

Albina Candian

Il diritto delle assicurazioni, la misurazione dei rischi dell'impresa assicurativa ed il bagaglio del giurista: l'esempio di Solvency II

Sommario: 1. Premessa: una lezione. - 2. La disciplina Solvency II. - 2.1. Solvibilità delle imprese e funzione sociale del settore assicurativo. - 2.2. La conformazione dell'impresa assicurativa ed il problema delle sue fonti nel quadro europeo. - 2.3. Strutture e compiti della Vigilanza. - 3. Solvibilità, regole tecniche e comprensione. - 3.1. Le ragioni di un mutamento. - 3.2. Le tecniche di calcolo. - 3.3. Comprendere una disciplina cosiddetta tecnica.

1. Premessa: una lezione

Qualche anno fa ebbi occasione di essere presente ad una tavola rotonda in cui il Maestro che onoriamo svolse il tema del bagaglio (culturale) del giurista attuale. La relazione venne poi pubblicata in una sede non facilmente accessibile e quindi è rimasta poco nota¹. Ma in me (ed in altri che ebbero la fortuna di essere presenti) suscitò una impressione notevole perché sollevava il problema delle competenze conoscitive di cui deve munirsi il giurista che voglia operare attivamente nel mondo contemporaneo sotto un profilo insolito; e ciò non tanto elencando la somma dei saperi tecnici che sono richiesti all'agire del giurista in una società complessa; quanto esplorando i problemi della loro interazione e quindi sotto il profilo dei meccanismi di traduzione/trasposizione che si debbono mettere in atto quando più saperi positivi risultano necessari a fini di pura comprensione della realtà giuridica che ci circonda.

A distanza di alcuni anni, chiamata ad esaminare, in molteplici occasioni, i dubbi interpretativi derivanti da una speciale disciplina europea in un settore di mio interesse quale quello assicurativo, sono tornata con la mente a quella lezione perché mi è apparso chiaro che tali dubbi interpretativi non erano seriamente affrontabili se non all'interno di una comprensione di carattere epistemologico del complesso dei fattori normativi ed extranormativi che influiscono sul modo di essere del settore stesso e che tale propedeutica attività di comprensione richiedeva appunto non soltanto la mobilitazione di molteplici saperi, ma, appunto, la loro trasposizione armoniosa nella impostazione di problematiche ermeneutiche. Cosa non facile anche in considerazione di un'altra causa. Gli è che nei tessuti normativi il rinvio ai saperi non meramente linguistici e non meramente giuridici acquista spesso carattere latente, nel senso che è implicito e non mai apertamente segnalato. In altri termini, hanno consistenza di crittotipi². Ma il bagaglio culturale del giurista è fatto non unicamente da nozioni, che pure sono fondamentali perché senza di esse non si procede in alcuna direzione salvo quella dell'enfasi retorica, ma anche di metodologie che si affinano nell'affrontare le problematiche più svariate, ma che non possono prescindere da un orientamento conoscitivo ed essere quindi sintonizzate su una prospettiva di conoscenza del reale.

Dividerò questo scritto in due parti. Nella prima presenterò, sia pure nella forma riassuntiva che si addice ai prolegomeni, la materia giuridica indagata ed i problemi che la relativa disciplina ha

¹ A. GAMBARO, *Il bagaglio culturale del giurista europeo: considerazioni generali*, in F. CASUCCI (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea. Temi e questioni*, Quaderni del Centro Studi di diritto comunitario, Napoli, 2007, 21-30.

² La teorizzazione della scomposizione dei modelli giuridici in formanti e crittotipi si deve a Rodolfo Sacco. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, 1992, 125-128.

dovuto affrontare. Nella seconda parte, nell'affrontare uno specifico tema ermeneutico, cercherò di indicare quali siano gli intrecci tra i saperi che sono, a mio avviso, implicati nella sua risoluzione.

2. La disciplina Solvency II.

2.1. Solvibilità delle imprese e funzione sociale del settore assicurativo.

Con la locuzione Solvency II si è soliti denominare l'ultima disciplina di fonte comunitaria in materia di esercizio di attività assicurativa all'interno del mercato europeo, da taluno salutata come direttiva di quarta generazione.

Come si vedrà meglio più oltre la locuzione "Solvency" intende denotare l'obiettivo di politica del diritto sotteso all'intervento riformatore del "legislatore" europeo che può riassumersi nell'obiettivo di assicurare la solvibilità delle imprese di assicurazione che operano nel mercato interno. Espressa in forma così sintetica, tale finalità si presterebbe solo a considerazioni ironiche, essendo troppo facile osservare subito che, sebbene possa essere astrattamente desiderabile che sul mercato operino solo entità in equilibrio economico finanziario, sino a qui nessun ordinamento è mai riuscito ad assicurare un simile risultato e, del resto, tutte le teoriche relative all'impresa ed al mercato non hanno mancato di indicare tutte le ragioni per cui ciò è impossibile.

