción de supuestos raros, esta jurisprudencia no ha sido cuestionada desde 2004. El riesgo de recalificación en los contratos de capitalización sobre la base de la ausencia de riesgo de tales contratos de seguro de vida parece en lo sucesivo que debe ser descartada”. En realidad, se trataban de cuatro sentencias de ese mismo día, 23 de noviembre de 2004, y en las que el Tribunal de Casación ofreció seguridad jurídica a un contrato que se define en relación con la garantía de un riesgo y cuyo uso moderno hoy en día puede ser una fuente de inseguridad financiera.

<sup>150</sup> Un buen ejemplo explicativo lo encontramos en una entidad financiera tal como Credit Lyonnais, que en su web explica la diferencia entre elegir una póliza de seguro de vida en euros o en unidades de cuenta, así, [www.lcl.fr/assurance-vie/types-de-contrats-assurance-vie](http://www.lcl.fr/assurance-vie/types-de-contrats-assurance-vie). No puede perderse de vista que, en la práctica de estos seguros, casi todos los contratos vinculados a la unidad son contratos “multiactivos” que combinan: un fondo en euros (con las mismas características que los contratos en euros), y unidades de cuenta con varios perfiles de riesgo y rendimiento: mercado de valores, mercados de bonos, fondos diversificados, garantizados o protegidos, acciones o acciones de empresas inmobiliarias, etc. En la doctrina francesa sobre este punto, entre otros LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14<sup>a</sup> ed., Paris, 2017, n° marginal 1106, pp. 872 y ss.

<sup>151</sup> Sobre los contratos “multisupports”, véase en la doctrina francesa, BIGOT, “Règles particulières à certains contrats”, *Traité de droit des assurances*. Les assurances de personnes, Tome 4, Paris, 2007, pp. 489 a 491 y que apunta como estos contratos llevan una “cláusula de arbitraje” que permite al contratante repartir diferentemente la “ventilation” inicial de la prima. Destaca BINON, *Droit des assurances de personnes*, cit., p. 134 como las propias aseguradoras han desarrollado progresivamente mecanismos destinados a reducir el *alea* financiera inherente a los seguros de vida de la “branche 23”, bien sea a través de sistemas de *cliquets* o de estructura de escalera, así como generando productos “multi-soportes” que se asientan sobre una combinación de la “branche 21 y de la branche 23”. Estas combinaciones permiten repartir la inversión entre un ramo

al resultado de las inversiones no está a cargo del asegurador, sino del asegurado<sup>152</sup>. Téngase en cuenta que para esos riesgos financieros o de inversión a través de la capitalización de aquella difícilmente tiene anclaje la aplicación del cálculo de probabilidades ni la ley de los grandes números sobre estadísticas utilizadas por el asegurador<sup>153</sup>.

y otro con una posibilidad real de transferencia interna en el contrato en curso, afectando automáticamente todo o parte de las ganancias generadas en un ramo al otro de cara a asegurar el rendimiento, o, en sentido inverso, de operar un “retiro estratégico” sobre el ramo 21 en caso de una minusvaloración o pérdida importante en el ramo 23.

<sup>152</sup> Describe ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 93 a diferencia de las clásicas formas de seguros de vida, tales contratos, que comportan a veces el cumplimiento de operaciones particularmente arriesgadas, se caracterizan por: la previsión de una prima única, pagada al inicio al fin de consentir las inversiones; por una más breve duración, pocos años (entre 5 y 10); por la irrelevancia del riesgo demográfico, como también del estado de salud o de la profesión del asegurado; así como de futuros eventuales cambios de tales situaciones de hecho. Concluyente afirma: “I suddetti elementi sono indizi della natura finanziaria del contratto, dalla quale derivano una serie di complesse questioni. È sin da ora intuibile il rovesciamento di prospettiva rispetto alla tradizione. Il rischio collegato all’andamento degli investimenti non è piú a carico dell’assicuratore, ma dell’assicurato”. Al respecto, ROUMÉLIAN, Dossier n° 1, 2017, cit., [recurso electrónico] afirma, en contraste con el fondo del euro, las unidades de cuenta que consisten principalmente en bonos, OICVM e incluso acciones fluctúan por naturaleza. El asegurador solo se compromete con el número de unidades de cuenta y no con su valor. Es el suscriptor quien asume el riesgo de pérdida. Para proteger al suscriptor, el legislador exige al asegurador que especifique esta información relacionada con la fluctuación de las unidades de cuenta en la documentación contractual

<sup>153</sup> Afirma CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle *polizze linked*: la riproposizione di un tema”, cit., p. 459 como “l’impermeabilità della misura della prestazione dell’assicuratore all’accadimento dell’evento, in altri termini, non solo affievolisce il nesso tra bisogno economico e risorsa assegnata per la soddisfazione dello stesso, ma, soprattutto, fa sí che l’assicurato realizzi le esigenze previdenziali tutelate dalla legge, non a costo parziale, ma a costo pieno, ossia acantonando presso l’impresa le stesse secondo il meccanismo proprio del risparmio. Può altresí osservarsi, sul piano strettamente tecnico-giuridico, che, in tale contesto, la rilevanza dell’evento viene sensibilmente limitata, in quanto lo stesso fungerà da mero termine per l’esigibilità della prestazione e non, come avviene nel meccanismo assicurativo, da elemento di determinazione della stessa”.

Son los mercados, son las cotizaciones, las fluctuaciones las que marcan el devenir de la inversión. Una inversión que no es directa, habida cuenta que el tomador inversor no adquiere la tenencia directa de los activos sobre los que aquélla recae. Así, contundente, el considerando 7º del Reglamento 1286/2014 que a la hora de parametrar el contenido del documento con datos fundamentales, también traza los perímetros de este producto, con los límites de que cae bajo su órbita y qué queda al margen de esta regulación; así el mismo asevera: “ ... En el caso de los productos de seguro de vida, se entiende por «capital» el capital invertido a petición del inversor minorista. Deben excluirse además del ámbito de aplicación del presente Reglamento todos los depósitos o certificados representativos de depósitos tradicionales que no sean depósitos estructurados según la definición del artículo 4, apartado 1, punto 43, de la Directiva 2014/65/UE. Los activos que son objeto de tenencia directa, como las acciones de sociedades o los bonos u obligaciones soberanos, no son productos empaquetados o basados en seguros, por lo que deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Los fondos de inversión destinados a inversores institucionales están excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento, puesto que no se destinan a la venta a los inversores minoristas. Debido a sus características y objetivos específicos, deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento los productos de pensiones individuales y los fondos de pensiones de empleo a los que el Derecho nacional atribuya como finalidad principal proporcionar al inversor ingresos para su jubilación, mientras que sí deben incluirse en su ámbito otros productos de seguros individuales de acumulación o de ahorro que ofrecen oportunidades de inversión”.

