



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

# FLORE

## Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

### **Informativa precontrattuale e trasparenza nell'assicurazione vita**

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

*Original Citation:*

Informativa precontrattuale e trasparenza nell'assicurazione vita / S. LANDINI. - In: ASSICURAZIONI. - ISSN 0004-511X. - STAMPA. - 2007-n.2:(2007), pp. 227-269.

*Availability:*

This version is available at: 2158/212891 since:

*Terms of use:*

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

*Publisher copyright claim:*

(Article begins on next page)

# Informativa precontrattuale e trasparenza nell'assicurazione vita (\*)

DI

SARA LANDINI

Ricercatrice - Università degli Studi di Firenze

**SOMMARIO:** 1. Percezione del rischio di investimento da parte del contraente nelle operazioni di assicurazione vita tra problemi di asimmetria informativa e distorsioni cognitive. - 2. La risposta giuridica al problema: obblighi di trasparenza, obblighi di documentazione, obblighi di informazione e di consulenza. - 3. Gli obblighi a carico dell'intermediario. - 3.1. *Informativa precontrattuale e pubblicità*. - 3.2. *Informativa precontrattuale e conflitti di interesse*. - 3.3. *Informativa precontrattuale e contenuto del contratto*. - 3.4. *Informativa precontrattuale e obbligo di "consiglio"*. - 3.5. *Obblighi di prospetto informativo nella intermediazione finanziaria e prodotti assicurativi*. - 4. Obblighi dell'assicuratore. - 4.1. *Obblighi di trasparenza e responsabilità dell'assicuratore per fatto proprio*. - 4.2. *Obblighi di trasparenza e responsabilità dell'assicuratore per fatto altrui*. - 5. Obblighi e responsabilità delle autorità di controllo. - 6. Obblighi di informativa, regole per la validità e regole per la responsabilità.

1. PERCEZIONE DEL RISCHIO DI INVESTIMENTO DA PARTE DEL CONTRAENTE NELLE OPERAZIONI DI ASSICURAZIONE VITA TRA PROBLEMI DI ASIMMETRIA INFORMATIVA E DISTORSIONI COGNITIVE

La scienza assicurativa ha da sempre dato atto della presenza, nei con-

---

(\*) Il presente saggio - frutto di un programma di ricerca sulle assicurazioni vita promosso dalla Fondazione Gasbarri - Alleanza Assicurazioni nell'ambito del concorso bandito nel 2005 - è stato premiato dalla Commissione giudicatrice per "la particolare validità scientifica e l'originalità".

tratti di assicurazione vita, di una componente finanziaria che li connota come strumenti di investimento del risparmio (1).

Di qui la necessità di considerare anche per i contratti di assicurazione vita, così come per i contratti di investimento in generale, i problemi relativi alla corretta valutazione del rischio di investimento da parte del contraente ai fini di una ponderata e consapevole adesione al contratto (2).

Il problema giuridico della consapevolezza del consenso prestato trova pertanto la sua necessaria premessa nell'analisi dei fenomeni evidenziati negli studi di finanza comportamentale in materia di percezione del rischio, asimmetriche informative e distorsioni cognitive.

Si è ormai preso atto, nell'analisi dei comportamenti economici ed in particolare delle decisioni di acquisto dei consumatori, di come questi non siano guidati da modelli di razionalità economica per due ragioni.

La prima, e più evidente, è legata al limitato stato delle conoscenze del contraente non professionista in relazione all'operazione economica di investimento che va ponendo in essere (3).

La seconda ragione, addotta negli studi di psicologia dei mercati finanziari, è ascrivibile a quegli atteggiamenti e valutazioni affettive che gover-

(1) Cfr. in particolare MIOA, *Il risparmio assicurativo*, Napoli, 1988, p. 20 ss.; VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 169 ss.; VOLPE PUTZOLU-DONATI, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 8ª ed., Milano, 2006, p. 203. Osservazioni sul punto erano già presenti nell'opera di VIVANTE, *Il contratto di assicurazione: assicurazioni sulla vita*, vol. III, Milano, 1887, pp. 42-48.

(2) Possiamo al riguardo richiamare la dottrina in tema di informazione e valutazione del rischio da parte del contraente-risparmiatore. Cfr. in particolare ALFA, *L'informazione del risparmiatore. Relazione al convegno organizzato dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei sul tema: "L'informazione come bene"*, S. Margherita Ligure, 6-7 ottobre 1989, in *Dir. inf. inform.*, 1990, p. 335 ss.; RESCIGNO, "Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 301; INZITARI, *La formazione del contratto nella vendita porta a porta dei valori mobiliari (neutralità del modello codicistico e rispetto della tutela del risparmiatore)*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 75; BRECCIA, *La contrattazione su valori mobiliari*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari* a cura di Bessone e Busnelli, Milano, 1992, p. 17 ss.; DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare. Relazione al convegno sul tema: "Vigilanza e correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare"*, Trepani 29 maggio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 296;

(3) Sul punto si rinvia al fondamentale contributo di STIGLER, *Economics of information*, in *J. Pol. Econ.*, 69 (1961), pp. 213-225.

nano le scelte economiche dei risparmiatori al posto di più razionali giudizi basati sul calcolo delle utilità attese (4).

Si osserva, ad esempio da parte dei cognitivisti, che gli individui tendono a fare scelte di investimento più o meno rischiose a seconda che una data situazione venga loro prospettata nei termini di una possibile perdita o di un possibile mancato guadagno oppure a seconda dalle esperienze passate che vengono prese come punto di riferimento in base all'errata convinzione della loro ripetibilità in futuro (5).

Il problema della consapevolezza del contraente investitore non è, allora, solo una questione di quantità di informazioni, ma anche di qualità delle stesse.

Affinché si possa dire che lo stato cognitivo dell'aderente è tale da far presumere che il suo consenso sia stato prestato con adeguata e consapevole ponderazione, occorre aver riguardo non solo a quali informazioni erano in suo possesso ma anche a come esse gli sono state riferite ed a come queste si siano venute ad inserire nel suo stato di precomprensione.

Da tali considerazioni dovrebbero muovere sia gli interventi legislativi volti a tutelare la consapevolezza nelle scelte di investimento, sia le interpretazioni che si danno sulla normativa in materia.

## 2. LA RISPOSTA GIURIDICA AL PROBLEMA: OBBLIGHI DI TRASPARENZA, OBBLIGHI DI DOCUMENTAZIONE, OBBLIGHI DI INFORMAZIONE E DI CONSULENZA

Il fenomeno dell'asimmetria informativa e delle distorsioni cognitive nella percezione del rischio di investimento ed i problemi di adeguata consapevolezza del consenso prestato nella stipulazione del contratto trovava già una parziale risposta nella disciplina generale del contratto contenuta nel codice civile, considerata nell'evoluzione delle interpretazioni giurisprudenziali che sulla stessa si sono date.

(4) Fondamentali sul punto sono gli studi di KAHNEMAN-TVERSKY, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, in *Science*, 185 (1974), pp. 1124-1131. In Italia uno dei prosecutori degli studi del Nobel Kahneman è MOTTERLINI, *Economia emotiva. Che cosa si nasconde dietro i nostri conti quotidiani*, Milano, 2006. Aspetti particolari della cognizione del rischio nelle comunicazioni on line sono colti da LUCARELLI, *L'investitore nella rete. Rischio o opportunità*, Torino, 2006, p. 155.

(5) Cfr. KAHNEMAN-TVERSKY, *The framing of decision and psychology of choice*, in *Science*, 1981, pp. 453-458 e OLSEN, *Prospect theory as an explanation of risky choice by professional investors: some evidence*, in *Review of Financial Economics*, 1997, pp. 225-232.