Conviene quindi procedere a considerazioni meno sintetiche mediante alcuni passaggi sicuramente banali, ma che meritano di essere esplicitati, iniziando con uno sguardo rivolto al settore assicurativo al momento attuale.

Sotto un profilo di grandezze economiche giova quindi ricordare che in Italia il settore assicurativo ha conseguito, nel 2015, una raccolta complessiva di premi di circa 150 miliardi di euro, pari al 9% del PIL (ma se si guarda a livello europeo la raccolta premi rappresenta una percentuale del PIL anche maggiore)³.

Sotto il profilo sociale la pervasività del fenomeno assicurativo in ogni aspetto della vita degli individui, delle imprese, delle comunità è talmente evidente che taluni parlano addirittura della inevitabilità del ricorso alle assicurazioni, come si trattasse di un fatto drammaticamente ineluttabile⁴. Senza condividere tali accenti non deprecatori, si dirà che effettivamente sono ormai poche le attività umane, sia di carattere imprenditoriale che altro, le quali possono essere svolte senza fare ricorso a coperture assicurative⁵. Volendo delimitare l'ambito della presente indagine, preciso subito che il fenomeno assicurativo oggetto delle presenti riflessioni è quello cosiddetto privato e non quello delle c.d. assicurazioni sociali, o pubbliche, o miste, le quali hanno sicuramente una funzione sociale di altro tipo e presentano problematiche di altra natura sicché è opportuno lasciarle da canto, non senza aver rilevato che la diversità è eminentemente connessa alla struttura organizzativa ed alle funzioni specifiche, mentre è di importanza decrescente, se non del tutto evanescente, la qualificazione in termini di opposizione tra pubblico e privato⁶.

³ Si rinvia alla Relazione del Presidente Maria Bianca Farina - Assemblea tenutasi a Roma il 5 luglio 2016.

⁴ Di "evento abituale" parla Cottino in O. CAGNASSO, G. COTTINO, M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale*, vol. X, Padova, 2001, 9.

⁵ Attribuisce all'impresa di assicurazione la funzione di rendere più economiche le attività direttamente produttive Denozza. V. F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978, 10.

⁶ Sul rapporto tra diritto pubblico e privato la SIRD ha dedicato il suo IV congresso nazionale. G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015*, in *Collana Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Università di Trento, vol. n. 24, 2016.

La pervasività dei rapporti assicurativi anche di natura cosiddetta privata si è infatti da lungo tempo tradotta in una forte connessione tra impresa assicurativa privata ed esercizio dei pubblici poteri i quali regolano l'attività dell'impresa assicurativa e vigilano su di essa⁷.

Simile regolazione e vigilanza tende a mimare gli esiti cui perverrebbe l'attività di impresa in un mercato ideale in perfetto equilibrio, e pertanto si fonda sui medesimi modelli intellettuali da sempre adottati in campo assicurativo, ossia su modelli di calcolo attuariale. È ovvio tuttavia che modelli di calcolo puramente intellettuali assumono una valenza specifica quando siano trasferiti sul piano normativo. L'attività di vigilanza sulla gestione di impresa provoca questo spostamento di senso trasformando regole tecniche di (buona) gestione in vincoli condizionanti l'attività di impresa. Il concetto di vincolo, benché largamente evocato in letteratura e nei discorsi correnti, non è però del tutto preciso perché in realtà si tratta di conformare le modalità di gestione imprenditoriale mediante regole non derogabili. Poiché però pur sempre di attività gestoria si tratta, l'operatività di regole imposte dall'esterno si concretizzano in primo luogo in discipline conformative della struttura interna dell'organizzazione imprenditoriale. Viene così evocata l'introduzione, all'interno delle organizzazioni delle imprese vigilate, della cosiddetta funzione di *compliance*, la quale necessita di apposita attribuzione di compiti e di apposita formazione professionale, ma, e soprattutto, alla quale deve spettare un ruolo rilevante nella formazione dei processi decisionali⁸.

Esplicitati sia pure velocemente questi passaggi, giova chiarire meglio il nesso tra vigilanza affidata a poteri pubblici e conformazione dell'attività e delle strutture delle imprese assicuratrici.

In astratto può apparire contraddittorio che imprese le quali si affidano essenzialmente ad un mercato altamente competitivo siano soggette a regolazioni e vigilanze pregnanti. Una tesi assai diffusa sostiene che, in un mercato concorrenziale, le libere scelte dei consumatori di beni e servizi, nonché il monitoraggio esercitato dalle controparti contrattuali, rende del tutto superflua un'attività di vigilanza esercitata da poteri pubblici. Benché sia un poco in declino negli ultimissimi anni, questa tesi conserva un suo indubbio fascino.