Pues, ¿se puede hablar de siniestro en estos seguros sobre un referente de instrumentos financieros cuando los mismos caen o pierden su valor de cotización en un mercado secundario? ¿Cómo desde un punto de vista estadístico puede un asegurador realizar un cálculo de probabilidades en aras a buscar una frecuencia, cuando el valor de cotización, las fluctuaciones y volatilidades pueden responder a múltiples causas y coyunturas ajenas incluso a ese mismo mercado bursátil?<sup>154</sup>

<sup>154</sup> Como bien afirma LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14<sup>a</sup>

Complejización, sofisticación, combinaciones o fusiones de productos vinculados y maridajes que unen productos financieros de mercados tan heterogéneos como los bancarios, bursátiles y de seguro<sup>155</sup>. Y es que, dentro de ese *alea* y riesgo financiero, estos productos se cobijan ante todo bien sobre fondos en euro, que pueden ser el apoyo a la inversión para los contratos de apoyo múltiple, como los contratos multiporte y las unidades de cuenta<sup>156</sup>.

ed., cit., p. 45 los riesgos nuevos, se identifican en estadísticas insuficientes no permiten establecer con rigor un cálculo de probabilidades.

<sup>155</sup> Hablaba GALGANO, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, cit., p. 95 de esta fusión en un “producto nuevo” y que emerge por la mayor utilidad procurada al ahorrador, que por la combinación de dos prestaciones obtiene una forma de valorización acrecentada de su ahorro. Son para el profesor italiano “contratti collegati” “assolvono tuttavia una funzione unitaria: encuentran el uno la causa en el otro”. Vid., sin ir más lejos los seguros que se exigen en la reciente Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando en su artículo 17 regula las ventas vinculadas o combos financieros inseparables y unes el préstamo y el seguro. Ventas de seguro, en suma, vinculadas a préstamos inmobiliarios. Recuerda TAPIA HERMIDA, “Préstamos y seguros. Un matrimonio complejo: las ventas agrupadas de préstamos hipotecarios con otros productos financieros y seguros en la futura ley de contratos de crédito inmobiliario”, [ajtapia.com/2017/12/prestamos-seguros-matrimonio-complejo-las-ventas-agrupadas-prestamos-hipotecarios-otros-productos-financieros-seguros-la-futura-ley-contratos-credito-inmobiliario] “recordar que la admisibilidad de estas ventas agrupadas de préstamos y seguros se somete a la condición de que el banco prestamista deberá acepte que el cliente prestatario le presente *“pólizas alternativas de todos aquellos proveedores que ofrezcan unas condiciones y un nivel de prestaciones equivalentes a la que aquel hubiera propuesto, tanto en la suscripción inicial como en cada una de las renovaciones”*. Es evidente que este juicio de equivalencia entre pólizas de seguros será extremadamente complejo por la muy difícil comparabilidad de coberturas de diferentes seguros no sólo por el número, clase y suma asegurada en cada cobertura, sino también por las exclusiones, delimitación temporal y otras circunstancias de aquellas coberturas.”

<sup>156</sup> Conforme ROUMÉLIAN, cit., [recurso electrónico] que relata como el fondo en euros ofrece ventajas reales para el suscriptor ya que su capital está garantizado por la aseguradora que se compromete a pagarle un rendimiento mínimo al menos igual y, en ocasiones, superior a la tasa regulada. Además, el suscriptor se beneficia del efecto *cliquet* que le garantiza mantener el beneficio de los ingresos pasados, incluso en el caso de una futura caída en los mercados financieros. El fondo de euros ha sido un éxito entre los ahorradores franceses. A finales de 2015, el 80% de los activos se invirtió en fondos en euros, lo que refleja el

Un *alea* financiera que permite combinar productos, trasvasar en no pocos casos ciertos rendimientos mínimos que se garanticen y que diluyan el riesgo en definitivo<sup>157</sup>. La práctica ha demostrado como en ese trasvase de fondos, de productos iniciales bajo unos parámetros, es real en su mutación. De gestionarse en euros a convertirse en unidades de cuenta o *unit linked*, mas, ¿muta la base de referencia que compone el subyacente, pudiendo rotar y cambiar los activos o instrumentos financieros por otros y, si es afirmativa la posibilidad, conforme a qué principios y qué fecha? Pensemos que el mecanismo de rotación o rotatividad sí existe en los mercados, sin ir más lejos, prendas rotativas de valores<sup>158</sup>.

Pero también ha forzado la injerencia del estado al punto de poder bloquear ante caídas de valor de esos fondos los mismos<sup>159</sup>. Cuestión

hecho de que los inversores favorecen la seguridad en riesgo. Esta proporción entre los fondos del euro y las unidades de cuenta se verifica en 2016. Sin embargo, con la disminución constante del rendimiento de los bonos del gobierno en los que se invierte principalmente, los fondos del euro podrían ser riesgosos. Además, para evitar una crisis importante, a finales de 2016, el legislador decidió establecer un mecanismo de protección. En caso de una amenaza grave y grave para la situación financiera de las entidades de crédito y las compañías de seguros, principalmente o para la estabilidad del sistema financiero, la Junta de Alta Estabilidad Financiera puede tomar medidas de precaución que tengan como efecto el bloqueo de los fondos depositados en los contratos de seguros de vida.

<sup>157</sup> Véase sobre esta combinación de base de productos y la vascularización hacia un producto más de seguro que de inversión en ciertos casos, MAYAUX, “Arrêt Alonso: les contrats d’assurance-vie en unités de compte sont bien de l’assurance”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2012, pp. 567 y ss.

<sup>158</sup> Entre otros muchos, permítasenos hacer referencia a nuestra aportación, VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, 2ª ed., Cizur Menor, 2017; y también, *La prenda de acciones*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015.