Già nel codice del 1942 il legislatore, introducendo all'art. 428 l'annullabilità del contratto per incapacità di intendere e volere come stato di inidoneità alla formazione di un consenso pieno, libero e consapevole al di fuori delle ipotesi di incapacità legale, aveva reso percepibile la sua intenzione di dare più lata rilevanza, sul piano della validità dell'atto, a condizioni che possono aver inciso nella determinazione volitiva del contraente (6).

Ancora il codice civile contiene all'art. 1337 una disposizione in cui la dottrina italiana individua l'espressione normativa di un generalizzato obbligo di informare la controparte (7). Il dovere di "comportarsi secondo buona fede" nella fase precontrattuale, di cui al suddetto articolo, andrebbe allora oltre il mero divieto di recesso ingiustificato dalle trattative estendendosi nel senso di un obbligo in capo a ciascun contraente ad attivarsi al fine di una più adeguata ponderazione dell'affare da parte dell'altro contraente (8).

La stessa dottrina, però, non mancava di considerare come, sebbene il codice del 1942 abbia raggiunto il traguardo di tutelare il contraente "poco libero, poco consapevole o impressionato, (...) via via si fa strada l'idea che la ragionevolezza e la libertà del consenso possano misurarsi con altri ostacoli" (9).

In particolare, proprio dai risultati degli studi della finanza comportamentale (10), emerge l'insufficienza del sistema di tutele della consapevolezza del consenso apprestato dal codice civile.

L'incapacità naturale ex art. 428, per quanto dilatata in via interpretativa nella sua operatività fino a comprendere ipotesi in cui le facoltà psichiche del contraente sono perturbate al punto da impedire allo stesso "una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, e quindi il formarsi di una volontà cosciente" (11), non sembra idonea ad apprestare adeguata tutela al contraente-risparmiatore per difetti di percezione del rischio di investimento.

Quanto poi all'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative di cui all'art. 1337, tale norma può rappresentare uno strumento attraverso cui incidere, prima della conclusione del contratto, sullo stato della

(6) Nel codice del 1865 l'inidoneità ad intendere, al di fuori delle ipotesi di incapacità legale, aveva una rilevanza limitata. L'art. 336 prevedeva solo la retroazione della sentenza di interdizione se al momento di conclusione dell'atto esisteva già la causa dell'interdizione ancorché non dichiarata.

(7) Così SACCO, *Il contratto*, I, Torino, 1993, pp. 434-435.

(8) *Ibidem*.

(9) Così SACCO, *op. cit.*, p. 311.

(10) V. *supra* par. 1.

(11) Così Cass. 28 marzo 2002, n. 4539, in *Riv. not.*, 2002, 1005.

quantità di informazioni in possesso del c.d. contraente debole (11 bis), ma non (così parrebbe) sulla qualità delle stesse.

Voler comprendere nel suddetto obbligo di informazione anche un generale e generico obbligo ad apprestare un'informazione, che possa incidere positivamente sulla percezione del rischio di investimento, porterebbe a riconoscere una inottemperanza al suddetto obbligo di informazione anche in ipotesi in cui, per circostanze puramente emozionali e soggettive, la parte informata non ha acquisito un grado di consapevolezza adeguata oppure addirittura ha avuto, a causa dell'informazione stessa, una cognizione distorta delle circostanze, su cui si fonda il presupposto della sua azione (12).

È evidente che ammettere una violazione di obblighi di informazione ex art. 1337, anche quando l'informazione vi è stata ma la stessa non ha sortito effetti o ha addirittura sortito effetti negativi per stati interiori del soggetto informando, porterebbe ad una eccessiva instabilità dei rapporti tra privati.

Da qui la necessità di risolvere il problema attraverso specificazioni dei contenuti degli obblighi di informazione in atti normativi (atti legislativi primari o atti normativi secondari delle Autorità di vigilanza), specificazioni che devono essere percepite non come vane ripetizioni di quanto già affermato dal legislatore, ma come corredi necessari dell'obbligo di informazione già previsto in via generale dall'art. 1337 al fine di rendere attuabile la tutela dell'investitore tenuto conto della evoluzione delle tecniche di comunicazione e degli studi delle scienze cognitive (13).

Trovano in tali considerazioni fondamento le previsioni legislative dettate in materia di assicurazione vita e di tutela del risparmio attraverso le quali il legislatore si è mosso nel senso di individuare i soggetti, che potevano avere accesso alle informazioni rilevanti ai fini della valutazione del rischio di investimento, e di imporre, quindi, su di questi, specifici obblighi la cui attuazione si ritiene in astratto necessaria e sufficiente a formare un consenso consapevole in capo al contraente assicurato.

In tali disposizioni il legislatore non si è limitato a sancire più puntualmente obblighi di informazione ma è intervenuto nel senso di imporre obblighi di documentare le informazioni e di prevedere altresì le modalità grafi-

(11 bis) V. *supra* nota 8.

(12) Non è nuova l'osservazione dell'incidenza negativa di un eccesso di informazioni sullo stato cognitivo. Cfr. Slovic, *Psychological study of human judgment: implications for investment decision making*, in *Journal of Finance*, 1972, pp. 779-799.

(13) Sui rapporti tra obbligo di informazione generale ex art. 1337 e obblighi di informazione particolari nella prospettiva della teoria dei vizi incompleti cfr. D'AMICO, *Buona fede in contraendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 351 ss.

che e le tecniche redazionali di tale documentazione, individuando degli *standard* qualitativi oltre che quantitativi di informazione.

In altri casi il legislatore ha imposto, ai soggetti che intervengono nella fase delle trattative con il contraente-risparmiatore, obblighi di valutazione delle esigenze e delle propensioni al rischio di quest'ultimo nonché correlati obblighi di consulenza.

Non si prevede, quindi, una comunicazione di dati standardizzata, ma un dialogo tra operatore commerciale e investitore idoneo a rendere adeguato lo stato cognitivo di quest'ultimo ai fini della valutazione del rischio di investimento.

Il quadro normativo di riferimento presenta una estrema complessità sul piano delle fonti con alcuni problemi di coordinamento che avremo modo di evidenziare nel prosieguo del discorso.

Si tratta in particolare di organizzare sistematicamente le seguenti disposizioni normative: da un lato la normativa primaria costituita dal d.lgs. 209/2005 denominato codice delle assicurazioni (da ora in avanti cod. ass.), dal d.lgs. 206/2005 denominato codice del consumo, dal d.lgs. 58/98, denominato "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria" e successive modifiche (in particolare quelle apportate dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262 denominata "Legge sul risparmio"), dal d.lgs. 190/2005 attuativo della direttiva 2002/65/CEE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; da un altro lato abbiamo una normativa secondaria all'interno della quale è dato distinguere i regolamenti attuativi delle norme contenute nel codice delle assicurazioni (reg. ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5, dettato ex art. 183 cod. ass. in tema di intermediazione assicurativa) (14) e le circolari dell'ISVAP anche anteriori all'entrata in vigore delle normative primarie di riferimento purché, ovviamente, non in contrasto con queste e per le parti non abrogate dall'art. 76 del regolamento sopracitato (circ. ISVAP 551/D del 1° marzo 2005 in tema di trasparenza nell'assicurazione vita; circ. ISVAP 393/D del 17 gennaio 2000 in tema di collocazione dei prodotti assicurativi tramite *internet*; circ. ISVAP 533/D del 4 giugno 2004 in materia di distribuzione delle polizze assicurative, incasso dei premi e pubblicità dei prodotti assicurativi).

