



FRANCESCA FUSCALDO *

ALEA, CONTRATTI ALEATORI, ALEATORietà E RISCHIO. L'APPLICABILITÀ DELLA RESCISSIONE IN STATO DI BISOGNO E IN STATO DI PERICOLO AI CONTRATTI ALEATORI E LA NATURA GIURIDICA DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE**

Abstract [It]: Si tende ad associare il concetto di rischio con quello di aleatorietà. Tale *modus operandi* costituisce un errore di interpretazione e valutazione. Infatti, sebbene vi sia una forte similitudine, in realtà rischio e aleatorietà corrispondono a due entità differenti. Inoltre, vi sono dei margini per sostenere la non identificazione automatica tra il tipo dei contratti aleatori con il concetto di aleatorietà.

Inquadrare un contratto come commutativo o aleatorio, comporta effetti notevolmente diversi, soprattutto in ordine alla possibilità di esercizio dei rimedi contrattuali a fronte di eventuali squilibri strutturali e/o funzionali. Il presente contributo mira a far luce sul campo semantico dei concetti di alea normale, contratti aleatori e aleatorietà in relazione all'applicabilità dei rimedi caducatori della rescissione in stato di bisogno e in stato di pericolo anche ai contratti aleatori, per poi definire la reale natura del contratto di assicurazione.

Abstract [En]: We tend to associate the concept of risk with that of randomness. This *modus operandi* constitutes an error of interpretation and evaluation. In fact, although there is a strong similarity, in reality risk and randomness correspond to two different entities. Furthermore, there is some margin to support the non-automatic identification between the type of random contracts with the concept of randomness. Framing a contract as commutative or random has significantly different effects, especially with regard to the possibility of exercising contractual remedies in the face of any structural and/or functional imbalances. This contribution aims to shed light on the semantic field of the concepts of normal risk, random contracts and randomness in relation to the applicability of the lapse remedies of termination in a state of need and in a state of danger also to random contracts, and then define the real nature of the insurance contract.

Parole chiave: Aleatorietà, Alea normale, Contratti aleatori, Rischio, Rimedi contrattuali.

Keywords: Randomness, Normal Chance, Random Contracts, Risk, Contractual Remedies.

SOMMARIO: 1. Equilibrio e autonomia contrattuale. – 2. Rescissione per stato di bisogno e di pericolo e contratti aleatori. – 3. Alea contrattuale, rischio e aleatorietà. – 4. Considerazioni conclusive.

* Funzionario presso l'Ufficio per il Processo (UPP).

** Contributo sottoposto a *peer review*.

1. Equilibrio e autonomia contrattuale

La disciplina contrattuale è improntata a dare rilevanza all'autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. salvaguardando la stessa attraverso un sistema di rimedi strutturali e funzionali che puntano, per lo più alla conservazione degli effetti liberamente voluti dalle parti. Non è tanto scegliere se privilegiare il principio *pacta sunt servanda*, cristallizzando gli effetti per come statuiti in origine dalle parti, né effettuare l'operazione inversa attraverso la valorizzazione del principio *rebus sic stantibus* avendo come obiettivo quello di adeguare l'assetto degli interessi al mutamento delle circostanze (si pensi alla eccessiva onerosità sopravvenuta per cause imprevedibili e straordinarie nei contratti di durata o alla sospensione dell'esecuzione del contratto per il mutamento della situazione patrimoniale della controparte senza che sia predisposta idonea garanzia) ma, rileva valorizzare gli interessi concretamente perseguiti dalle parti e scegliere il mezzo di tutela più adeguato alla libera volontà manifestata dalle stesse. Tutto questo si traduce nella valutazione del caso concreto e nella possibilità di scegliere un rimedio conservativo o caducatorio in ordine all'assetto degli interessi voluto e perseguito dalle parti. Sono funzionali a tale scopo, sia la valorizzazione del criterio della meritevolezza degli interessi, corollario del principio dell'autonomia contrattuale, sia la sua concretizzazione strutturale attraverso la valorizzazione della causa concreta del contratto¹ che, dalla visione generalizzante e pubblicistica, sposta l'oggetto dell'analisi alla dimensione individuale, avendo come obiettivo quello di dare rilevanza alla libera volontà manifestata dalle parti, anche quando si fuoriesca dai tipi legali contrattuali.