<sup>159</sup> Así, ROUMÉLIAN, Dossier nº 1, 2017, cit., [recurso electrónico] cuando señala como “Ante la ausencia de un riesgo financiero aparente de invertir en fondos del euro, el legislador introdujo el riesgo de bloquear el contrato de seguro de vida”. Así, la Junta de Alta Estabilidad Financiera puede, en Francia, tomar medidas de precaución que tengan como efecto el bloqueo de los fondos depositados en los contratos de seguros de vida. El Consejo Constitucional ha validado el nuevo mecanismo como no contrario al derecho de propiedad y no afectando de manera desproporcionada a la libertad contractual y a la economía del contrato. Es más, la ley no especifica expresamente los fondos afectados por el riesgo de una ejecución hipotecaria, pero, en ausencia de una exclusión expre-

divergente es que todos los productos de inversión basados en seguros lo permitan o puedan establecer, además, cierto tipo de garantías que al menos permitan una rentabilidad de mínimos y, por tanto, contención de la pérdida total de la inversión<sup>160</sup>.

Así las cosas, el hecho innegable de la naturaleza financiera de productos tales como las pólizas *unit linked* no impide que, sin embargo, los mismos sean considerados como contratos de seguro<sup>161</sup>. Pero ¿en verdad lo son? Mas, ¿puede considerarse tal producto en puridad como contrato de seguro cuando el peso y el espacio a un riesgo puramente demográfico y, por ende, atinente al devenir de la vida misma, es totalmente marginal, cuando no insignificante en la configuración del producto denominado seguro de inversión?<sup>162</sup>.

sa de un tipo de activo, todos los activos se refieren a cualquiera que sea su naturaleza: fondos y fondos invertidos en unidades de cuenta.

De este modo, en la práctica, solo la suposición de una caída en el valor de los fondos del euro que resulta en una recompra masiva de los contratos invertidos en este tipo de activos podría justificar la adopción de una medida de bloqueo. De hecho, solo esta hipótesis tendría un impacto real en la estabilidad financiera del mercado. Como resultado, es menos probable que se adopte el bloqueo de los fondos de inversión por unidad.

<sup>160</sup> En este punto la práctica financiera de estos seguros combinando elementos puramente de inversión con otros de seguro de vida y trasvasando las cantidades de la prima abonada, permite generar productos que puedan garantizar un rendimiento mínimo (“eventualmente igual a cero”), o lo que es lo mismo, preservar a través de este rendimiento cero que el tomador conservará, al menos y en todo caso, la integridad de su inversión inicial, al margen de cuál fuere la evolución del valor de la unidad de fondos o de cuentas.

<sup>161</sup> Así, ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 93 en nota a pie n° 8 hace un recorrido legislativo sobre la indudable naturaleza financiera de las *linked life policies*, afirmando que si bien se trata de productos financieros, dichas pólizas han reentrado por el legislador entre los “seguros, ramos I y II, cuyas prestaciones principales están directamente asociadas al valor de cuota de organismos de inversión de ahorro colectivo del ahorro o de fondos internos o bien a índices o a otros valores de referencia”.

<sup>162</sup> Este ha sido el supuesto que late en la sentencia del Tribunal de Milano de 16 de abril de 2015, n° 30127, y en el que la póliza *unit linked*, objeto de la controversia, con una duración de ocho años, y con prestaciones ligadas al valor de las cuotas de un fondo accionario, con exclusión de la garantía de restitución de la íntegra prima satisfecha, venía caracterizada porque el riesgo demográfico, definido como “mínimo” -ya en la sentencia de instancia-, pero era en realidad

El contrato de seguro que subyace en un producto de inversión es concebido en estos productos como factor y exponente genuino de inversión especulativa más que de ahorro seguro y cierto<sup>163</sup>. Pero ¿muta el seguro en un producto genuino de inversión financiera?<sup>164</sup> ¿pervive en su naturaleza pese a combinar o verse incluso superado por ese componente mayor de inversión? ¿o estamos ante categorías y contratos funcionalmente divergentes pero que se interseccionan por ciertos intereses?<sup>165</sup>

Se ha basculado de aquella primigenia función social de ahorro y genuina asistencia y previsión social para la familia o el propio asegurado a productos, nuevos productos, donde la base de la rentabilidad dependerá de la fluctuación de valor de otros subyacentes vinculados a aquél producto bajo la aguja y el hilo de ofrecer a priori, un contrato de seguro<sup>166</sup>. Y si así son las cosas, ¿podemos hablar en realidad

era considerado como irrelevante, dado que, en caso de muerte del asegurado, era prevista una prestación superior de solo 0,1 %, respecto a aquella debida en caso de rescate anticipado o al vencimiento del contrato. Véase el comentario crítico de CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle *polizze linked*: la riproposizione di un tema”, BBTC, 2015, n° 4, II, p. 457 y ss.

<sup>163</sup> Evoca al enumerar los ramos de seguros LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., cit., p. 63 y en concreto el ramo 22 “Assurances liées à des fonds d’investissement, como los ramos, desde el 20 al 22, esto es, el ramo vida-decesos, el ramo nupcialidad-natalidad y el vinculados a fondos de inversión, son ramos que incluyen la práctica de seguros complementarios al riesgo principal, sobre todo aquellos que tienen por objeto las garantías en caso de muerte, accidentes o invalidez.

<sup>164</sup> Hace más de tres décadas veía GALGANO, “Il “prodotto misto” assicurativo-finanziario”, cit., p. 95 una fusión en un “producto nuevo” y que emerge por la mayor utilidad procurada al ahorrador, que por la combinación de dos prestaciones obtiene una forma de valorización acrecentada de su ahorro. Son para el profesor italiano “contratti collegati” “assolvono tuttavia una funzione unitaria: encuentran el uno la causa en el otro; satisfaciendo un mismo, indivisible, interés del ahorrador-inversor; no siendo exigibles el uno separadamente del otro, considerada la mencionada técnica de pago de primas mediante “smobilizzo di quote di fondo”.

<sup>165</sup> Evocativo el título del trabajo de ROUHART, “Assurance vie ou pur produit de placement?”, Act. Fisc., 2002, n° 16, pp. 5 y ss.