Ciò che giova chiarire è quindi la ragione per cui essa non abbia mai trovato ascolto in campo assicurativo.

La ragione fondamentale mi pare risieda nella consapevolezza che: a) l'impresa assicuratrice opera in regime di ciclo economico invertito rispetto all'impresa manifatturiera, posto che prima incassa i premi e poi provvede al pagamento degli indennizzi; b) l'impresa assicurativa ha una funzione sociale specifica, ovvero quella di soddisfare un bisogno di sicurezza che si protrae nel tempo con la conseguenza che i suoi prodotti non sono omologabili a quelli diretti al soddisfacimento di bisogni immediati, collocandosi in una dimensione cronologica di più lunga durata che si riflette su una diversa maniera di assumere il rischio di impresa. I due aspetti appena sottolineati sono ovviamente connessi, ma ritengo giovi insistere su quest'ultimo, perché la

⁷ G. CARRIERO, *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992; A. DONATI, *Trattato del diritto delle Assicurazioni private*, I, Milano 1952; G. FANELLI, *Le assicurazioni Private nella giurisprudenza italiana*, Roma, 1941.

⁸ In generale sulla funzione e ruolo dei controlli interni nell'impresa di assicurazioni si veda P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nel settore assicurativo*, in *Assicurazioni*, 2013, I, p. 193; S. FEBBI, D. BOBBO, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni delle imprese di assicurazione nel recepimento di Solvency II*, in *Diritto Bancario*, 2016, p. 3.

estensione nel tempo del bisogno da soddisfare si interseca con le modalità di soddisfacimento, e ciò non può assimilarsi alle modalità con cui le normali imprese manifatturiere o di prestazione di servizi soddisfano i bisogni della loro clientela. Chi vende un bene trasferisce anche all'acquirente i rischi connessi a tale bene ed al massimo può assumere una posizione di garanzia modellata a sé stante. Lo stesso può dirsi a proposito della prestazione di servizi in cui il rischio di un soddisfacimento è ontologicamente a carico del creditore della prestazione e deve essere ritrasferito a carico del prestatore mediante rimedi giuridici che hanno anch'essi un effetto a sé stante. Nel rapporto assicurativo, al contrario, l'assicurato trasferisce le conseguenze secondarie di un rischio che ontologicamente grava su di lui all'assicuratore e, a tale trasferimento, corrisponde l'assunzione da parte dell'assicuratore di un debito normalmente pecuniario⁹ e quindi di sempre possibile adempimento, salvo che, sul piano della pura effettività, l'assicuratore non sia solvente.

Se si collega la funzione sociale specifica che un'impresa di assicurazione è chiamata a svolgere con gli assetti che la concretizzano nella sfera dei rapporti giuridici, ci si avvede facilmente della centralità che la solvibilità delle imprese assicurative assume nella conformazione dell'attività delle imprese assicurative. Centralità che del resto può essere presentata in altro modo osservando la diversa consistenza che la lesione dell'elemento generico della fiducia assume in riferimento ad imprese che operano con ciclo economico invertito. Infatti se è vero che l'insolvenza di una impresa scuote sempre la fiducia che consumatori ripongono nel mercato con conseguenze deprimenti (basti pensare a quanto avviene in caso di "crisi" bancarie), tuttavia la lesione dell'impalpabile, ma potente, elemento della fiducia è sicuramente più intensa nel caso di imprese che null'altro "vendono" sul mercato se non sicurezza¹⁰.

2.2. La conformazione dell'impresa assicurativa ed il problema delle sue fonti nel quadro europeo.

Proprio per affrontare l'aspetto della sicurezza nell'erogazione delle prestazioni assicurative promesse, in tutti i sistemi giuridici europei sono state introdotte discipline conformative dell'attività dell'impresa assicurativa, di cui Solvency II è l'ultimo esempio.

Si tratta però di un esempio significativo, anche per la carica di innovatività che la distingue dai modelli regolativi pregressi, che risultano superati dalla sua introduzione.

Va premesso al riguardo che Solvency II si inserisce nel sottosistema costituito dalla fittissima regolamentazione del settore assicurativo e presenta perciò non piccoli problemi di coordinamento con le altre fonti, sia di carattere nazionale che comunitario. Sotto il profilo delle fonti, Solvency II è costituita dalla Direttiva madre del 2009 n. 138¹¹, più due "aggiustamenti o correzioni" rappresentate da altre due direttive¹²; segue il Regolamento Delegato (UE) 2015/35 della

⁹ L'eccezione rappresentata da prestazione di servizi di assistenza è marginale e non sposta di molto la questione anche perché si risolve spesso in prestazioni erogate da soggetti terzi il cui costo economico è a carico dell'assicuratore.