Il concetto di equilibrio contrattuale non va inteso in modo da assicurare una perequazione economica-sostanziale tra le parti contrattuali contrapposte ma, in ottica di assicurare l'assetto degli interessi per come voluto e predisposto liberamente dalle stesse. Per tale ragione, come più volte affermato dalla Cassazione, non può dirsi immeritevole *sic et simpliciter* uno schema contrattuale che sia il solo frutto della creazione dell'autonomia delle parti², si pensi al preliminare del preliminare (emerso dalle esigenze concrete del mercato immobiliare), alla clausola *claims made* (che originata dalla prassi contrattuale è stata definitivamente accolta e prevista nella legge Gelli-Bianco) o intervenire liberamente sulla causa tipica di un contratto e modificarne la funzione, così come avviene con la trasformazione di un contratto tipico commutativo in un contratto aleatorio, ipotesi espressamente prevista dall'art. 1469 c.c. (*contratto aleatorio per natura o per volontà delle parti*) il cui massimo esempio è rappresentato dalla vendita di cosa futura la quale, può essere strutturata sullo schema del contratto commutativo (vendita della cosa sperata) o del contratto aleatorio (vendita della speranza) e dunque risolversi o meno in caso della mancata

¹ La Corte di Cassazione, con la sentenza n.10490 del 2006, elabora la nozione di causa concreta quale funzione economico-individuale del contratto, corrispondente alla sintesi degli interessi voluti e predisposti dalle parti.

² Atipicità contrattuale derivante dal principio dell'autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c.

venuta ad esistenza della cosa o di fattispecie non espressamente previste³ come il vitalizio atipico⁴.

L'accentramento della tutela orientata alla valorizzazione della libera volontà delle parti e alla conservazione degli interessi predisposti (si pensi al principio della convalida del contratto nullo se prevista per legge, all'istituto della conversione del contratto nullo, alla conservazione del contratto anche in caso di nullità parziale dello stesso, al principio della gravità dell'inadempimento, all'istituto della riduzione ad equità del contratto in caso di rescissione dello stesso, all'istituto del dolo incidente, dove per fino i raggiri di lieve entità non qualificano il contratto come invalido o alla rilevanza della volontà della persona incapace di intendere di volere che solo se si dimostra la mala fede della controparte può condurre all'annullamento del contratto), è confermata dai rimedi contrattuali stessi, tale per cui, quando non vi sia illegalità (tutelata dall'istituto della nullità), la valutazione si sposta sul comportamento delle parti, assumendo rilevanza la libera autonomia delle stesse. Questo si traduce in un primo controllo di meritevolezza, per poi indagare il fondamento della libertà dell'autonomia e di conseguenza, valutare che non vi sia stato un comportamento scorretto, (si pensi alla tutela della buona fede oggettiva e ai doveri di correttezza che abbracciano i momenti costitutivi ed esecutivi del contratto: es. obblighi di informazione) o di sopraffazione di una parte a danno dell'altra, sia nel momento strutturale del contratto, si pensi alle ipotesi di annullabilità (dolo determinante e in generale la tutela della libera formazione del consenso) e alla rescissione per stato di pericolo ex art. 1447 c.c. o per lesione ex art. 1448 c.c. il cui fondamento si basa rispettivamente sull'approfittamento dello stato di pericolo e dello stato di bisogno altrui , sia nel momento funzionale dello stesso, si pensi alla risoluzione per grave inadempimento.

2. Rescissione per stato di bisogno e di pericolo e contratti aleatori

Dei rimedi appena esposti, alcuni non possono operare quando le parti predispongono un contratto di tipo aleatorio. In particolare, ci si riferisce alla già richiamata disposizione dell'art. 1469 c.c. che pur non definendo il tipo del contratto aleatorio, stabilisce la non applicabilità dei rimedi della rescissione e della risoluzione. In merito all'incompatibilità della funzione aleatoria del contratto con la funzione della risoluzione, ci si riferisce all'impossibilità di applicare uno strumento che sia calibrato sulla commutatività del contratto, poiché strettamente connesso al comportamento delle parti in relazione all'esecuzione delle prestazioni a cui si sono obbligate.