La distinzione tra normative primarie e normative secondarie, nonché all'interno di queste ultime tra circolari e regolamenti, non ha valore pura-

(14) Il rinvio alla potestà regolamentare dell'ISVAP in materia di norme di comportamento sarebbe da porsi in quella linea di tendenza, già evidenziata da tempo dagli autori, che fa dell'*Authority* in esame non più un mero organo di vigilanza strutturale al Ministero dell'Industria (ora Ministero delle Attività Produttive). Cfr. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 74.

mente classificatorio a fini di chiarezza espositiva ma presenta peculiarità riflessi sul piano della eventuale impugnabilità di tali atti.

Le fonti normative secondarie, quali circolari e regolamenti (15), non possono abrogare o modificare leggi vigenti, sono valide entro i limiti in cui è riconosciuta tale potestà regolamentare all'ISVAP, non possono essere oggetto di censure di legittimità e possono essere impugnate solo dinanzi all'autorità giudiziaria secondo i criteri di riparto di giurisdizione amministrativa ed ordinaria (16).

Quanto poi alle circolari, che trovano la propria fonte in norme anteriori al cod. ass., si può dubitare della loro vigenza ove fondate su leggi adesso abrogate (17). Si pensi alla già citata circ. 551/D che trovava fondamento nell'art. 109 d.lgs. 174/1995 ora abrogato dall'art. 354 cod. ass.

A sostegno della suddetta tesi, oltre alla ragione formale dell'avvenuta abrogazione della normativa primaria di riferimento, si può forse addurre anche una ragione sostanziale, rinvenendo nell'art. 183 e nell'art. 185 cod. ass., in materia di trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato, l'intento del legislatore di richiamare il potere regolamentare dell'ISVAP come strumento con funzione di "supplenza" della libertà economica privata (18)

(15) Con riferimento ai regolamenti, però, parte della dottrina osserva come le Autorità indipendenti non esercitano una frazione del potere normativo come l'esecutivo tradizionale ma svolgono piuttosto un ruolo di "supplenza" rispetto alla libertà economica. Si osserva, infatti, come le Autorità indipendenti avrebbero il "compito di sostituirsi all'autonomia negoziale dei privati, quando non c'è o viene meno la *par condicio* concorrenziale o quando non esistono o fanno difetto le condizioni per l'esistenza di un mercato nel quale possa esplicarsi la libertà economica (...) così può importare, attraverso un prospetto informativo, di fornire informazioni al potenziale contraente definendo, nel caso concreto, il generale obbligo del contraente di comportarsi secondo buona fede": così Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Diritto dell'economia*, 2003, p. 588. Secondo l'Autore un simile potere normativo non troverebbe la propria fonte nella normativa primaria ovvero la legge di cui sarebbe una mera specificazione, ma sarebbe legittimato dalla stessa libertà economica riconosciuta nella norma costituzionale.

Simili considerazioni hanno poi incidenza sui limiti di impugnabilità dei regolamenti. Sul punto Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., p. 83 ss.

(16) Cfr. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, p. 309 ss.

(17) Si veda in senso contrario quanto osservato, con particolare riguardo alla circ. ISVAP 551/D, da Alessio Di AMATO, *Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di Amorosino e Desiderio, Milano, 2006, p. 368.

(18) L'espressione è mutuata da Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 590.

nelle materie in oggetto; dal che è dato dedurre che il legislatore ha ritenuto superate, almeno per tali ambiti, le disposizioni di cui alla circolare 551/D (19), nonostante il dettato dell'art. 76 del regolamento ISVAP 5/2006 che abroga solo gli artt. 27 e 28 della circolare in esame. Quest'ultima considerazione non ci pare, infatti, in assoluto salvifica della circolare stessa, ma è piuttosto indice di un difetto del regolamento nell'attuazione delle direttive del legislatore.

Inoltre, ci sia concesso sin da ora osservare come tale potere regolamentare sia stato esercitato dall'ISVAP con disposizioni non sempre rispondenti, nella loro genericità, agli indirizzi indicati dal legislatore all'autorità di controllo.

L'art. 183 cod. ass., nel rinviare al potere regolamentare dell'*AuthORITY*, prevede che la stessa adotti "specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti".

Ancora l'art. 185, comma 3, cod. ass. prevede un'attività regolamentare dell'ISVAP puntuale, contenente anche schemi della nota informativa e disciplinante nel dettaglio gli obblighi dell'impresa e dei suoi intermediari nonché le relative conseguenze.

Si tratta di una scelta motivata da ragioni di standardizzazione dei canoni di buona fede e correttezza nei rapporti che presentano profili di serietà e che finiscono per avere rilevanza non solo all'interno del singolo rapporto ma sull'intero sistema (20).

Né pare possibile, per le ragioni già precisate, ritenere ancora vigenti le norme di dettaglio della circolare 551/D ad integrazione delle norme regolamentari.

(19) Sui contenuti del "gioco" v. Circolare v. Rossetti, *Intermediari: le nuove "regole del gioco"*, in questa Rivista, 2004, I, 201 ss.

(20) Si è recentemente osservato che "nel momento, infatti, in cui la disciplina normativa attribuisce una funzione di tutela e sviluppo del mercato all'intera attività degli operatori assicurativi, più che ai singoli e distinti atti che questi compiono, i concetti di diligenza e buona fede non possono non divenire gli strumenti attraverso i quali assicurare standard comportamentali idonei a soddisfare tali obiettivi. La diligenza di imprese di assicurazione ed intermediari, nell'esercizio delle loro attività di impresa, deve essere sempre di grado elevato, insensibile alle eventuali attenuate specifiche esigenze della controparte, posto che i comportamenti di tali soggetti si ripercuotono, più generalmente, su tutto il sistema": così A. Di Amato, *op. cit.*, p. 376.

### 3. GLI OBBLIGHI A CARICO DELL'INTERMEDIARIO

#### 3.1. Informativa precontrattuale e pubblicità

Con riferimento all'attività di promozione del prodotto ai fini della sua commercializzazione, comunemente denominata pubblicità, si è da sempre assertedo che la stessa deve ritenersi libera e che essa non incide sulla libera formazione del consenso se contenuta nei limiti del *dolus bonus* (21).

Da tempo però la dottrina lamenta la necessità di rivedere tali assunti (22). Si osserva in particolare come tale attività promozionale venga sempre più spesso e più inscindibilmente a correlarsi con l'informativa precontrattuale (si pensi ai prospetti informativi, alle condizioni del contratto consegnate alla controparte prima della conclusione dello stesso a fini informativi). Si arriva così a concludere che, sebbene si tratti di attività le quali continuano ad avere funzione diversa, "è indubbio che quando lo strumento pubblicitario acquista una valenza prevalentemente informativa o quando il prospetto o il contratto acquista anche una funzione pubblicitaria vi sia bisogno di regole coordinate che impediscano contraddizioni tra discipline" (23).

(21) Da notare come nella distinzione tra *dolus bonus* e *dolus malus* causa di annullabilità del contratto la nostra giurisprudenza non tiene solo conto del discostarsi delle dichiarazioni promozionali dalla realtà dei fatti ma anche della loro ingannevolezza sotto un profilo soggettivo. Si osserva infatti che: "Le dichiarazioni precontrattuali con le quali una parte cerchi di rappresentare la realtà nel modo più favorevole ai propri interessi (nella specie, riguardanti l'affidamento che un'impresa riscuote sul mercato) non integrano gli estremi del *dolus malus* quando, nel contesto dato, non sia ragionevole supporre che l'altra parte possa aver attribuito a quelle dichiarazioni un particolare significato, considerato il modesto livello di attendibilità che, in una determinata situazione di tempo, di luogo e di persone, è da presumere che possa essere riconosciuta a certe affermazioni consuete negli schemi dialettici di una trattativa (sempre che ad esse non si accompagni la predisposizione di ulteriori artifici o raggiri, idonei a travisare la realtà cui quelle affermazioni si riferiscono); il valutare se, in concreto, ritorna un'ipotesi di *dolus malus* ovvero di *dolus bonus* è compito precipuo del giudice di merito": così Cass. 1° aprile 1996, n. 3001, in *Vita not.*, 1996, 848.