¹⁰ Tali argomentazioni proprie della letteratura economica hanno assunto valenza anche nei discorsi dei giuristi sul presupposto dell'esistenza di norme sociali, per tutti V. ZENO-ZENCOVICH, *Comunicazione, reputazione, sanzione*, in *Dir. Inf.*, 2007, 263-275.

¹¹ Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II).

¹² Il riferimento è alla direttiva 2013/58/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che modifica la direttiva 2009/138/CE (solvibilità II) per quanto riguarda il suo termine di

Commissione di dettaglio. Senza dimenticare, poi, il ruolo dell'EIOPA ovvero del *supervisor* europeo per il settore assicurativo. Sul fronte interno, i principi di riferimento della nuova solvibilità sono entrati nel nostro ordinamento direttamente nel Codice di settore, attraverso il d. lgs. 12 maggio 2015, n. 74 che va direttamente a modificare ed integrare il Codice delle Assicurazioni Private italiano, più tutta la regolamentazione della nostra Autorità di vigilanza.

In questa sede è opportuno non affrontare nei dettagli i problemi di coordinamento formali per limitarsi a considerare un aspetto sostanziale, ossia l'inserimento della disciplina dettata da Solvency II in una linea di *policy* da lungo tempo perseguita e tesa appunto a garantire la solvibilità delle imprese assicurative. Il che è come dire che i problemi di coordinamento sostanziale si riducono ai profili intertemporali di successione delle norme e quindi non sono particolarmente acuti in quanto regolati direttamente in sede legislativa.

In sintesi quindi il problema essenziale che Solvency II affronta rimane quello di fare in modo che, nell'intervallo temporale tra il pagamento del premio e l'esecuzione della prestazione assicurativa da parte dell'impresa assicurativa, il patrimonio destinato a tali prestazioni non si disperda, o non si riduca sotto la soglia di solvibilità; ma deve fare ciò adeguandosi alle necessità di un mercato che deve essere unico e concorrenziale.

Se è infatti piuttosto agevole individuare il ruolo centrale che il concetto di solvibilità svolge nei modelli di regolazione dell'attività assicurativa di impresa, per poterne precisare il contenuto occorre svolgere un altro tipo di considerazioni le quali attengono alla edificazione di un mercato unico europeo e, inoltre, di un mercato che sia concorrenziale, essendo la concorrenzialità tra le imprese il pilastro principale della disciplina di origine europea¹³.

Al riguardo, e sempre facendo sfoggio di ovvietà, mi limito a sottolineare come il problema fosse da tempo assai chiaro.

Se infatti lo svolgimento dell'attività assicurativa ha bisogno di essere specialmente regolato per le ragioni che si sono appena sommariamente esposte, è evidente che una sua regolazione sul piano nazionale frammenterebbe il mercato europeo impedendo il sorgere di un mercato unico interno.

Da ciò, e nel rispetto del principio di sussidiarietà, la necessità di una regolazione uniforme; regolazione che però non può isolare il mercato europeo dal mercato globale su cui le imprese assicuratrici europee in realtà operano. L'esperienza ha insegnato infatti come in passato l'attività regolativa esercitata da autorità nazionali abbia manifestato carenze ed inefficienze che hanno ostacolato e non favorito lo sviluppo del mercato unico.

Sotto questo primo profilo, i problemi di una regolazione europea si manifestano soprattutto in relazione a fenomeni di interdipendenza tra mercati e tra imprese operanti all'interno del mercato unico europeo. Tema che sembrerebbe banale evidenziare se non fosse per il fatto che l'interdipendenza in parole non può essere limitata al settore assicurativo, ma coinvolge il settore bancario e finanziario.

recepimento e la sua data di applicazione nonché il termine di abrogazione di talune direttive (solvibilità I), nonché alla direttiva n. 2014/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che modifica le direttive 2003/71/CE e 2009/138/CE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010.

¹³ Sulle possibili problematiche derivanti dalla concorrenza M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, Torino, 2014.

A questo primo aspetto del problema regolativo se ne aggiunge subito un altro, ossia quello delle tendenze spontanee del mercato assicurativo europeo.

Circa questo secondo aspetto va osservato che il diritto europeo delle assicurazioni, nel primo decennio del secolo XXI, appare attraversato da cambiamenti notevoli innestati dall'ingresso nel mercato di imprese provenienti da stati europei con sensibilità diverse da quelle tradizionali, specie in Italia, soprattutto in punto di vigilanza sulle imprese.

Se si tiene presente ciò, emerge facilmente un primo snodo problematico, ossia quello relativo alla struttura dell'attività di vigilanza e, poi, un secondo snodo, ossia quello relativo alle modalità di esercizio della vigilanza.