³ Con sentenza n. 5657 del 23 febbraio 2023, le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione sono intervenute in tema di contratti aleatori atipici e degli strumenti attivabili in caso di squilibrio tra le prestazioni. In ogni caso un contratto aleatorio non è, per ciò solo, immeritevole di tutela ex art. 1322 c.c.

⁴ Sulla meritevolezza del contratto di vitalizio atipico si prenda visione di Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2016, n. 8209 e Cass. civ., sez. III, 27 aprile 1982, n. 2629.

L'incompatibilità della rescissione con la funzione dell'aleatorietà, invece, ad avviso di chi scrive risulta meno evidente, se non scorretta. Invero, l'incompatibilità della rescissione per lesione e i contratti aleatori, oltre ad essere espressamente prevista dal combinato disposto degli artt. 1469 c.c. e 1448 c.c. trae la sua *ratio* sul necessario contenimento della sproporzione delle prestazioni che, anche se stabilita previa approfittamento dello stato di bisogno di una parte nei confronti dell'altra, non rileva se non eccedente la metà del valore della prestazione a cui si è obbligata la parte danneggiata. Si tratta, anche in questo caso di un'incompatibilità strutturale, dal momento che ci si riferisce allo schema prestazione contro prestazione. Sul punto, però, nonostante il divieto espresso in ordine all'applicazione del rimedio ai contratti aleatori sorge qualche perplessità in merito al requisito dello stato di bisogno. Invero, lo stato di bisogno è un requisito qualitativo che legittima l'attivazione del rimedio, ma non sufficiente. Infatti, l'attivazione del rimedio è subordinata alla compresenza sia dello stato di bisogno che della lesione *ultra-dimidum*. Quest'ultima corrisponde al requisito quantitativo che, solo se raggiunge una certa gravità, in termini di valore e di peso, può assurgere a presupposto del rimedio. Il fondamento dei due limiti non è univoco. Lo stato di bisogno, infatti, attiene all'area della libera autodeterminazione-autonomia delle parti e implica una posizione di equilibrio delle stesse, richiedendo il non approfittamento di una parte a danno dell'altra. Non è quindi sufficiente il mero stato di bisogno, essendo richiesta l'evidenza del comportamento scorretto di una parte a danno dell'altra (sfruttamento). Invero, come si è già anticipato, il rimedio della rescissione per stato di bisogno, anche se si è verificato l'approfittamento dello stesso da parte di una parte a danno dell'altra, non può operare, in ragione del rispetto del criterio quantitativo, che limita lo stesso alle sole sperequazioni c.d. gravi e fissate nel valore quantitativo dell'*ultra dimidium*. Tale per cui, *a fortiori*, si potrebbe ritenere, sistematicamente, tale dato, l'*ultra dimidium*, come il parametro su cui individuare e fissare la normale alea contrattuale. Ne consegue che, i rimedi caducatori, quali la risoluzione per inadempimento e la rescissione per stato di bisogno, pur operando su vizi che inficiano due momenti diversi, rispettivamente, funzionale e strutturale, attengono allo stesso parametro quantitativo: l'*ultra dimidium* come valore che segna il confine tra l'alea normale del contratto e il suo superamento. Entrambi, infatti, non operano se non si supera una sproporzione rilevante in termini quantitativi. Ancora, entrambi i rimedi, se pure per ragioni diverse, non operano in relazione ai contratti aleatori. Ne deriva che, ogni volta che le parti abbiano voluto e accettato una sproporzione tra le proprie prestazioni che raggiunga tale effetto, i rimedi caducatori appena esaminati non operano, non solo a causa del divieto espresso per legge ma, per il rispetto dell'autonomia contrattuale suffragata dal principio dell'autoresponsabilità.