(22) Cfr. JAEGER, *Pubblicità e "principio di verità"*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, p. 331; ALPA-BESSONE-ROFFO, *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 354; BESSONE, *Pubblicità commerciale, diritto all'informazione e statuto dei diritti del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 1455.

(23) Così CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XI, Torino, 1995, p. 474.

Al riguardo nel codice delle assicurazioni sono presenti norme che si pongono nel solco di quelle disposizioni contenenti obblighi di condotta nella pubblicizzazione del prodotto volti a limitare il campo di autonomia delle parti contraenti in tale fase del rapporto (24).

All'art. 182 del cod. ass., intitolato appunto "pubblicità dei prodotti assicurativi", si prevede che "la pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazioni è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell'informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono". Al comma 2 si stabilisce che "i medesimi principi" si applicano anche agli intermediari.

Sembra, insomma, che la normativa *de qua*, in linea con le sopraccitate considerazioni della scienza giuridica, ponga in evidenza la necessità di rivedere, con particolare riguardo alla commercializzazione dei prodotti assicurativi, il principio della libertà dell'attività promozionale vietando quelle attività promozionali le quali, pur accrescendo la sfera delle conoscenze della controparte, finiscono per provocare distorsioni cognitive circa il contenuto di quanto si va sottoscrivendo (25).

Ancora regole di condotta nella pubblicizzazione dei prodotti assicurativi sono contenute nel regolamento Isvap n. 5 del 2006 in tema di disciplina dell'attività di intermediazione.

In particolare, all'art. 49, comma 1, è previsto che "al primo contatto" gli intermediari debbano consegnare al contraente "un documento riepilogativo dei principali obblighi di comportamento conforme al modello di cui all'allegato 7a" del regolamento.

Dette regole di condotta possono essere riassunte nella previsione di due canoni comportamentali: da un lato un obbligo di accrescere lo stato delle conoscenze del contraente relative al contratto che si va concludendo, nonché di migliorare la comprensione che questi deve avere dei contenuti dello stesso; da un altro lato un divieto a porre in essere un'attività che, pur accrescendo lo stato conoscitivo del cliente rispetto al prodotto, finisce per incidere negativamente sulla formazione del consenso di questi perché le informazioni riferite risultano non conformi al vero oppure perché le stesse, sebbene veritiere, risultano riferite in modo da determinare distorsioni cognitive.

(24) In tale tendenza può ricordarsi la direttiva 84/450/CEE del Consiglio, del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, attuata con l'ora abrogato d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, normativa adesso in gran parte recuperata nel codice del consumo agli artt. 19 ss.

(25) V. *supra* nota 12.

Speciali limiti nella attività promozionale sono imposti con riguardo alle reti di vendita *multilevel*.

Il *multilevel marketing* è una forma di vendita fuori dai locali commerciali in cui gli incaricati alla vendita commercializzano i prodotti per conto dell'impresa e, allo stesso tempo, possono reclutare anche altri venditori.

La remunerazione percepita è composta da una provvigione sul fatturato e da una percentuale a scalare sulle vendite delle altre persone che fanno parte del gruppo.

Una simile modalità di commercializzazione del prodotto deve essere tenuta distinta dalle c.d. vendite piramidali espressamente vietate dall'art. 5 l. 17 agosto 2005, n. 173, "Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali" e consistenti, secondo il dettato contenuto nel suddetto articolo, nella "promozione e realizzazione di attività e strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura".

Diversamente, in caso di *multilevel marketing*, l'incaricato alla vendita a domicilio non guadagnerà niente sulla base del semplice lavoro degli altri facenti parte del proprio gruppo.

Nel proprio regolamento l'Isvap, all'art. 44, prende atto di tale strumento di allocazione del prodotto assicurativo e si limita a porre particolari limiti all'impiego di detto canale di distribuzione [si pensi al divieto di esercitare l'attività di intermediazione assicurativa tramite reti *multilevel* per il collocamento di forme pensionistiche ex art. 44, comma 2, lett. a)] oppure ad imporre peculiari obblighi di comportamento nella fase precontrattuale.

Così all'art. 44, comma 2, lett. c), si prevede che "i componenti la rete si astengano dal prospettare al potenziale contraente esemplificazioni di prestazioni a scadenza o preventivi se non tramite appositi elaborati predisposti dall'impresa, con divieto di fornire informazioni che pregiudichino la libera e consapevole adozione di scelte contrattuali da parte dei contraenti".

Si vuole in tal modo evitare che l'intermediario, nell'attività promozionale del prodotto, attraverso il compimento di esemplificazioni o l'utilizzo di preventivi, sfrutti distorsioni cognitive del contraente a livello previsionale che inducano questi a ritenere vantaggioso ed adeguato ai propri interessi un affare che tale non è.

### 3.2. Informativa precontrattuale e conflitti di interesse

Sempre nell'ambito della fase precontrattuale il codice delle assicurazioni e il sopraccitato regolamento Isvap dettano particolari regole di con-

dotta, in capo agli intermediari, aventi ad oggetto l'attività di riferire informazioni al contraente ai fini della corretta formazione del suo consenso.

In primo luogo si considerino gli obblighi di condotta informativa previsti in materia di "conflitti di interesse".

Il conflitto di interessi tra soggetti che siano parti di un rapporto è un fenomeno rilevante nel diritto privato e trova specifica disciplina nel codice civile in materia di rappresentanza all'art. 1394, ove si prevede l'annullabilità degli atti posti in essere dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato.

Il conflitto di interessi viene, pertanto, ad essere una condizione avvenuta rilevante sul rapporto all'interno del quale si determina il conflitto, incidendo direttamente sulla validità degli atti geneticamente collegati a detto rapporto principale.

La nostra giurisprudenza, però, nell'interpretare l'art. 1394, ha inteso dare rilevanza, ai fini dell'emersione del conflitto di interessi, non meramente al rapporto principale e ad una eventuale convergenza di interessi tra i soggetti, ma alla modalità con cui detta conflittualità prende consistenza negli atti collegati al rapporto principale. Si è, in particolare, osservato come "il conflitto di interessi di cui all'art. 1394 c.c. postula un rapporto d'incompatibilità fra le esigenze del rappresentato e quelle personali del rappresentante o di un terzo che egli a sua volta rappresenti, rapporto che va riscontrato non in termini astratti ed ipotetici, ma con riferimento al singolo atto, di modo che è ravvisabile esclusivamente rispetto al contratto le cui intrinseche caratteristiche consentano l'utile di un soggetto solo passando attraverso il sacrificio dell'altro" (26).

Si distingue pertanto il conflitto di interessi, che deve essere riferito all'atto posto in essere, dalla mera convergenza di interessi del rapporto a monte.

Come precisato dalla Suprema Corte "il conflitto di interessi che, se conosciuto o conoscibile dal terzo rende annullabile il contratto concluso dal rappresentante su domanda del rappresentato, ricorre quando il rappresentante, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, persegue interessi suoi propri o altrui, incompatibili con quelli del rappresentato di guisa che all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante, per se medesimo o per il terzo, segua o possa seguire un danno per il rappresentato; non costituiscono, pertanto, cause di annullamento del contratto per conflitto di interessi né la mera convergenza di interessi tra rap-

(26) Così Cass. 29 settembre 2005, n. 19045, in *Foro it. Rep.*, 2005, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 8. In senso analogo, Cass. 26 settembre 2005, n. 18792, *ivi*, voce cit.; Cass. 5 maggio 2003, n. 6755, *ivi*, 2003, voce cit.

presentante e rappresentato, in nome del quale il primo agisca nell'ambito dei poteri conferitigli, né l'uso malaccorto o non proficuo che il rappresentante faccia di tali poteri, concludendo negozi di nulla o scarsa utilità per il rappresentato" (27).