<sup>166</sup> Acierta TAPIA HERMIDA, “Transparencia y conducta en la distribución, en la UE, de productos de inversión basados en seguros”, cit., blog ajtapia.com,

de un genuino producto de seguro homologable a otros?<sup>167</sup> Pero una máxima es clara, sin alea, no hay contrato de seguro, ahora bien, ¿de qué alea hablamos? ¿la propiamente aseguraticia, o la especulativa-financiera?<sup>168</sup>

Adviértase que la nota cualificadora de estos productos viene por el riesgo y volatilidad del mismo, que no es otra que la de cualquier producto financiero y que, además, no asegura una rentabilidad cierta, habida cuenta que el propio tomador en el escaso margen *ius electiones* del que dispone, dado que los productos son configurados y compuestos por el emisor, simplemente seleccionará productos de mayor o de menor riesgo financiero<sup>169</sup>. La regla máxima no es otra que la propia de los mercados, a mayor riesgo, mayor posibilidad de ganancia. Pero también de perderlo todo.

cuando apunta los problemas específicos que presentan estos productos, así: “Partiendo de esta noción, los productos de inversión basados en seguros presentan problemas regulatorios específicos que no son predicables de los seguros en general y que afectan, esencialmente, a los dos aspectos siguientes: por una parte, a las normas de conducta exigibles a los aseguradores e intermediarios y, por otra parte, a los flujos informativos que van desde el consumidor al productor o distribuidor de seguros”.

<sup>167</sup> Concluye CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema”, cit., p. 460: “Un contratto assicurativo (*rectius* emesso da imprese di assicurazione) senza rischio demografico, in definitiva, configurerà in mero contratto di (raccolta del) risparmio, con termine determinabile, *per relationem*, in ragione della morte dell'assicurato”.

<sup>168</sup> Esto lleva a plantear a LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., cit., p. 756 como un nuevo “défi” se presenta para los seguros de vida en su dimensión de inversión financiera aseverando: “les contrats les plus sûrs (contrats en euros) reposant sur des placements des assureurs essentiellement en obligations, leur rendement pour les assurés tend à baisser pareillement et à perdre de leur attractivité”.

<sup>169</sup> Así, a título meramente ejemplificativo en una póliza de seguro se lee en el documento informativo al abordar la naturaleza de un contrato de seguro unit linked: “Le prestazioni previste dal contratto sono espresse un quote di un fondo il cui valore dipende dalle oscillazioni di prezzo delle attività finanziarie di cui le quote sono rappresentazione. Per tanto il contratto comporta rischi finanziari per il contraente riconducibili all'andamento del valore delle quote”. Vid. el documento de una sociedad de Generali, Alleanza Assicurazione, [www.alleanza.it/atportal/media/show/34177](http://www.alleanza.it/atportal/media/show/34177)].

¿Cómo conciliamos un riesgo estricta y genuinamente-inversor con un riesgo puramente de seguro?<sup>170</sup>, ¿cómo se gestiona el riesgo de seguro, la vida, pero sobre todo, cómo se gestiona y conforme a qué parámetros el riesgo de inversión?, ¿quién pecha con las consecuencias de esos dos riesgos? Sin duda ambos, pero la aseguradora solo en el contrato genuino de seguro de vida, y el asegurado, recte, inversor, en el riesgo de los instrumentos financieros<sup>171</sup>. Ahora bien, ¿qué ocurre con ese eventual derecho a la restitución cuando vence el plazo de la inversión en los productos financieros si el emisor es insolvente por ejemplo?<sup>172</sup> Sin duda un caso paradigmático es Lehman Brothers y donde la inversión de las primas que habían pagado los tomadores no se pudo recuperar<sup>173</sup>. Ahora bien, ¿acaso se cubriría la contingencia del riesgo de insolvencia del emisor de estos valores

<sup>170</sup> No cabe eludir en este punto el impulso y firmeza legal para asociar ambos mercados y productos. Así, categórico, sentencia ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 94 “... si è finito col tipizzare, come forme assicurative, *fattispecie sicuramente estranee alla concezione tradizionale del contratto di assicurazione*”.

<sup>171</sup> Contundente, ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 95 que en esta asunción de riesgo por la aseguradora afirma: “il cui margine di profitto è direttamente proporzionale alla frazione di tempo intercorrente tra la stipula del contratto e l’evento della vita in esso dedotto, nello strumento finanziario, invece, l’assicurato/investitore si accolla il rischio di investimento relativo alla somma versata a titolo di premio: tale rischio, inherente la performance del prodotto, è infatti a suo carico ed è slegato dal fattore tempo, giacché dipende dalle dinamiche dei mercati mobiliari, dar rendimento del titolo e dalla solvibilità dell’emittente”.

<sup>172</sup> Clave al analizar este derecho de restitución, TARANTINO, “Caveat emptor: polizze index linked e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza”, BBTC, 2011, II, pp. 617 y ss.

<sup>173</sup> Dan buena muestra de la enorme problematidad de estos productos a propósito de este insolvencia, entre otros, FANTETTI, “Titoli Lehman Brothers e responsabilità della banca”, Resp. civ., 2010, pp. 273 y ss.; CASALI, “Polizze linked e caso Lehman Brothers: tramonto della funzione previdenziale dell’assicurazione sulla vita?”, Giur. it., 2010, pp. 2349 y ss.; PARELLA, “La ripartizione del rischio finanziario nelle polizze index linked: un caso Lehman Brothers”, Società, 2010, pp. 459 y ss.; PROCOPIO, “Il cosiddetto crack Lehman Brothers: i profili tributari delle indennità riconosciute agli assicurati”, Dir. econ. ass., 2011, pp. 481 y ss.; SALANITRO, “Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers”, BBTC, 2009, I, pp. 491 y ss.; SANGIOVANNI, “Inadem-

y que eran el subyacente de ese producto de inversión basado en seguro? La aseguradora no cubría esa singularidad, ni un mínimo de rentabilidad positiva.

¿Ante qué tipo de productos nos encontramos en los conocidos “productos de inversión basado en seguros”? ¿un seguro?, ¿un producto financiero o de inversión más?<sup>174</sup>, o por el contrario ¿ante un contrato de intermediación financiera?, ¿estamos ante contratos vinculados que consisten en la compra de un instrumento financiero en el cual el riesgo corre a cargo del ahorrador y no depende del factor tiempo, sino de la dinámica de los mercados de valores, el rendimiento de la propia inversión (con o sin garantía) y la solvencia del emisor?

Pero, acaso en algunos supuestos ¿no estamos ante un contrato de gestión asesorada de carteras de inversión? Así, en el caso enjuiciado por la sentencia del Supremo de 10 de septiembre de 2014, se prueba que la aseguradora-banco propuso a sus clientes invertir en produc-

pimento contrattuale e responsabilità nel caso Lehman Brothers”, Corr. mer., 2010, pp. 721 y ss.