Ma, il punto su cui ci si vuole soffermare è il concetto di contratti aleatori in relazione all'aleatorietà. In altri termini, ci si chiede, evidentemente *de iure condendo*, se i concetti siano sovrapponibili onde riflettere il medesimo significato oppure se l'aleatorietà sia qualcosa che vada oltre. Ad avviso di chi scrive, l'aleatorietà è qualcosa di diverso rispetto all'alea a cui sono ricollegati strutturalmente e funzionalmente i contratti aleatori. Prendendo per

buona tale conclusione, ci si chiede se i rimedi caducatori che non risultano compatibili con i contratti aleatori, devono ritenersi incompatibili anche in merito ai contratti caratterizzati da aleatorietà. Infatti, una cosa è ragionare in termini di libera manifestazione dell'autonomia contrattuale, altra cosa è ragionare su tipologie contrattuali che manifestino aleatorietà superando l'ulteriore limite dell'aleatorio. La *ratio* di tali conclusioni è subito detta. Quando le parti decidono di concludere un contratto aleatorio, convengono di sottoporre i vantaggi e gli svantaggi economici dell'operazione al verificarsi di eventi che esulano dal proprio intervento. Si qualificano gli stessi, infatti, come contratti di pura sorte, dove le parti non assumano alcun ruolo, men che meno decisivo. Questo non si traduce necessariamente in una mancanza assoluta di una valutazione sulle circostanze di tempo, di luogo e di spazio in cui collocare l'esito di quanto concordato. Si pensi allo schema dell'assicurazione sulla vita o per il caso di morte. I vantaggi e gli svantaggi sono incerti perché è incerta la durata della vita ma, non è un'incertezza assoluta, tanto che l'evento morte si verificherà e nemmeno rappresenta un evento incalcolabile nel tempo, data la possibilità di valutare e analizzare i parametri legati alla sfera psico-fisica e allo stile di vita della persona, tanto è dimostrato dalla stima effettuata per il calcolo del premio. E tale schema, riproduce esattamente ciò che si intende attualmente per contratto aleatorio. Ora si pensi alla condizione insita nel contratto di assicurazione sulla vita e in caso di morte, dell'esclusione del pagamento del premio in tutti i casi in cui la vita/la morte della persona possa dipendere da eventi straordinari e imprevedibili, quali guerre e calamità. Un contratto aleatorio per come lo si intende, nel termine di incertezza assoluta, non dovrebbe basarsi su calcoli probabilistici più o meno verosimili al corso degli accadimenti, tanto meno la sua efficacia dovrebbe essere subordinata al non verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili, proprio perché questa rappresenta l'*animus* dell'incertezza. Questa perplessità, ad avviso di chi scrive, può essere superata facendo debita distinzione tra contratti aleatori e aleatorietà nel senso che, i primi sono causalmente orientati all'incertezza relativa, mentre l'aleatorietà è un fenomeno che esula dal tipo/dalla causa del contratto e che si sostanzia nell'incertezza assoluta, tale per cui non è voluta dalle parti e di conseguenza è in grado di attaccare anche i contratti aleatori. Ne consegue che, ogni volta che si verificano dei fattori esterni che vadano ad aggravare il grado di alea per come intesa e voluta dalle parti sia essa normale o afferente all'incertezza relativa propria dei contratti aleatori, si ritengono applicabili tutti i rimedi. Tale per cui, il divieto espresso per legge di estendere l'applicabilità del rimedio della rescissione per stato di bisogno opera solo in riferimento ai contratti aleatori puri, quando invece ci si trovi di fronte ad uno schema contrattuale che risulta soggetto all'aleatorietà, intesa come incertezza assoluta, in ragione dell'approffittamento dello stato di bisogno e del superamento della prevedibilità delle conseguenze insita nel tipo dei contratti aleatori, si ritiene di poter applicare tale rimedio.