Il conflitto di interessi viene pertanto individuato sulla base di indici concreti ovvero avuto riguardo alle utilità conseguite dai vari agenti all'interno del rapporto che viene a costituirsi.

La domanda che la dottrina si è posta in merito alla rilevanza del conflitto di interessi nel rapporto gestorio in ambito di intermediazione finanziaria è se ed in che termini detti orientamenti giurisprudenziali possano trovare impiego anche rispetto al rapporto tra investitore ed intermediario (28).

Si è così, in particolare, osservato come nei rapporti legati a servizi di investimento il legislatore sia intervenuto a regolare la materia secondo due linee fondamentali: da un lato ha preso atto di come il conflitto, inteso come convergenza degli interessi delle parti del rapporto, possa risultare in taluni casi ineliminabile, da un altro ha provveduto, proprio per tali casi, ad individuare specifici obblighi di informazione (29).

In base all'art. 21, comma 1, lettera c), del TUIF (d.lgs. 58/1998), nella prestazione dei servizi di investimento e accessori, i soggetti abilitati devono: "c) organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento". A detto articolo corrisponde la disciplina di dettaglio dell'art. 27 del regolamento Consob ove si prevede l'obbligo di informare il cliente di situazioni di conflitto di interessi e di astenersi dal compimento dell'operazione in mancanza di autorizzazione.

Dalla lettura combinata della norma primaria (art. 21 TUIF) e di quella secondaria (art. 27 reg. Consob) muovono gli interrogativi della dottrina

(27) In tal senso Cass. 3 luglio 2000, n. 8879, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 8. In senso analogo Cass. 7 dicembre 1999, n. 13708, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Rappresentanza nei contratti*, n. 11; Cass. 21 agosto 1996, n. 7698, in *Foro it.*, 1996, I, 3355.

(28) In particolare GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 890 ss.; MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 588 ss.

(29) Sul punto si rinvia a quanto osservato da MAFFEIS, *op. loc. cit.* e all'intervento di NURZO, *Il conflitto di interessi nei contratti di investimento e gestione patrimoniale*, al convegno *Il conflitto di interessi nei rapporti di gestione e di rappresentanza* (Pavia 13-14 ottobre 2006), di prossima pubblicazione.



circa la rilevanza del rispetto di detti obblighi formali al fine di escludere il conflitto (30).

Ci si chiede, insomma, se l'acquisizione della autorizzazione documentata sia sufficiente ad escludere l'impugnabilità degli atti oppure se sia necessario altresì dimostrare che gli atti compiuti rispondono davvero all'interesse del cliente (31).

Il problema viene risolto in dottrina in base al criterio della gerarchia delle fonti: il regolamento rappresenta una normativa secondaria e come tale non può derogare a norme imperative. Ne segue che l'interpretazione formalista dell'art. 27, tale per cui l'adempimento agli obblighi formali esclude sempre l'esistenza del conflitto, non può essere accolta perché porterebbe ad un contrasto tra la norma secondaria contenuta in detto articolo e quella primaria di cui all'art. 21 d.lgs. 58/1998 che dà invece rilevanza al rispetto dei principi sia della trasparenza e sia dell'equo trattamento dei clienti (32).

In giurisprudenza, accanto a sentenze che tendono a privilegiare il momento formale dell'adempimento degli obblighi di condotta piuttosto che quello sostanziale del raggiungimento dello scopo che detti obblighi si proponevano di raggiungere (33), si hanno sentenze in cui si evidenzia la necessità di valutare la corrispondenza in concreto delle operazioni agli interessi dei clienti (34).

Con riferimento all'intermediazione avente ad oggetto la allocazione nel mercato delle polizze vita, si pongono analoghi problemi interpretativi anche se il contesto normativo risulta essere in parte diverso.

Anche in tale ambito trova applicazione l'art. 21 TUIF secondo quanto stabilito all'art. 25 *bis* in base al quale "gli artt. 21 e 23 si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche nonché, in quanto compatibili, da imprese di assicurazione".

L'art. 1 lett. w) *bis* del d.lgs. 58/1998, introdotto dall'art. 3 d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 3, chiarisce che per prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione si intendono le polizze e le operazioni dei rami vita III e V di cui all'art. 2 cod. ass. con esclusione delle forme pensionistiche indi-

(30) MAFFEIS, *op. loc. cit.*

(31) *Ibidem.*

(32) MAFFEIS, *op. loc. cit.*, p. 591.

(33) Cfr. Trib. Firenze 30 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2005, 754 ss., il quale si limita a richiedere che il cliente sia stato "informato per iscritto, attraverso una segnalazione graficamente evidenziata, della natura del conflitto".

(34) Così Trib. Mantova 12 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 755.

viduali. Ci si riferisce quindi: i) alle assicurazioni sulla durata della vita umana e le assicurazioni di nazionalità e di 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 oppure ii) alle operazioni di capitalizzazione.

Inoltre, dobbiamo tener conto che il legislatore ha sancito all'art. 183, comma 1, lett. c), che gli intermediari devono "organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio". Al comma 2 del medesimo articolo si rinvia poi al potere regolamentare dell'ISVAP.

Sul punto occorre aprire una breve parentesi concernente il problema di una possibile duplicazione dei poteri regolamentari di ISVAP e Consob per le attività di intermediazione aventi ad oggetto i prodotti finanziari di cui alla sopraccitata lett. w) *bis* dell'art. 1 TUIF.

Dobbiamo ritenere che in tali ipotesi non trovino applicazione le norme dettate nei regolamenti ISVAP? Una simile soluzione apre a nuovi interrogativi in tutte quelle ipotesi, in cui l'attività di intermediazione ha ad oggetto la combinazione di prodotti che rientrano in rami diversi.

Riteniamo che non sia possibile escludere, in assenza di un chiarimento legislativo sul punto (35), l'efficacia dei regolamenti ISVAP per le suddette attività e che sia auspicabile un coordinamento tra le due *Authorities*. In assenza di tutto ciò, ove la Consob si pronunciasse in materia, con disposizioni contrastanti con il regolamento ISVAP spetterà all'interprete ricucire gli strappi provocati dal legislatore nel tessuto normativo.

Venendo quindi all'art. 48 del reg. ISVAP 5/2006, intitolato "conflitti di interesse", si legge "Nell'offerta e nella gestione dei contratti di assicurazione gli intermediari evitano, secondo quanto disposto dall'art. 183 del decreto, di effettuare operazioni in cui hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo o da rapporti di affari propri o di società del gruppo. Qualora il conflitto non risulti evi-

(35) Una soluzione definitiva al problema potrebbe aversi con la soppressione dell'ISVAP e l'attribuzione delle sue competenze alla Banca d'Italia e alla Consob come previsto nel d.l. del C.d.M. approvato il 2 febbraio 2007 contenente "Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi".

tabile, gli intermediari operano comunque in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti”.

L'articolo disciplina, quindi, specificatamente i termini del conflitto facendo riferimento ad una convergenza diretta o indiretta di interessi derivante anche da rapporti di gruppo, affari propri o di società del gruppo.

Si distingue poi tra conflitto evitabile e conflitto inevitabile ponendo differenti obblighi: nel primo caso l'intermediario dovrà astenersi dal compiere le operazioni in cui viene a determinarsi il conflitto; nel secondo caso dovrà evitare che la convergenza di interessi pregiudichi gli interessi dei contraenti.