<sup>174</sup> Este es el trasfondo que enjuicia la sentencia de Casación civil italiana de 18 de abril de 2012, n. 6061, que tuvo que interpretar el contrato para establecer si, más allá del *nomen iuris* asignado, debe identificarse de manera efectiva como una póliza de seguro de vida (en la cual el asegurador asume el riesgo relacionado con un evento de la existencia del asegurado), o se concreta en la inversión en un instrumento financiero (en el que el llamado riesgo de desempeño es totalmente en contra del asegurado). Comentando esta sentencia SANGIOVANNI, “La Cassazione sull’equiparazione delle polizze unit linked”, cit., señala: “Nella sentenza in commento la Corte di cassazione decide sui ricorsi presentati avverso una sentenza della Corte di appello di Torino in materia di polizze vita linked. L’autorità giudiziaria torinese aveva affermato che i contratti linked si sostanziano nell’acquisto di uno strumento finanziario in cui il rischio (avente a oggetto la c.d. performance di quello strumento) è a carico del risparmiatore e dipende non dal fattore tempo, ma dalle dinamiche dei mercati mobiliari, dal rendimento del titolo e dalla solvibilità dell’emittente. Il criterio guida per discriminare fra prodotti assicurativi e prodotti finanziari è dato dal tipo di rischio e dalla sua collocazione a carico dell’una piuttosto che dell’altra parte. I contratti linked, anche prima dell’entrata in vigore della l. n. 262/2005 e del d.lgs. n. 303/2006, non potevano considerarsi alla stregua di normali prodotti assicurativi ma piuttosto come strumenti finanziari. Questi principisono stati ribaditi dalla Corte di cassazione, la quale ha respinto i ricorsi.”

tos financieros elaborados por el propio banco y les asesoró sobre las características y cualidades de la inversión, y los demandantes -tomadores-, teniendo en cuenta la información proporcionada por BES, decidieron realizar la inversión, por lo que había de considerarse que se trataba de un contrato de gestión asesorada de carteras de inversión, que se rige por los arts. 78 y siguientes, y en concreto por el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), en la redacción anterior a reforma operada por la Ley 47/2007 que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), y por el Real Decreto 629/1993 (en lo sucesivo, RD 629/1993), que exigen a la entidad financiera facilitar a sus clientes toda la información relevante para la adopción de sus decisiones de inversión, y en concreto, hacer hincapié en los riesgos que conlleva la operación, especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata.

Acaso ¿un contrato vinculado es un seguro normal?, ¿una combinación sofisticadas de dos mercados?, ¿una trasmutación de un seguro en un contrato de intermediación financiera?<sup>175</sup>; es común que, buena parte de estos productos se canalicen a través de fondos de inversión, que de suyo puede tener una composición muy heterogénea, dado que la inversión puede recaer desde valores mobiliarios cómo las acciones cotizadas, las obligaciones, sean estas públicas o privadas, hasta préstamos hipotecarios, bienes inmuebles, etc., concebidos conforme a parámetros muy diversos<sup>176</sup>. Es más desligando las esferas jurídica y económica, cuando hablamos de fondo de inversión,

<sup>175</sup> Por esta vía apunta la sentencia de Casación de 18 de abril de 2012 no obstante alerta de las consecuencias SANGIOVANNI, “La Cassazione sull’equiparazione delle polizze unit linked”, cit., :”La riqualificazione da contratto di assicurazione in contratto d’intermediazione finanziaria, operata dalla sentenza in commento, porta con sé una conseguenza gravosa: il collocamento della polizza rappresenta prestazione di un servizio d’investimento e si applica il t.u.f. Due sono i principali effetti della riqualificazione: sotto un primo profilo chi vende tali prodotti deve osservare il requisito di forma scritta del contratto; sotto un secondo profilo vanno rispettate le norme di comportamento degli intermediari finanziari.”

<sup>176</sup> Como bien afirma BINON, Droit, cit., p. 133 estos parámetros pueden

ha de primar el sentido económico patrimonial, más que jurídico, sin olvidar que el fondo per se, puede no tener autonomía patrimonial<sup>177</sup>.

Para unos tomadores la seguridad será el eje que motive la inversión, para otros, la búsqueda de una rentabilidad eficiente. Y en este eje cardinal las posibilidades son múltiples pues la oferta puede compartimentarse en función de criterios económicos tales como la moneda, el sector económico, la referencia de un país o de una región, la titularidad pública o privada de esos fondos, así como la finalidad y objeto social de quién emite éstos. Sin olvidar como en este puzzle, o *panachage*, caben combinaciones tales como que unos fondos participen en otros, fondos de fondos amén de fondos multigestionados por ejemplo por varias aseguradoras<sup>178</sup>.

¿Son riesgos asegurables, medibles, valorables?, o en propiedad únicamente podemos hablar de producto de seguro en aquella parte del producto asociado estrictamente a un seguro de vida para caso de fallecimiento siendo ¿cómo y por quién se gestionan estos riesgos, pero sobre todo, saben verdaderamente los tomadores de seguros, especialmente aquellos no especialmente caracterizados como especialistas o profesionales de estos mercados, ante qué riesgos económicos y de gestión se enfrentan o han de solventar? ¿cómo gestionan este riesgo quiénes lo ofrecen al mercado y qué responsabilidad asumen?<sup>179</sup> Y ¿quiénes lo diseñan, qué parámetros subjetivos de inver-

residir en el objetivo deseado, a saber: “sécurité ou performance financière”, es decir, -seguridad, o rendimiento financiero-.

<sup>177</sup> En este punto y sobre esta autonomía o no patrimonial de un fondo de inversión, véase entre otro, LA TORRE, *Le assicurazioni*, 4ª ed., cit., p. 440.

<sup>178</sup> Sobre esta posibilidad última, véase la aportación de DE GRYSSE, “Des fonds de fonds aux fonds multigestionnaires”, *Le Monde de l'Assurance*, M.D.A., 12 mars 2002, pp. 48 y ss. Encontramos en la prensa francesa como Axa y CNP ofrecen productos donde se establece: “...el ahorrador no invertirá directamente en compañías europeas, sino en un fondo administrado por Nextstage para Axa y por Ardian para CNP Assurances, que incluso administrará un fondo de fondos. Con la aplicación de esta medida de la ley de Macron, será posible, durante una redención o una sucesión, recuperar la inversión en efectivo o valores. Pero cuidado, es la empresa financiera la que decide. Por lo tanto, Axa distribuirá los valores del fondo e instruirá a la persona para que se acerque a la compañía administradora para obtener un reembolso”.