Il ragionamento sulla compatibilità tra il rimedio della rescissione e i contratti aleatori, a maggior ragione dopo l'analisi sull'aleatorietà appena esposta, diventa più snello in relazione alla rescissione per stato di pericolo. In via preliminare, ci si potrebbe chiedere perché il legislatore non abbia previsto espressamente anche in questo caso l'incompatibilità

dell'applicazione del rimedio con i contratti aleatori. La domanda ha un fondamento concreto, dal momento che nella disposizione immediatamente successiva vi è il riferimento espresso, tale per cui si potrebbe effettuare il ragionamento del: tutto quello che non è vietato dalla legge è concesso. Si potrebbe ovviare a tale domanda rispondendo con l'incompatibilità prevista dalla disposizione di chiusura ex art. 1469 dove dice che le "norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori". Ma, anche in merito a tale norma si potrebbero proporre delle contestazioni. Nello specifico, ci si potrebbe appellare alla genericità della locuzione "norme degli articoli precedenti" facendo riferimento alla possibilità di non estendere necessariamente l'incompatibilità a tutte le norme degli articoli precedenti ma, solo nei casi di incompatibilità strutturale e/o funzionale. Infatti, interpretare pedissequamente tale disposizione, significherebbe estendere l'incompatibilità con tutte le norme che disciplinano il contratto, generando una forma che ricorda il problema del regresso all'infinito che contraddistingue la teoria condizionalistica pura. Spostando la valutazione sul piano sostanziale, ci si sofferma, invece, sulla struttura dei rimedi in relazione alla struttura dei contratti aleatori e dunque ci si concentra sulla commutatività in contrapposizione all'aleatorietà. In questo senso, si potrebbe fare riferimento alla definizione stessa della norma dell'art. 1447 c.c. che fa riferimento espresso non al rimedio della rescissione, ma al contratto concluso in stato di pericolo e solo in un secondo momento considera applicabile lo strumento della rescissione per apporre rimedio allo stesso. Questo potrebbe significare, date le questioni richiamate poc'anzi, che anche un contratto aleatorio possa essere concluso in stato di pericolo e di conseguenza anche al contratto aleatorio potrebbe essere esteso il rimedio della rescissione. La *ratio* dell'operatività della rescissione, infatti, non attiene alla necessaria commutatività del contratto e quindi ad uno squilibrio tra prestazioni corrispettive, che solo come ipotesi alternativa è prevista al co. II dell'art. 1447 ma, a salvaguardare la formazione libera dell'autonomia contrattuale e di conseguenza la libera costituzione degli interessi delle parti, che anche in ipotesi di contratto aleatorio può dirsi inficiata. Un conto è assumere l'obbligazione di affidare la distribuzione dei vantaggi economici della stessa alla fortuna o al caso, quindi in condizioni di incertezza, cosa diversa è farlo in uno stato di pericolo di cui l'altra parte era a conoscenza e che ha sfruttato a suo vantaggio. Si pensi alla situazione in cui, Tizio miliardario convenga con Caio che invece abbia la liquidità di 100.000 euro e che sia minacciato di morte da soggetti terzi per un debito proprio di 100.000 euro, di voler scommettere tale somma. In questa situazione la condizione di miliardario di Tizio senza alcun debito e la condizione di Caio che per evitare la morte è costretto a spogliarsi di tutto il suo denaro rilevano per qualificare il contratto di scommessa come concluso in stato di pericolo con la possibilità, ad avviso di chi scrive, di intervenire anche in tal caso con il rimedio della rescissione.

3. Alea contrattuale, rischio e aleatorietà

Contrariamente al codice del 1865, il nuovo Codice civile non prevede né la definizione del contratto aleatorio, né la classificazione dei tipi contrattuali. La ricostruzione del tipo contrattuale, infatti, viene svolta in ottica sistematica, considerando l'evoluzione storica sul punto e l'analisi comparativa fra le diverse tipologie contrattuali, avendo cura di rilevare le differenze strutturali e funzionali. Invero, nel Codice civile, come si è già accennato, si possono rinvenire due riferimenti espressi che rilevano per l'analisi dell'aleatorietà: la nozione di alea giuridica ricavabile dalla non applicabilità dei rimedi della rescissione e della risoluzione ai contratti aleatori, un riferimento implicito dalla struttura del contratto di vendita di cosa futura che si ramifica in vendita della cosa sperata e vendita della speranza (1472 co. II c.c.) e la nozione di normale alea contrattuale espressamente prevista.