All'art. 50 intitolato "informativa su potenziali situazioni di conflitto di interesse" si prevede poi che "nella dichiarazione di cui all'articolo 49, comma 2, lettera a), l'intermediario fornisce al contraente anche le seguenti informazioni:

a) se è detentore di una partecipazione diretta o indiretta superiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto di una impresa di assicurazione, specificandone la denominazione sociale;

b) se un'impresa di assicurazione o l'impresa controllante di una impresa di assicurazione, di cui deve essere indicata la denominazione sociale, è detentricessa di una partecipazione diretta o indiretta superiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto della società di intermediazione per la quale opera;

c) con riguardo al contratto proposto:

– se fornisce consulenze basate su un'analisi imparziale. In tale circostanza l'intermediario è tenuto a fondare le proprie valutazioni su un numero sufficientemente ampio di contratti disponibili sul mercato al fine di consigliare un prodotto idoneo a soddisfare le richieste del contraente;

– se, in virtù di un obbligo contrattuale, sia tenuto a proporre esclusivamente i contratti di una o più imprese di assicurazione, dovendo in tal caso specificare la denominazione di tali imprese;

– se propone contratti in assenza di obblighi contrattuali che gli impongono di proporre esclusivamente i contratti di una o più imprese di assicurazione. In tal caso, su richiesta del contraente, indica la denominazione delle imprese di assicurazione con le quali ha o potrebbe avere rapporti d'affari, fermo restando l'obbligo di avvisare il contraente del diritto di richiedere tali informazioni;

– nel caso di contratti di assicurazione della responsabilità civile auto, la misura delle provvigioni o dei compensi riconosciuti dall'imprezza, o distintamente, dalle imprese in relazione alle polizze offerte”.

All'art. 51 vengono infine individuate le modalità con cui devono essere riferite dette informazioni. In particolare si stabilisce che l'informativa

va debba essere fornita "a) in lingua italiana o in altra lingua concordata dalle parti; b) in modo corretto, esauriente e facilmente comprensibile.”

Anche in ambito assicurativo risulta, pertanto, seguita la distinzione tra conflitto evitabile e conflitto inevitabile, ma a differenza di quanto previsto in ambito di intermediazione finanziaria, è chiaramente evidenziata la necessità di compiere una valutazione sostanziale sulla conformità dell'operazione eseguita agli interessi del contraente in relazione al formale rispetto degli obblighi di informativa.

In caso di conflitto inevitabile, infatti, oltre agli obblighi di informativa resta in capo all'intermediario l'obbligo di individuare e gestire il conflitto di interessi, ex art. 48, comma 3, e l'obbligo di non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti, di cui all'art. 48, comma 1.

Detti obblighi risultano unicamente mitigati da quanto stabilito sempre al comma 3 dell'art. 48 in base al quale le modalità di gestione del conflitto devono essere "appropriate in funzione delle dimensioni e della complessità delle loro attività”.

Una simile formula pare espressiva del principio della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni ex art. 1176.

Sembra, quindi, che si sia inteso escludere che l'obbligo alla gestione del conflitto vincoli l'intermediario alla realizzazione di un risultato di pieno soddisfacimento degli interessi del contraente. Il rischio dell'investimento rimane e con esso il rischio che l'operazione finanziaria non sia corrispondente agli interessi dell'assicurato. Occorre, però, che l'intermediario abbia adottato con diligenza tutti gli strumenti a sua disposizione per evitare che l'operazione presenti delle disutilità per il contraente; disutilità che, come precisato in giurisprudenza (36), devono essere commisurate non meramente al prezzo dell'operazione ma ai concreti interessi del contraente realizzati e realizzabili con la stessa.

### 3.3. Informativa precontrattuale e contenuto del contratto

Altri sono i problemi interpretativi che si pongono con riguardo agli obblighi informativi relativi al contenuto della regola contrattuale che si va sottoscrivendo.

L'art. 49 del reg. ISVAP prevede una serie di obblighi di documentazione e di consegna di documenti che si costituiscono in capo all'intermediario "in occasione del primo contatto con il contraente”.

(36) Trib. Mantova 12 novembre 2004, cit.

In primo luogo l'art. 49, comma 1, sancisce l'obbligo per gli intermediari di consegnare ai contraenti un documento nel quale sono reipilogati gli obblighi di comportamento cui sono tenuti gli stessi intermediari in conformità allo schema di cui all'allegato 7a del regolamento.

Si tratta di una regola di condotta da inserire all'interno di quegli obblighi di informativa aventi ad oggetto il contenuto di norme di legge che devono essere poste in evidenza rispetto alla parte contraente che il legislatore stesso ritiene possa non aver avuto conoscenza delle sue disposizioni, mettendo così in evidenza, ove ve ne fosse ancora bisogno, come il mito della certezza della legge si vada sgretolando e come il principio "ignorantia legis non excusat" finisca per aver perso cittadinanza nel nostro ordinamento e non solo (37).

Ancora prima di far sottoscrivere una proposta o un contratto di assicurazione è richiesto agli intermediari di consegnare ulteriore documentazione secondo le prescrizioni contenute sempre nell'art. 49 del regolamento.

L'ISVAP ha così corretto la previsione contenuta nella circolare 551/D, art. 2, ove si prevedevano obblighi analoghi facendo riferimento, però, solo al momento della "sottoscrizione della proposta" in adesione alla prospettiva che individua il proponente del contratto di assicurazione necessariamente nella persona della controparte dell'impresa di assicurazioni. Il testo del regolamento ISVAP, innovando sul punto, sembra avvalorare la tesi di chi ha nel tempo criticato quest'ultimo assunto (38).

Venendo al contenuto di detta informativa, l'art. 49 prevede che gli intermediari debbano consegnare al contraente un documento conforme allo schema di cui all'allegato 7b ove siano indicati una serie di dati relativi all'intermediario.

(37) Si tratta, peraltro, di un tema non nuovo. Cfr. CARNELUTTI, *La crisi della legge, in Discorsi intorno al diritto*, vol. I, Padova, 1937, p. 167 ss.; LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, *passim*; BOBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1951, pp. 146-152; GRANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. II, Torino, 1988, p. 274 ss. Con riferimento all'analogo problema dell'informativa sullo *ius poenitendi* abbiamo a suo tempo osservato come per tal via si viene ad introdurre un concetto di "scusabilità dell'ignorantia legis legata alla posizione delle parti contraenti": così LANDINI, *Ius poenitendi nell'assicurazione sulla vita (Artt. 111 e 112 d.lgs. 174/1995)*, in questa Rivista, 2000, 405.

(38) ROSSETTI, *op. cit.*, p. 215; LANDINI, *op. cit.*, p. 390 ss. Da tale contrasto tra il regolamento e la circolare sembra emergere nuovamente un'altra ragione per ritenere il testo della circolare superato. V. *supra* pp. 7-8.

Ancora dovrà essere consegnata tutta la documentazione "precontrattuale e contrattuale" prevista nella vigenti disposizioni.

Quanto alla documentazione precontrattuale, il riferimento è alla nota informativa che ex art. 185, comma 2, deve contenere "le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell'impresa di assicurazione, affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell'impresa".

Il comma 3 dell'art. 185 rinvia poi al potere regolamentare dell'ISVAP ai fini della disciplina del contenuto della nota.

Sul punto la disciplina contenuta nel codice delle assicurazioni sembra introdurre obblighi a carico dell'ISVAP e, quindi, una responsabilizzazione dell'*Authority*.