<sup>179</sup> Sobre esta responsabilidad, que no es otra que la de los propios inter-

sión tienen en cuenta? ¿Hasta donde llega el perfil y la predisposición de un inversor caracterizado hasta el presente por una especial o al menos prudente aversión al riesgo?

¿Sabe acaso un asegurado o tomador consumidor el riesgo real que asume cuándo contrata productos basados en seguro o en los que éste simplemente es una parte residual de la inversión real?<sup>180</sup> Y de otro modo, o en otra vertiente ¿puede subsistir el producto sin el seguro o éste sin el cuadro de inversión? O incluso ¿si una parte del producto suplanta o tergiversa a la otra?<sup>181</sup>

Indudablemente los mercados de inversión se han sofisticado y

mediarios de los mercados, véase entre otros, BERSANI, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008; GUERINONI, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2010; IUDICA, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, 2011; CALISAI, “La violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari. Il contratto di intermediazione davanti ai giudici, fino alla tanta attesa (o forse no) pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione”, Riv. dir. comm., 2008, II, pp. 155 y ss.; CARBONE, “La responsabilità degli intermediari”, Danno resp., 2002, pp. 103 y ss.; DI MAJO, “Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore”, Corr. giur., 2005, pp. 1282 y ss.; GENTILI, “Inadempimento dell’intermediario e vizi genetici dei contratti di investimento”, Riv. dir. priv., 2009, pp. 23 y ss.; HOUBEN, “Gestione di portafogli di investimento e dovere di diversificazione: violazioni degli obblighi comportamentali degli intermediari e onere probatorio”, BBTC, 2010, II, pp. 165 y ss.;

<sup>180</sup> Sobre estas posiciones de mayor riesgo y juego de mínimos y máximos, véase la aportación de IBÁÑEZ JIMÉNEZ, “Ética de mercado y práctica contractual jurídico-privada de las participaciones preferentes”, ICADE, 2014, n° 91, pp. 90 y ss.

<sup>181</sup> Elocuente cuando menos la sentencia del tribunal de Siracusa, de 17 de octubre de 2013, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2013, cuando asevera “El contrato de seguro de vida (póliza unit linked) se anula cuando el contrato general de inversión (el llamado contrato marco) está destinado a regular todas las relaciones contractuales entre el intermediario y el cliente, cuando se violan las normas sobre la información del cliente y cuando el riesgo del incumplimiento o insolvencia de la entidad que emitió los valores vinculados a la póliza es totalmente asumido por el cliente.” Y es que, en los hechos, allá por septiembre de 2000, la actora había contratado este producto de vida unit linked y había abonado 100 millones de liras, en euros eran 51.645 que la aseguradora invirtió en el fondo “Azue Multimanager Dynamic”. Una semana tan solo después, de la efectiva entrada en vigor de la póliza, el valor de la cuota era de 10,26 euros.

estructurado de tal manera que ofrecen productos financieros de enorme complejidad pero también de riesgo y rentabilidad. De igual modo el riesgo y las preferencias, pero también las percepciones de los clientes e inversores ha basculado hacia este tipo de productos cada vez más diversificados, pero donde la especulación y la probabilidad de ganancia es más alta<sup>182</sup>.

Mas ¿debe reaccionar un ordenamiento ante este tipo de productos no solo agudizando las exigencias de transparencia, de información, de evaluación de riesgos y conocimiento de los potenciales compradores-asegurados de este producto, sino dando un paso más y estableciendo por ejemplo límites o limitaciones de inversión?<sup>183</sup> La convergencia entre ambos productos no es simbiótica, al contrario, guardan cierta, aunque mínima o discreta autonomía<sup>184</sup>.

<sup>182</sup> Véase la aportación de IÑÍGUEZ ORTEGA, “Los deberes de información de las entidades comercializadoras de servicios financieros “MIFID” II como medio de protección del inversor no profesional”, RDBB, 2017, n° 145, p. cuando afirma como la preferencias de los inversores de la UE han evolucionado desde unos productos simples (por ejemplo, contratos de seguros con fines de inversión) hacia la contratación de instrumentos financieros complejos (como participaciones preferentes, swaps, obligaciones subordinadas, unit linked, productos estructurados, ...) por clientes no preparados para ello.

<sup>183</sup> En este punto es clave en aras a crear para estos productos de seguro canalizando fondos de inversión una *level playing field*, el ordenamiento belga. La Ley de seguros belga de 4 de abril de 2014 ha establecido una serie de límites a la inversión. Véase entre otros, el trabajo de DEVOET, “Les assurances d'épargne et d'investissement dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances”, Forum financier. Droit bancaire et financier, 2014/VI, pp. 310 y ss. De hecho, el artículo 19 de la ley de seguros belga señala: “§ 1er. S'agissant de contrats d'assurance dans le cadre desquels le risque d'investissement est supporté directement ou indirectement par le preneur d'assurance, les prestations d'assurance ne peuvent être liées, directement ou indirectement, qu'à des actifs et instruments dont l'assureur est en mesure de bien évaluer les risque”. Y en su apartado segundo da un paso más a la hora de establecer o no garantías aseverando: “§ 2. Le contrat ne peut comporter une garantie d'un rendement minimum que si cette garantie fait l'objet d'une couverture prise auprès d'une entreprise agréée à cet effet dans l'Union européenne”.

<sup>184</sup> Señala MARLY, “Le régime applicable aux conseil portant sur les supports financiers d'un contrat d'assurance vie en unités de compte”, RTDF, 2018, n° 2, “Mutatis mutandis, porque existen, sin embargo, singularidades irreductibles relacionadas con la naturaleza de la inversión aconsejada. De hecho, si algún

No podemos ignorar como el aún hoy proyecto de ley de distribución de seguros, nos ofrece una definición amplia pero sumamente abstracta a la vez, de lo que entiende por productos de inversión basados en seguro. Así, el apartado 17 nos ofrece una definición sencilla que la configura bajo unos parámetros de valor y de fluctuación, a saber:

«Producto de inversión basado en seguros»: “producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate expuesto total o parcialmente, y directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado”, pero que, acto seguido por exclusión nos dice que no es o ha de incluirse en modo alguno bajo esta tipología, y como tal no entran o no se incluyen:

a) Los productos de seguro distintos del seguro de vida según lo dispuesto en el anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio (ramos de seguro distinto del seguro de vida y riesgos accesorios).

b) Contratos de seguro de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o de situaciones de invalidez provocadas por accidente, enfermedad o discapacidad.

c) Productos de pensión que tengan reconocida como finalidad primaria la de proveer al inversor unos ingresos en la jubilación y que den derecho al inversor a determinadas prestaciones;

d) los regímenes de pensiones profesionales reconocidos oficialmente que entren en el ámbito de aplicación de la Ley 11/2006, de 16 de mayo, de adaptación de la legislación española al régimen de actividades transfronterizas o de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

e) Productos de pensión personales en relación con los cuales se exija una contribución financiera del empleador y en los que ni el empleador ni el empleado tengan posibilidad alguna de elegir el producto de pensión ni a su proveedor.