Questo intreccio di fattori dà ragione del fatto che i lavori preparatori di Solvency II siano durati circa 15 anni, nel corso dei quali sono emerse due esigenze fondamentali.

a) Da un lato la necessità, se non di riscrivere interamente le disposizioni di vigilanza dell'Unione Europea nei settori finanziari intesi nei tre comparti bancario, assicurativo e dell'intermediazione finanziaria, tuttavia almeno di ovviare alle carenze in materia di coordinamento, cooperazione ed applicazione uniforme delle disposizioni di vigilanza, che si sono manifestate soprattutto a seguito della crisi finanziaria del 2007 e 2008. Un mercato europeo delle assicurazioni veramente efficiente non può tollerare effetti distorsivi derivanti da un mercato frammentato in cui vi sia carenza di regole uniformi di natura patrimoniale e carenza di identici presidi e regole in materia di *governance*. Pensiamo, ad esempio, a quello che è accaduto in Italia nel mercato delle garanzie del credito e con particolare riguardo al mercato delle fidejussioni¹⁴.

b) Dall'altro perseguire l'obiettivo di istituire un regime prudenziale sensibile al rischio e di buon governo delle imprese, anche sotto il profilo dei flussi informativi diretti al mercato e alla vigilanza.

2.3. *Strutture e compiti della Vigilanza.*

Giunto il momento di analizzare partitamente i nodi problematici che si sono individuati, è opportuno partire dal tema della vigilanza.

Per quanto attiene alle strutture delle autorità di vigilanza, giova ricordare che la risposta istituzionale è stata la creazione, nel 2010, di un Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria il c.d. SEVIF, composto da un Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (c.d. CERS)¹⁵, con competenze di vigilanza macroprudenziale, e la creazione di tre Autorità di regolazione e vigilanza microprudenziale settoriali, ovvero l'Autorità bancaria europea (EBA, ossia *European Banking Authority*)¹⁶, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA – *European Securities and Market Authority*)¹⁷ e, infine, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA – *European Insurance and Occupational Pensions Authority*)¹⁸.

¹⁴ In materia di garanzie, sia consentito rinviare a Albina Candian, *Le garanzie mobiliari: modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001.

¹⁵ Istituito con Regolamento (UE) n. 1092/2010 relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario dell'Unione Europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico.

¹⁶ Regolamento (UE) n. 1093/2010 che istituisce l'Autorità bancaria europea di vigilanza.

¹⁷ Regolamento (UE) n. 1095/2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza degli strumenti finanziari e dei mercati.

¹⁸ Regolamento (UE) n. 1094/2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali.

Nello specifico, ricordo che EIOPA emana orientamenti, raccomandazioni e progetti di norme tecniche di regolamentazione ed attuazione sottoposte all'approvazione della Commissione europea i quali, anche in materia di Solvency II, stanno avendo un forte impatto.

Per quanto attiene alle modalità di esercizio dell'attività di vigilanza, giova ricordare che il cantiere Solvency II ha prodotto un sistema di vigilanza sulle imprese che si basa su tre categorie di requisiti, i c.d. 3 Pilastri di Solvency: il primo pilastro che fissa nuovi requisiti quantitativi, il secondo pilastro che fissa requisiti qualitativi o di governo societario e funzionalità dei consigli di amministrazione e, infine, il terzo pilastro che si compone di nuovi requisiti informativi di confronto con il pubblico, inteso come mercato degli utenti¹⁹.

Pertanto la Vigilanza si estrinseca nel controllare che l'organo gestorio e di alta direzione possieda adeguati requisiti di competenza e professionalità. In questo senso, pertanto, la struttura dell'impresa di assicurazione è conformata e vigilata al fine di evitare che essa sia gestita in modo professionalmente poco adeguato, ma anche e soprattutto al fine di evitare conflitti di interessi tra i gestori e i soggetti interessati allo svolgimento dell'attività di impresa. Tema quest'ultimo che va sotto il nome di *agency problem*, ma che in realtà recupera tutta l'esperienza accumulata in tema di rapporti fiduciari e, in definitiva, di disciplina dei trusts.

Il terzo pilastro, infine, a completamento degli altri due, disciplina l'informativa da fornire alla vigilanza (c.d. *supervisory reporting*) nonché gli obblighi informativi nei confronti del mercato (c.d. *public disclosure*). E ciò al fine di offrire una maggiore trasparenza sulla solvibilità dell'impresa, sulla gestione del rischio e sul rapporto assicurativo.

3. Solvibilità, regole tecniche e comprensione.

3.1 Le ragioni di un mutamento.

Inquadrate il tema si può concentrare l'attenzione sul primo pilastro, sottolineando che con Solvency II sono mutati gli elementi sui cui fondare il giudizio di solvibilità.

Le nuove regole di solvibilità, dettate dalla Direttiva e dalla regolamentazione tecnica sempre di matrice europea, sono ora fondate su di un approccio teorico di c.d. *total balance sheet* mediante il quale i requisiti patrimoniali delle imprese non si riferiscono più solo al capitale ed agli attivi di bilancio. Anzi, il bilancio societario scompare come indicatore di solvibilità, la solvibilità si fonda sulla valutazione dei rischi correlati a tutte le obbligazioni assunte nei confronti degli assicurati, alla diversificazione degli investimenti, alla loro coerenza con le passività e con il c.d. *risk appetite* ed alla capacità di mitigare i rischi intesi in senso lato²⁰.