In primo luogo, proprio il comma 3 dell'art. 185 cod. ass. prevede peculiari limiti all'attività regolamentare dell'Istituto. Si dice, infatti, che l'ISVAP è tenuta a disciplinare il contenuto e lo schema della nota "in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all'impresa, le informazioni sul contratto con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall'impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e alle limitazioni della garanzia e alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro alla legge applicabile e ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all'organismo o all'autorità eventualmente competente".

Ancora l'ISVAP è tenuto, ex art. 186, a verificare preventivamente la corrispondenza della nota informativa agli obblighi di legge ove l'impresa di assicurazione gliene faccia richiesta trasmettendogli appunto la nota unitamente alle condizioni generali di contratto.

Quanto alle conseguenze di una simile responsabilizzazione dell'*Authority* si rinvia al paragrafo destinato alla relativa trattazione (39).

La documentazione contrattuale di cui all'art. 49, comma 2, lett. b), coincide, ex art. 185 cod. ass., con le condizioni generali di contratto.

All'art. 53 si prevede poi che gli intermediari sono tenuti a consegnare al contraente, oltre la suddetta documentazione di cui all'art. 49, commi 1 e 2, anche "copia del contratto e di ogni altro atto o documento da esso sottoscritto".

La norma ha evidente funzione di chiusura ed è volta ad evitare che, in virtù di interpretazioni letterali, siano ritenuti esclusi dall'obbligo di co-

municazione documenti che non siano definibili *stricto sensu* contrattuali in quanto non integrativi o modificativi del contenuto del contratto.

Si pensi, ad esempio, ad eventuali questionari proposti all'assicurato, e sottoscritti da questo, volti a rilevare lo stato del rischio.

La formula adottata finisce però con l'essere ridondante. Si pensi all'endiadi "atto o documento". È vero che i due termini si prestano ad indicare oggetti distinti: l'atto, inteso come atto giuridico, può non essere verosimile in un documento. È anche vero però che il termine atto, inteso in tal senso, finisce per privare di significato l'espressione "gli intermediari rilasciano al contraente (...) ogni altro atto".

L'art. 49, comma 3, del regolamento prevede poi un ulteriore obbligo di documentazione stabilendo che la consegna dei suddetti documenti deve risultare da "un'apposita dichiarazione, redatta con caratteri idonei per dimensioni e struttura grafica, da far sottoscrivere al contraente". Anche detta documentazione dovrà essere consegnata al contraente ex art. 53 del regolamento in quanto si tratta di un documento da lui sottoscritto.

Ancora ex art. 52, comma 5, deve essere documentata la consulenza fornita ai contraenti in ordine all'eventuale inadeguatezza di proposte assicurative e previdenziali (40); nonché ex art. 52, comma 4, deve essere documentato l'eventuale rifiuto del contraente di fornire una o più informazioni richieste dall'intermediario, rifiuto che deve essere preceduto dall'avvertenza che lo stesso potrà pregiudicare la capacità di individuare il contratto più adeguato alle sue esigenze.

Anche tali documenti devono essere firmati dal contraente e quindi rientrano nel novero dei documenti da consegnare a questi ex art. 53 del regolamento.

Si viene così a combinare diversamente sul piano funzionale il binomio documentazione-trasparenza.

In alcuni casi (si pensi all'art. 49, commi 1 e 2, del regolamento) la documentazione diventa mezzo espressivo minimo richiesto ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di informazione per cui, in caso di comunicazioni in forma orale, si avrà violazione degli obblighi di informativa.

In altri casi la documentazione ha ad oggetto l'avvenuto adempimento di determinate regole di condotta. Si pensi all'obbligo, ex art. 49, comma 3, di documentare l'avvenuta consegna della documentazione di cui al commi 1 e 2 dell'art. 49. In questo caso è dato ritenere che un simile obbligo assuma rilevanza sul piano probatorio, nel senso che in tal modo il legisla-

(40) Sul punto v. *ampius infra* p. 22.

tore avrebbe imposto di documentare il fatto, che ormai è avvenuto ed ha spiegato i propri effetti, al fine di limitare i mezzi di prova al riguardo. Solo mostrando la scrittura attestante l'avvenuta consegna dei documenti di cui all'art. 49, commi 1 e 2, si potrà ritenere provato il fatto della consegna.

Alcune considerazioni particolari richiede l'obbligo di documentare il rifiuto del contraente, ex art. 52, comma 4, "a fornire una o più informazioni richieste" dagli intermediari al fine di valutare l'adeguatezza dell'operazione rispetto agli interessi del contraente stesso.

Quest'ultima osservazione apre il discorso sul più complesso obbligo di consulenza dell'intermediario o forse potremmo dire obbligo di "consiglio" mutuando l'espressione dal francese "*obligation de conseil*" (40 bis) di cui all'art. L. 112.4 *code des assurances*.

### 3.4. Informativa precontrattuale e obbligo di "consiglio"

In base all'art. 183, comma 1, lett. b), gli intermediari devono "acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali". Analoga formula è contenuta nel regolamento Isvap all'art. 47, comma 1, lett. c), che in tal caso rappresenta un copiato della fonte primaria e non costituisce alcuna necessaria integrazione della regola generale ivi contenuta.

Una specificazione di detto obbligo si ha nell'art. 52 ove al comma 1 si prevede che "Le imprese impartiscono istruzioni agli intermediari di cui si avvalgono affinché, in fase precontrattuale, acquisiscano dal contraente ogni informazione utile a valutare l'adeguatezza del contratto offerto in relazione alle esigenze assicurative e previdenziali di quest'ultimo, nonché, ove appropriato in relazione alla tipologia del contratto, alla propensione al rischio del contraente medesimo".

Questa prima parte della norma contenuta nell'art. 52 rappresenta, nella sostanza, un mero rinvio responsabilizzante al potere dell'impresa assicuratrice di impartire direttive agli agenti in relazione alle modalità di allocazione delle proprie polizze sul mercato.

Regole più dettagliate si hanno nei commi seguenti.

Al comma 2 dell'art. 52 del regolamento si prevede, infatti, che "in ogni caso, gli intermediari sono tenuti a proporre o consigliare contratti adeguati in relazione alle esigenze di copertura assicurativa e previdenziale del contraente. A tal fine, prima di far sottoscrivere una proposta o, qualora non prevista, un contratto di assicurazione, acquisiscono dal contraente ogni informazione che ritengono utile in funzione delle caratteristiche e della complessità del contratto offerto, conservandone traccia documentale".

(40 bis) Cfr. da ultimo Cass. 5 maggio 2004, in [www.lexintern.net](http://www.lexintern.net)

Con l'espressione "in ogni caso", sembra che il legislatore abbia voluto porre in evidenza come l'obbligo di acquisire informazioni ai fini della valutazione degli interessi del contraente derivi in capo agli intermediari direttamente dalla legge e non dalle direttive impartite dall'impresa assicuratrice. Ne segue che in caso di insufficienza o di mancanza di direttive in proposito, l'intermediario non può ritenersi liberato dall'obbligo di acquisire dette informazioni.

Risulta invece di difficile decifrazione, sul piano della terminologia giuridica, l'espressione "conservandone traccia documentale". Sembra che in tal modo l'*Authority* abbia previsto un ulteriore obbligo di documentazione avente ad oggetto lo svolgimento di un'attività di consulenza, un obbligo che, come in altre ipotesi già considerate, trova la sua funzione in una delimitazione dei mezzi di prova disponibili ai fini della prova della documentazione medesima.

Ne segue che, nel caso in cui l'intermediario non "lasci traccia" (per usare l'espressione impiegata dall'*ISVAP*) dell'adempimento degli obblighi di cui all'art. 52 del regolamento, egli non potrà dar prova per altra via di aver assolto agli obblighi di legge.