PRIIP designa una inversión que expone a su titular a las fluctuaciones del mercado, el IBIP (seguro), a diferencia del PRIP (financiero), nunca le otorga al inversor minorista la propiedad de valores directa o indirectamente expuestos a esta exposición. Además, incluso si el ahorro fuera su único motivo, *la suscripción de un seguro de vida implica la contemplación de un riesgo de vida que está ausente en los productos financieros.*”

Pero la pregunta inequívoca no es otra que, ¿cuál es el riesgo implicado en estos productos de inversión?, ¿es consciente y conocedor el asegurado tomador de la entidad e intensidad de los riesgos que asume?, ¿dónde radican los límites o los confines de un riesgo y otro, el biométrico demográfico y el especulativo-inversor?<sup>185</sup>, ¿le han suministrado suficiente información sobre el riesgo real y su intensidad en productos tales como los seguros unit linked? ¿en realidad estamos ante productos de seguro o por el contrario productos de ahorro e inversión? ¿quid con el riesgo, con la gerencia de ese riesgo?, ¿qué intereses priman máxime de quién invierte sus primas en productos y fondos donde espera una rentabilidad? ¿Acaso se diluye el riesgo si el intermediario o distribuidor, recte, vendedor, de estos productos evalúa la idoneidad o conveniencia del producto de inversión basado en seguros para el cliente?<sup>186</sup> Y, ¿existen garantías o colchones que puedan salvar o cuando menos preservar alguna parte de esa inversión realizada por el asegurador ante el riesgo de volatilidad que sufre el tomador en la compra de estos productos?<sup>187</sup>

<sup>185</sup> No pierden actualidad las palabras de VOLPE PUTZOULU, “Le polizze Unit linked e Index linked (ai confini dell’assicurazione sulla vita)”, *Assicurazioni*, 2000, I, pp. 233 y ss.

<sup>186</sup> Entramos de lleno, sin duda, en el dictado del artículo 30 de la Directiva de Distribución de seguros de 2016. Véase al respecto las directrices que EIOPA lanzan sobre estos productos. Vid., [eiopa.europa.eu/Publications/Guidelines/EIOPA-17-651\\_IDD\\_guidelines\\_execution\\_only\\_final\\_ES.pdf](http://eiopa.europa.eu/Publications/Guidelines/EIOPA-17-651_IDD_guidelines_execution_only_final_ES.pdf).

<sup>187</sup> Queda por determinar a juicio de MARLY, “Le régime applicable aux conseil portant sur les supports financiers d’un contrat d’assurance vie en unités de compte”, cit., las reglas que se aplica al asesoramiento sobre los instrumentos financieros de una póliza de seguro de vida vinculada a la unidad. Como recordatorio, en este tipo de contrato, las primas pagadas se convierten en activos de referencia cuyo asegurador se compromete a liquidar el valor equivalente al vencimiento, exponiendo así al suscriptor al riesgo de fluctuaciones a la baja. Para mitigar este riesgo, los apoyos elegibles para el contrato deben ser elegidos entre activos “que ofrezcan suficiente protección para los ahorros invertidos y que aparezcan en una lista elaborada por decreto”. A este respecto, ahora se acepta que las obligaciones “estructuradas”, que no están sujetas a una garantía de capital, entran dentro del ámbito de aplicación del artículo R. 131-1 del Código de seguros francés, que, por referencia al artículo R. 332-2 del mismo código, se refiere a “obligaciones” sin especificación adicional. También se debe tener en cuenta que, según una reciente decisión del Tribunal de Apelación de Burdeos,

El interrogante es muy simple desde el plano de la asimetría informativa y la decisión de quién ha y cómo y hasta donde informar y, en su caso, asesorar al consumidor de seguros sobre la adquisición de estos productos. En efecto, ¿está sujeto el asegurador, el distribuidor, que comercializa estas pólizas de productos de inversión basadas en seguros, en unit linked, a las normas de distribución de seguros y en concreto las exigencias que marcan los PRIIPs o por el contrario al derecho de asesoramiento sobre inversiones financieras y por tanto al régimen de comercialización de instrumentos financieros y las reglas de los mercados bursátiles? Y no está paralelamente también obligado a tener en cuenta las normas del mercado de valores en la tutela que ésta brinda al inversor? Lo irritante, sin embargo, es la demora en la regulación y aplicación a nuestro ordenamiento de los documentos de información (KID) que han de tener a su disposición los tomadores. Y que, en estos momentos puede que todavía no sean exigibles hasta finales de 2021<sup>188</sup>.

el mero hecho de que estas obligaciones se mencionen en la lista de decretos es suficiente para demostrar que protegen suficientemente los ahorros invertidos”.

<sup>188</sup> El Reglamento (UE) 1286/2014 y el Reglamento Delegado (UE) 2017/653, regularon la forma en la que debía elaborarse el Documento de Datos Fundamentales (KID por sus siglas en inglés) para la comercialización y distribución de este tipo de productos. El artículo 32 del Reglamento (UE) 1286/2014 preveía la exención del cumplimiento de los requisitos del KID para los fondos de inversión armonizados europeos (fondos UCITS); y, por su parte, el artículo 14.2 del Reglamento Delegado 2017/653 establecía que los productores de PRIIP multiopción, como suelen ser los unit linked, que invirtiesen al menos en un subyacente con la consideración de fondo UCITS, podían seguir utilizando, hasta el 31 de diciembre de 2019, los documentos de datos fundamentales para el inversor de los fondos UCITS (KIID de UCITS). Como bien señalan REQUEIJO/REQUEIJO, “Unit linked: Retraso en la modificación de los KID de PRIIP y de los KIID de UCITS”, [es.fundspeople.com/news/unit-linked-retraso-en-la-modificacion-de-los-kid-de-priip-y-de-los-kiid-de-ucits](http://es.fundspeople.com/news/unit-linked-retraso-en-la-modificacion-de-los-kid-de-priip-y-de-los-kiid-de-ucits)], estas medidas conllevaron que en los PRIIPs multiopción, como suelen ser los unit linked, estén conviviendo en muchos casos (i) un KID genérico del producto, que sigue la normativa PRIIPs; y (ii) unos KIID por cada fondo subyacente, que siguen la normativa UCITS en metodología de cálculo de costes, rentabilidades, etc. En otras palabras, esta previsión dejó en suspenso los esfuerzos de muchas compañías que desarrollaron internamente la metodología PRIIP para poder calcular los escenarios de rentabilidad exigidos, ya que no tenía sentido variar todos los