¹⁹ Per un inquadramento generale di Solvency II v., ad esempio, J. HUERTA DE SOTO, *Il fatale errore di "Solvency II"*, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 2008, f. 4, 809 - 817; D. FOCARELLI, *Il ruolo delle imprese di assicurazione nella crisi finanziaria: Solvency II è una risposta adeguata?*, in *Banca Impresa Società*, 2010, f. 2, 269 - 282; D. BUCKHAM, J. WAHL, S. ROSE, *Executive's Guide to Solvency II*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2011; A. CANDIAN - A. TITA, *La compliance delle imprese assicurative nel quadro europeo, tra Solvency II, EIOPA, e direttiva Omnibus II*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, f. 1, 3-30; A. CANDIAN - L. VELLISCIG, *La solvibilità come strumento virtuoso di concorrenza tra imprese: Solvency II*, in *Economia dei servizi*, 2014, f. 2, 197-220; G. O'DONOVAN, *Solvency II. Stakeholder Communications and Change*, 2nd ed., Gower Publishing Limited, Farnham, 2014; M. DREHER, *Treatises on Solvency II*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2015; G. MADDOCK - A. MATTHEWS (eds.), *A Practitioner's Guide to Solvency II*, Thomson Reuters, London, 2016.

²⁰ Per un approfondimento v. D. BUCKHAM, J. WAHL, S. ROSE, *Executive's Guide to Solvency II*, cit.; A. SANDSTRÖM, *Handbook of Solvency for Actuaries and Risk Managers: Theory and Practice*, London, 2011; M. DE

In effetti il cambiamento di prospettiva rispetto alla nozione di solvibilità di ieri è radicale: Solvency I si riferiva agli impieghi degli attivi e ai dati di bilancio, ma i bilanci delle società, anche se fondati su criteri internazionali, seguono in realtà normative nazionali e, soprattutto, non sono risultati efficaci gli interventi di vigilanza sui bilanci delle imprese di assicurazione. Pertanto per mantenere un quadro regolativo unitario a livello europeo, si è ritenuto necessario passare da criteri basati sul bilancio ed il suo controllo, a criteri uniformi di calcolo c.d. *market oriented*²¹.

Il concetto di solvibilità si sposta ora dal patrimonio dell'impresa assicurativa ai rischi assunti e quindi *in primis*, com'è naturale, ai c.d. rischi di sottoscrizione ovviamente connessi ad una eventuale inadeguatezza dei premi, ma comprende anche rischi di mercato dovuto proprio alle oscillazioni dei valori delle attività, passività, etc.; rischi di credito, rischi operativi, di liquidità ma anche rischi di concentrazione della esposizione a perdite²².

3.2. Le tecniche di calcolo.

Quanto sino a qui esposto implica che, dal punto di vista operativo, le imprese devono rispettare il c.d. *Solvency Capital Requirement* o SCR, ossia il requisito di capitale di solvibilità. Tale valore riflette il profilo di rischio dell'impresa e il legislatore lascia la possibilità alle imprese di calcolare tale profilo secondo due differenti modalità: attraverso una formula standard, oppure attraverso la predisposizione di un modello interno, completo o parziale, scelto dall'impresa e preventivamente approvato dall'Autorità di vigilanza.

Va da sé che la formula standard è tecnicamente adatta ad ogni impresa di assicurazione, laddove invece il modello interno è lo strumento che meglio si adatta a rappresentare l'effettivo grado di rischiosità assunto dall'impresa²³.

In base alle regole di Solvency II, il requisito patrimoniale di solvibilità deve essere calibrato in modo da garantire che siano presi in considerazione tutti i rischi quantificabili cui è esposta un'impresa, e deve riferirsi sia all'attività di impresa attuale in corso di esecuzione, sia a quella prevedibile nell'anno successivo²⁴.

Tali tecniche di calcolo impattano anche sul secondo pilastro: le imprese, infatti, sono tenute a predisporre la c.d. ORSA, acronimo di *Own Risk and Solvency Assessment*, ovvero una autovalutazione interna dei rischi e della solvibilità, intesa come autovalutazione periodica delle esigenze di solvibilità e fotografia dei rischi assunti o da fronteggiare e dei presidi di solvibilità²⁵.

Questo modello teorico è quanto viene presupposto dall'art. 72 della direttiva Solvency II, il quale prescrive che le persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili, o che

FELICE – F. MORICONI (a cura di), *Una nuova finanza d'impresa. Le imprese di assicurazione, Solvency II, le Autorità di vigilanza*, Bologna, 2011.