Da quanto fino a questo momento esposto si possono ricavare due condizioni:

1. L'alea normale del contratto è nozione diversa dall'aleatorietà;
2. L'aleatorietà si riconduce a fenomeni che superano per gravità, per imprevedibilità o per straordinarietà l'oscillazione economica contrattuale nel caso di contratti commutativi o il grado di alea voluta in caso di contratti aleatori.

La prima sostanziale differenza tra alea e contratti aleatori è, infatti, che in quest'ultimi l'alea caratterizza e contraddistingue il tipo contrattuale, proprio perché ne costituisce la causa (alea giuridica) mentre nei contratti commutativi l'alea attiene agli effetti prodotti dalla durata nel tempo sull'equilibrio tra le prestazioni contrapposte (alea economica). Per tale ragione, l'alea normale si riconduce al normale rischio di variazioni, in meglio e in peggio per una parte rispetto all'altra, nell'equilibrio contrattuale per come predisposto in origine dalle parti e che corrisponde ad un fattore altamente conoscibile e prevedibile che è proprio di ogni contratto di durata (comprese le fattispecie a formazione progressiva). Tanto è vero che, la legge prevede la non applicabilità del rimedio caducatorio della risoluzione per inadempimento in tutti i casi in cui tale oscillazione può ritenersi uno sviluppo normale del contratto e dunque con un grado di prevedibilità orientato alla certezza.

L'aleatorietà, invece, in generale si riferisce ad un fenomeno che supera sia il concetto di normale rischio contrattuale, sia la prevedibilità delle conseguenze, traducendosi nell'incertezza assoluta. Sul piano tipologico contrattuale, questa può caratterizzarsi per assumere il ruolo di causa del contratto o come fattore esterno che va ad intaccare la struttura del contratto per come stabilito dalle parti, sia esso di natura commutativa o aleatorio.

Nei contratti aleatori, le parti, liberamente scelgono di sottoporre i vantaggi e gli svantaggi economici del contratto all'incertezza. Tale per cui, non si verificherà uno schema di prestazione contro prestazione e dunque una posizione attiva contrapposta ad una posizione passiva ma, un'eguale posizione di partenza che si trasformerà in vantaggio per l'una e svantaggio per l'altra, per fattori imprevedibili che esulano dalla sfera volitiva delle parti e tanto meno dipendono dal loro comportamento. Tale è lo schema dei contratti aleatori c.d. puri del gioco e della scommessa e tale è la struttura che deve essere rispettata per considerare un contratto aleatorio per natura o per come voluto dalle parti ex art. 1469 c.c.

Dal concetto di alea e dalla struttura del contratto aleatorio, si può ricavare la nozione di rischio e analizzare i contratti che si basano sullo stesso. Ci si riferisce, in particolar modo al contratto di assicurazione, in relazione alla nozione di rischio che può essere ricavata da altre tipologie contrattuali. Si pensi all'operatività della garanzia per difetto di conformità riconnessa al passaggio del rischio dal venditore al vettore al momento della consegna. In tale ultimo esempio, infatti, il rischio assume una connotazione effettuale (si pensi alle sopravvenienze). In altri termini, indica uno spostamento della posizione di soggezione dal venditore al vettore in relazione al momento della consegna del bene, tale per cui avvenuta la consegna, il rischio del perimento del bene deve essere sopportato dal soggetto che può esercitare un potere di controllo sullo stesso. Cosa non dissimile è la nozione di rischio che inerisce al contratto di assicurazione.