Y siendo más concretos, ¿qué Directiva aplicamos? Es decir, el asesoramiento financiero relacionado con la inversión de capital en el contexto de una mediación de seguros relacionada con la conclusión de un contrato de seguro de vida ¿entra dentro del alcance de ámbito de aplicación de la Directiva 2002/92 o de la Directiva 2004/39 [es decir, MiFID]? ¿y si, en el caso de que caigan dentro del alcance de cada una de estas dos Directivas, la aplicación de una de esas Directivas debería prevalecer sobre la de la otra?<sup>189</sup> A nuestro juicio el asesoramiento solo puede ser integral y único, unidireccional, sin que quepa admitir esa disyuntiva asegurativa/financiera. A efectos de transparencia y publicidad, la información, el asesoramiento es holístico, un todo. Para el TJUE, “el asesoramiento financiero relacionado con la inversión de capital provisto en relación con una mediación de seguros relacionada con la conclusión de un contrato de seguro de vida en capital entra dentro del alcance Directiva 2002/92 y no la de la Directiva 2004/39”.

En realidad ¿un contrato de capitalización, un contrato de inversión financiera es y puede ser un producto de seguro o por el contrario, éste sí puede basar su cálculo y rentabilidad en la que proporcionen los productos financieros sin distorsionar per se las reglas propias de la técnica asegurativa?<sup>190</sup> ¿Estamos ante una convergencia funcional que no conceptual entre dos productos que se complemen-

KIID de UCITS de todos los fondos subyacentes si el mercado no lo iba a hacer hasta el 31 de diciembre de 2019.

<sup>189</sup> En parecidos términos MARLY, “Le régime applicable aux conseil portant sur les supports financiers d’un contrat d’assurance vie en unités de compte”, cit., que además ejemplifica con el supuesto en el que un suscriptor había invertido, con el asesoramiento de su intermediario de seguros, en un producto estructurado alojado en un seguro de vida con capital variable. Como este activo subyacente perdió valor y su asesor fue declarado en bancarrota, el inversionista recurrió al asegurador de este último. Este asegurador rechazó su garantía alegando que el consejo en cuestión no era, sobre un seguro de vida, “sino sobre la inversión en el instrumento financiero que estaba vinculado a él”. En consecuencia, estos consejos no se incluyen en la actividad de intermediación de seguros, solo están cubiertos por el seguro de responsabilidad civil considerado”.

<sup>190</sup> Sobre el contrato de capitalización y el seguro sobre vida, véase entre otros, LA TORRE, *Le assicurazione*, 4ª ed., Milano, 2019, pp. 519 y ss.

tan?<sup>191</sup> Lo que debe quedar claro es que no puede hurtarse al tomador o al mero solicitante de seguro la información ni sus exigencias que provén tanto el ámbito privado del contrato de seguro, el de la mediación, pero también el del mercado de valores. No es, ni tampoco puede ser admisible tal y como asevera la sentencia del Supremo de 10 de septiembre de 2014, que la articulación contractual de la inversión en este caso unit linked a través del mencionado contrato de seguro traiga consigo una desprotección del cliente por eximir a las empresas que intervienen en la comercialización de tales productos y servicios de inversión del cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa que regula el mercado de valores.

¿Quién mide, y cómo, conforme a qué parámetros, la naturaleza de los instrumentos financieros a los que un producto de inversión basado en seguros proporciona una exposición de inversión, así como la estructura del contrato de seguro con el cliente? ¿qué conoce el cliente de estos productos y qué está obligado a conocer y divulgar y, en su caso, contrastar y explicar, quién distribuye y emite estos productos?

<sup>191</sup> Para MARLY, “Le mythe du devoir de conseil (à propos du conseil en investissement assurantiel)”, *Mélanges en l’honneur du Professeur Jean-Jacques Daigre*, Paris, 2017, pp. 561 y ss., p. 562: “Es cierto que, generalmente persiguiendo un objetivo de inversión, el seguro de vida considerado aquí presenta a los productos financieros una convergencia funcional más allá de su diferencia conceptual. Además, es esta convergencia la que impulsó a la Comisión Europea a promover “un enfoque horizontal que constituya una base coherente para la regulación de la información obligatoria y las prácticas de venta, independientemente de la forma del producto y la forma en que se comercializa



*Nella stessa collana:*

1. MASSIMO GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, 2016.
2. SUSANNA LEVANTESI, Massimiliano Menzietti, *Allungamento della vita media e rischio assicurativo*, 2016.
3. PAOLOEFISIO CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, 2016.
4. SARA LANDINI, ANGELO VENCHIARUTTI, PATRIZIA ZIVIZ, *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica*, 2016.
5. *Assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore». Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di Sara Landini, Maria Paola Monaco e Caterina Silvestri, 2016.
6. AUGUSTO BELLIERI DEI BELLIERA, STEFANIA BUONANNO, CIRIACO SERLUCA, *I fondi pensione. Aspetti organizzativi, finanziari ed attuariali*, 2017.
7. *Law and medicine. Current topics in a German and Italian perspective*, a cura di Consiglia Botta e Christian Armbrüster, 2017.
8. ERIKA GIORGINI, *Consulenza finanziaria e sua adeguatezza*, 2017.
9. SARA LANDINI, *Credito e garanzie in agricoltura nell'unitarietà del diritto assicurativo*, 2018.
10. ASSOCTU, *Usura bancaria*, 2018.
11. ALESSANDRA CAMEDDA, *I contratti di assicurazione della previdenza complementare*, 2018.
12. *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di Paoloefisio Corrias, Elisabetta Piras e Gabriele Racugno, 2019.
13. *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare*, a cura di Vincenzo Barba e Sara Landini, 2020.



Questo volume è stato impresso  
nel mese di luglio dell'anno 2020  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.rovmar ftc.topros

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)