²¹ V. M. DE FELICE – F. MORICONI, *ivi*, 65 ss.

²² Per un approfondimento sui rischi che il requisito patrimoniale deve considerare v., in generale, l'art. 104 della Direttiva e S. HAJEK, *Solvency 2. Strumenti di risk management delle aziende assicurative*, Milano, 2011, 3 ss.

²³ Per approfondimenti si vedano ancora le indicazioni di M. DE FELICE – F. MORICONI (a cura di), *Una nuova finanza d'impresa. Le imprese di assicurazione, Solvency II, le Autorità di vigilanza*, cit.

²⁴ V. E. BIFFI – G. REDAELLI, *Commento all'art. 44*, in A. CANDIAN, G. CARRIERO (a cura di), *Commentario al codice delle assicurazioni private*, Napoli, 2014, 214-217.

²⁵ In generale sul secondo pilastro v. M. BROGI – A. VINCIONI, *Commento agli artt. 212, 213, 214*, in A. CANDIAN – G. CARRIERO (a cura di), *Commentario*, cit., 870-874.

esercitano presso un'impresa di assicurazione o di riassicurazione il controllo legale dei conti, debbano segnalare all'Autorità di vigilanza l'inosservanza del requisito patrimoniale di solvibilità. Tale disposizione è regola di fattispecie, infatti essa impone a determinati soggetti obblighi di condotta: nel caso, segnalare l'inosservanza del requisito di solvibilità da parte dell'impresa assicuratrice.

Ora è evidente che tale regola è del tutto incomprensibile se non si considera l'intero modello teorico che dà significato al concetto di solvibilità.

3.3 *Comprendere una disciplina cosiddetta tecnica.*

Un esempio, assai semplice, può sottolineare questo aspetto che mi pare dirimente e, per sottolinearlo meglio, lo arricchirò con una ipotesi.

Immaginiamo che un revisore di una società assicuratrice ponga al proprio avvocato una domanda molto semplice: quando debbo segnalare all'autorità di vigilanza l'inosservanza del requisito di solvibilità?

Non cerco di almanaccare come possa rispondere l'avvocato italiano medio. Intendo chiedere quali conoscenze debba possedere un avvocato esperto per poter rispondere in modo utile alla semplice domanda ipotizzata (il modo sicuramente inutile consiste nel ripetere le parole della legge, che è quanto si legge nella letteratura specialistica/divulgativa di cui siamo stati inondati dopo l'emanazione di Solvency II).

Posta la questione di cui sopra si deve anzitutto ricordare quanto predetto, ossia che il modello di Solvency II si fonda su un metodo prospettico essenzialmente incentrato sul rischio specifico dell'impresa assicurativa.

Il criterio di base è quindi quello della misurazione dei rischi che diviene quindi il metodo di valutazione delle attività e delle passività. Cui si aggiungono però regole in materia di investimenti a copertura delle riserve tecniche e di determinazione dei fondi propri, sia dell'impresa che dei gruppi.

La prima risposta che l'avvocato può dare al revisore è quindi nel senso che si debbono fare i calcoli.

Sarebbe già un passo avanti rispetto alla pura ripetizione della formula legislativa, ma è chiaro che sarebbe una risposta insoddisfacente, perché occorre indicare quali sono i criteri di calcolo.

Al riguardo si ricorderà che la Direttiva dispone che la valutazione deve essere "*market consistent*", ossia le grandezze monetarie con cui si misurano i valori economici debbono essere desunti dai dati che si rilevano sul mercato giorno per giorno. Ma è evidente che simili valori giornalieri debbono essere normalizzati e, quindi, dopo aver indicato di ricorrere a valutazioni il più possibile *market consistent*, la Direttiva aggiunge che si debba procedere ad applicare un c.d. "sconto" per volatilità, il che è del tutto ovvio trattandosi di mercati finanziari.

Si contempla qui un insieme fatto di dati dedotti dall'andamento dei mercati che quindi debbono essere verificabili e verificati, criteri di calcolo del rischio dedotti dalle migliori pratiche e dagli orientamenti delle autorità di vigilanza, parametri di solvibilità dedotti dal modello standard oppure dal modello interno autorizzato. Non si può dire che manchino indicazioni su come eseguire i calcoli e su come, in definitiva, rilevare se l'impresa osserva, o non osserva, il requisito di solvibilità. I margini di dubbio evidentemente sono ineliminabili, ma sono piuttosto ridotti.

Ma guardiamo alla medesima ipotesi da altro punto di vista e chiediamoci se la normativa primaria consente di dare risposte adeguate alla ipotetica domanda rivolta da un revisore ad un avvocato.