Il contratto di assicurazione, sia esso stipulato per i danni, che per il caso di vita o di morte ha un'unica funzione: indennitaria. Esso si basa, infatti, sulla stipula di una polizza assicurativa che copre economicamente i danni cagionati dall'assicurato o remunera lo stesso o un beneficiario da quest'ultimo nominato nel caso della sua morte o al raggiungimento di un'età determinata in fase di stipulazione. A fronte di tali prestazioni, l'assicuratore riceve dall'assicurato in controprestazione il pagamento di un premio a cadenza fissa o variabile nel tempo e determinato sulla base del calcolo del rischio assicurativo (rischio d'impresa). Il rischio assume un ruolo fondamentale, tale per cui se manca ab origine il contratto di assicurazione risulta affetto da nullità, se, invece, la soglia del rischio varia successivamente per fatti non conosciuti dalle parti al momento della stipula del contratto comporta, tra le altre conseguenze, il ricalcolo del premio assicurativo secondo i nuovi parametri. L'opinione maggioritaria ritiene il contratto di assicurazione di tipo aleatorio per due ragioni: l'inquadramento come tale nel Codice civile del 1865 e l'incertezza dei vantaggi e degli svantaggi dell'operazione contrattuale indicata come rischio assicurativo. Si ritiene, infatti, che l'incertezza sulla verifica di un danno o in relazione al momento della morte siano gli elementi identificativi del rischio, inteso come aleatorietà, a cui entrambe le parti soggiacciono, tale per cui non si riesce a prevedere quale delle due parti riceva un vantaggio a discapito dell'altra. In realtà, analizzando la struttura e la funzione del contratto di assicurazione, sia per il caso dei danni che per il caso di vita o di morte, si rinviene un *bias* valutativo. Se, i contratti aleatori si caratterizzano per l'incertezza dei vantaggi e degli svantaggi dell'operazione contrattuale che non dipendono dal comportamento delle parti e che non sono prevedibili e calcolabili, tale struttura non può dirsi propria del contratto di assicurazione⁵. Infatti, ciò che le parti concludono con tale tipo non è un contratto che ha la sua causa nell'incertezza, ma nella corrispettività di una parte che paga il premio per essere indennizzata dall'altra, nel momento in cui subisce un danno o essere coperto nel momento in cui lo produce (assicurazione contro i danni) o per ricevere un indennizzo in caso di un certo evento legato alla sua vita, sia esso rappresentato dalla morte (indirizzato necessariamente ad un beneficiario) o dal raggiungimento di una certa

⁵ Nello stesso senso, V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

età. Il rischio, invece, non costituisce la causa contrattuale, ma la caratterizza, tale per cui risulta fondamentale per individuare il tipo contrattuale (art. 1895 c.c.: il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto). In altre parole, esso opera come elemento ulteriore e costitutivo del contratto ponendosi sullo stesso livello della causa (elementi costitutivi del contratto). Inoltre, il rischio assicurativo non si identifica con l'aleatorietà perché non attiene all'incertezza che è propria dei contratti aleatori, essendo, come già anticipato, calcolato e dunque previsto in maniera qualitativa e quantitativa con un margine di precisione altamente verosimile alla certezza e dunque rappresenta un tipo di alea diversa sia da quella che inerisce alla normale oscillazione contrattuale dovuta al trascorrere del tempo, sia in relazione all'alea che è propria dei contratti aleatori puri. La stessa disciplina sul rischio assicurativo ci fornisce i dati per giungere a questa conclusione. Nello specifico, risultano rilevanti tutte le operazioni necessarie per il calcolo dello stesso e quindi per determinare il premio: dati afferenti alla vita e alla personalità dell'assicurato, al luogo in cui esso vive, risiede, alla professione svolta, allo stile di vita condotto, ecc. e tutti i cambiamenti che dovessero manifestarsi nel corso del tempo dopo la stipula del contratto e che devono essere prontamente comunicati all'assicuratore dall'assicurato (all'obbligo di denuncia dell'assicurato corrisponde la facoltà per l'assicuratore di recedere entro 30 giorni dalla notizia del fatto). Si parla in altri termini, non di una generica assunzione del rischio inteso come sinonimo di aleatorietà e quindi di incertezza assoluta ma, di rischio assicurato (ex art. 1900 c.c.) e dunque di un certo rischio stimato e delimitato la cui valutazione dipende anche dal comportamento delle parti: l'operazione corretta della stima da parte dell'assicuratore, la diligenza, lo stile di vita, la prudenza, la correttezza tenuti dall'assicurato⁶. Oltre tutto, l'assicuratore, non solo ha la possibilità di stimare con una certa precisione il grado di rischio assunto, ma ha anche la possibilità di sopportarne la verifica e dunque lo svantaggio, usufruendo in primo luogo dello stesso mercato assicurativo, della possibilità di esercitare il diritto di rivalsa e della possibilità di stipulare un contratto di riassicurazione. Ad ogni modo, pur volendo considerare tale rischio come aleatorio, lo stesso non può dirsi del contratto perché, pur essendo un elemento fondamentale dello stesso, non ne costituisce la causa. Invero, le due parti ricevono e danno entrambe qualcosa, l'assicuratore riceve il premio offrendo la copertura assicurativa, l'assicurato paga il premio per essere coperto in caso di danni causati, risarcito in caso di danni subiti, remunerato in caso di vita o di morte e tale è lo schema tipico dei contratti commutativi molto lontano dallo schema del gioco e della scommessa, sulla cui natura aleatoria non sorgono dubbi.