Se scorriamo il testo di Solvency II troviamo poche regole collegate ad una fattispecie, troviamo invece una ridda di aggettivi qualificativi e di sostantivi che indicano un puro scopo: prudente/prudenza, sicurezza, congruo/congruità, diversificazione, liquidità, durevolezza, dispersione (qui andiamo un po' meglio). Né si può dire che una interpretazione sistematica della disciplina primaria consente di colmare la lacuna di senso. Si pensi al fatto che in base all'art. 132 della Direttiva, le imprese devono utilizzare il metro della c.d. "persona prudente" quale criterio da adottare nella gestione degli investimenti²⁶. Ma la nozione di persona prudente, al pari di quello del buon padre di famiglia che fortunatamente non è stato rispolverato, rinvia a parametri sociali fluidi che nessuna normativa riesce a precisare.

La realtà, naturalmente, è che sotteso al concetto di persona prudente si rinvengono due parametri occulti.

1) Il primo è dato dalle buone prassi economiche-attuariali e quindi bisogna sapere di economia e di matematica per poter dare un senso alla disposizione normativa.

2) Il secondo nasce dal fatto che, come anzidetto, l'impresa di assicurazione è ontologicamente una impresa vigilata, da cui discende che le valutazioni interne alle imprese debbono essere in sintonia con gli orientamenti dell'autorità di vigilanza.

Sappiamo anche che questi orientamenti possono esprimersi mediante norme *sub* legali ma, se ci si limitasse al discorso giuridico, si tornerebbe da capo a contemplare lessici poco informativi. Piuttosto è da notare che i calcoli che debbono essere eseguiti dalla persona prudente e sui quali si fonda la sussistenza o meno del requisito di solvibilità d'impresa, sono calcoli economici di tipo predittivo. Ora questo tipo di calcoli implica l'assunzione di scenari ipotetici circa l'andamento futuro dei mercati, dal che ne discende la conseguenza per cui porsi in sintonia con l'autorità di vigilanza implica, in una certa misura, porsi in sintonia con il controllore in ordine agli scenari che possono prudentemente assumersi. La conoscenza degli scenari assunti dall'organo di vigilanza diviene quindi un ulteriore tassello del bagaglio di conoscenze di cui il nostro ipotetico avvocato deve disporre per poter dare una risposta sensata alla semplice domanda che gli pone il revisore suo cliente.

Tali conoscenze, peraltro, acquisibili facilmente posto che esse si ricavano da atti pubblici, con l'unica avvertenza che per leggerli e, soprattutto, comprenderli occorre l'attrezzatura teorica adatta. Si assuma l'esempio del recente regolamento IVASS n. 24 del 6 giugno 2016 in materia di investimenti e di attivi a copertura delle riserve tecniche e si scoprirà facilmente che esso si compone di concetti non giuridici, ma puramente economici. Offre un esempio ancora più puntuale l'art. 26 comma 2 di tale Regolamento il quale recita: "*Gli attivi sono classificati in categorie avuto riguardo alle loro caratteristiche economico/finanziarie e ai relativi profili di rischio, **indipendentemente dalla denominazione dell'attivo e dalla sua classificazione formale***". Il che assume il seguente significato, ovvero per procedere a tale classificazione non occorre riferirsi a concetti come titoli di stato, obbligazioni, azioni, strumenti finanziari, etc., occorre piuttosto riportare l'attenzione al concetto di rischiosità, di fatto appiattendolo le categorie giuridiche a favore

²⁶ Art. 132 della Direttiva: Gli Stati membri garantiscono che le imprese di assicurazione e di riassicurazione investano tutte le loro attività conformemente al principio della persona prudente (...).

del concetto di rischiosità - e di valutazione della rischiosità, che sono parametri puramente tecnico-economici.

Da tutto ciò ne discende che, per essere aderenti al tema della complessità ed alla sua regolazione, nel settore assicurativo, le conoscenze giuridiche debbono essere integrate dalle conoscenze tecniche o addirittura pre-comprese attraverso le conoscenze tecniche: metodologia di valutazione delle attività e passività, valutazione delle riserve tecniche, i fondi propri, il requisito di solvibilità, ecc.

Il giurista che voglia dirsi esperto di questo settore deve fare riferimento a tali meccanismi di calcolo condivisi, come già detto, da élite di esperti che siedono nelle autorità di vigilanza e dai principali operatori del settore.

Il che significa che il giurista, in sostanza, deve integrare il proprio bagaglio di conoscenze giuridiche con altri tipi di conoscenze altrimenti rischia l'afasia ed un simile giurista non è certamente in grado di offrire il proprio contributo di facilitatore.

Ma il punto che mi preme sottolineare, in ricordo della lezione del mio Maestro, consiste nel richiamare l'attenzione sul profilo della integrazione tra i concetti giuridici vaghi ed ottativi cui indulge assai spesso il legislatore europeo e le effettive modalità della loro concretizzazione ed ai susseguenti intrecci tra conoscenza pura e assetti istituzionali.