4. Considerazioni conclusive

⁶ L'art. 1892 c.c. attribuisce alla compagnia assicuratrice la facoltà di chiedere l'annullamento del contratto qualora l'assicurato abbia reso, con dolo o colpa grave, dichiarazioni inesatte o reticenti rilevanti ai fini della reale rappresentazione e valutazione delle circostanze del rischio assicurato.

Indagare il significato dei concetti di alea, rischio e aleatorietà ci consente di poter distinguere una tipologia contrattuale dall'altra e di conseguenza di ricavare la disciplina applicabile al tipo. Partendo dalla nozione di alea normale contrattuale identificata come la normale oscillazione o il normale margine di rischio che caratterizza ogni contratto di durata (alea economica), si è in grado non solo di distinguere il concetto di alea giuridica che caratterizza un particolare tipo contrattuale, definito aleatorio, costituendone la causa ma, ci permette di svolgere alcune osservazioni. Per prima cosa si potrebbe prospettare una non coincidenza tra alea giuridica e aleatorietà tipica dei contratti aleatori. In tal senso, infatti, la variazione normale contrattuale a cui ogni contratto di durata è necessariamente sottoposto, in forza del principio dell'autonomia contrattuale, potrebbe essere ricondotta a causa del contratto e dunque prevista e stabilita dalle parti stesse spostando l'analisi dal piano degli effetti al piano della struttura e della funzione. In secondo luogo, si può effettuare lo stesso ragionamento in merito al particolare tipo di alea che caratterizza i contratti aleatori, identificata nel canone dell'incertezza che assurge a causa del contratto e al concetto di aleatorietà inteso come un particolare effetto che supera, in termini quantitativi, il grado di incertezza voluto e stabilito dalle parti nella stipula del contratto aleatorio. Da ultimo, si può prospettare una visione diversa sull'elemento costitutivo del rischio proprio dei contratti di assicurazione, improntata a considerare lo stesso, per l'appunto, come elemento fondamentale, al pari dell'oggetto o della causa ma non coincidente con quest'ultima e di conseguenza non rappresenta il tipo. Ne consegue che la causa del contratto di assicurazione non la si rinviene nel rischio ma, in uno scambio di prestazioni caratterizzati da commutatività perché, sia nel caso dei danni, che nel caso di morte o di vita, l'assicuratore offre una certa prestazione, di copertura, risarcimento, remunerazione/indennizzo, soddisfacendo l'interesse corrispondente dell'assicurato, il quale in cambio corrisponde all'assicuratore il pagamento di un premio. Da questa impostazione ne consegue che il contratto di assicurazione vada inquadrato come commutativo con tutti gli effetti che ne discendono, compresa l'applicazione dei rimedi caducatori della rescissione e della risoluzione. Da ultimo, per quanto affrontato, si ritiene di poter estendere tali rimedi anche ai contratti aleatori, *sic et simpliciter* nel caso della rescissione per stato di pericolo, quando vi sia aleatorietà nel caso della rescissione per stato di bisogno.