Quanto alla specificazione del contenuto delle informazioni da acquisire il comma 3 dell'art. 52 prevede che: "con riferimento ai contratti di assicurazione sulla vita, gli intermediari chiedono in particolare notizie sulle caratteristiche personali del contraente, con specifico riferimento all'età, all'attività lavorativa, al nucleo familiare, alla situazione finanziaria ed assicurativa, alla sua propensione al rischio e alle sue aspettative in relazione alla sottoscrizione del contratto, in termini di copertura, durata ed eventuali rischi finanziari connessi al contratto da concludere".

Sebbene dettagliata la norma non contiene una distinzione essenziale che emerge, invece, dal testo dell'art. 183 cod. ass. il quale fa riferimento alla necessità, per gli intermediari, di acquisire informazioni necessarie al fine di "valutare le esigenze assicurative e previdenziali".

Si tratta di una partizione fondamentale tenuto conto delle differenze tra le due ipotesi che portano poi a distinte valutazioni in punto di esigenze del contraente: in caso di polizze vita si dovrà tener conto della propensione al rischio di investimento del contraente; in caso di strumenti assicurativi della previdenza complementare, invece, si dovranno tenere presenti gli interessi del contraente rispetto alle sue esigenze previdenziali.

Quanto all'individuazione di criteri attraverso cui considerare dette esigenze previdenziali, ci pare che l'art. 38 Cost. rappresenti una prospettiva fondamentale avuto particolare riguardo al dettato di cui al comma 2 ove si statuisce che "i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati

mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria".

In virtù di ciò, da più parti, si è evidenziato che anche gli strumenti previdenziali privatistici sono caratterizzati per un'idea di funzionalizzazione dell'autonomia privata all'interesse pubblico (41).

Ci pare allora che in tale prospettiva debbano essere riletti gli obblighi di assunzione di informazioni dall'assicurato di consulenza di cui all'art. 52, comma 3, tenendo distinte le valutazioni che l'intermediario deve compiere rispetto alla stipula di polizze vita da quelle da compiersi in caso di proposta di prodotti assicurativi della previdenza complementare.

Inoltre, ex art. 52, ult. comma, gli intermediari debbono informare i contraenti della eventuale inadeguatezza di proposte assicurative e previdenziali nonché dei motivi che sostengono un simile giudizio. Si dice poi che di detta informativa "è data evidenza in un'apposita dichiarazione, sottoscritta dal contraente e dall'intermediario". Si introduce così un ulteriore obbligo di documentazione ordinato a "dare evidenza" e quindi a costituire il mezzo di prova necessario del compimento della consulenza stessa.

Per comprendere come si pone detto obbligo di documentazione all'interno del procedimento contrattuale occorre considerare il relazionarsi tra obbligo di documentazione, obbligo di assumere informazioni, diritto di riservatezza del cliente.

L'obbligo di consulenza è funzionalmente correlato a quello di acquisire dal contraente "ogni informazione utile" al fine di valutare la corrispondenza dell'operazione ai suoi concreti interessi.

Quest'ultimo obbligo si scontra però con il diritto di riservatezza del contraente che potrebbe legittimamente rifiutarsi di fornire le informazioni richieste all'intermediario mettendo questi nella condizione di non poter adempiere agli obblighi che la legge gli impone.

Già prima del regolamento ISVAP n. 5 del 2006 le assicurazioni avevano trovato una soluzione attraverso la prassi di inserire nelle proposte di polizza la seguente dichiarazione da far firmare al contraente in caso di rifiuto di questi a fornire le informazioni richieste: "Dichiaro di non

(41) Cfr. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, p. 21 ss.; GRANDI, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *DL*, 1990, I, p. 95 ss. Sull'importanza del potenziamento del ruolo della consulenza in materia di previdenza complementare si veda FRANCARIO, *La ridefinizione della governance nei fondi pensione con pluralità di forme previdenziali*, in *La previdenza complementare in Italia*, a cura di Messori, Bologna, 2006, p. 333 ss.

voler rispondere alle domande riportate nel questionario per la valutazione dell'adeguatezza del contratto o ad alcune di esse, nella consapevolezza che ciò ostacola la valutazione dell'adeguatezza del contratto alle mie esigenze assicurative".

Detta prassi sembra essere stata recepita nell'art. 52, comma 4, del suddetto regolamento ove appunto si prevede che: "il rifiuto di fornire una o più delle informazioni richieste deve risultare da apposita dichiarazione, da allegare alla proposta, sottoscritta dal contraente, nella quale è inserita specifica avvertenza riguardo la circostanza che il rifiuto del contraente di fornire una o più delle informazioni pregiudica la capacità di individuare il contratto adeguato alle sue esigenze."

Si potrebbe ritenere che questa norma introduca un'ipotesi di forma di protezione (42). La documentazione del rifiuto sarebbe allora richiesta ai fini di una maggiore ponderazione del cliente nell'esprimere il proprio rifiuto a fornire informazioni e la mancata ottemperanza del requisito formale determinerebbe nullità dell'atto; una nullità, però, relativa e non assoluta, in quanto asservita agli interessi del contraente debole.

Si potrebbe anche ritenere, senza scomodare la ancora oggi discussa categoria delle nullità di protezione (43), che il rifiuto è validamente espresso anche in forma orale e che la sua documentazione è richiesta ai soli fini della prova dello stesso da parte dell'intermediario su cui penda l'accusa di aver violato l'obbligo di assumere informazioni e il correlato obbligo di consulenza.

Dal rifiuto documentato del contraente non sembra, inoltre, derivare automaticamente l'esclusione della responsabilità dell'intermediario per difetto di consulenza.

Il testo del regolamento, nella sua genericità, consente, infatti, valutazioni, da parte dell'organo giudicante eventualmente investito da una controversia in merito, tra entità del rifiuto e responsabilità dell'intermediario.

Il contraente potrebbe, infatti, limitarsi a non fornire solo alcuni dati. In tal caso ci pare che la lettera del regolamento permetta valutazioni circa l'incidenza delle informazioni mancanti all'intermediario sulla possibilità, in concreto, di compiere valutazioni sull'adeguatezza dell'operazione.

(42) V. *infra* nota 69.

(43) Se è vero che la categoria delle nullità di protezione ha trovato ormai consacrazione nel codice del consumo come nullità speciale (art. 36), permangono in dottrina perplessità sul punto. Cfr. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 168.

### 3.5. Obblighi di prospetto informativo nella intermediazione finanziaria e prodotti assicurativi

L'art. 11, comma 2, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 ha abolito la disposizione del TUIF [art. 100 lett. f)] che esentava dagli obblighi informativi e dall'obbligo di redazione del prospetto l'emissione di prodotti assicurativi con il termine di decorrenza di cui all'art. 34 *quater* l. 8/2006 ove si indica come data il 17 maggio 2006 ovvero l'emanazione delle relative disposizioni di attuazione da parte della Consob e dell'ISVAP. Pertanto, anche per i prodotti assicurativi, rientranti nell'ambito di applicazione del TUIF, si ha l'obbligo di pubblicazione del prospetto informativo (44).

Sempre nell'art. 11, comma 2, della legge sul risparmio sono state introdotte modifiche [e, precisiamo sin da ora (45), non ultime modifiche] all'art. 30, comma 9, del TUIF sostituendo la dizione "il presente comma si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari e dai prodotti indicati nell'art. 100, comma 1, lett. f)" con l'espressione "il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari e dai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, fermo restando l'obbligo di consegna del prospetto informativo". In tal modo si introducono anche per i prodotti finanziari emessi dalle imprese di as-

(44) Il prospetto è definito dalla dottrina come "la determinazione con atto amministrativo del contenuto dell'obbligo di informazione che discende, per il contraente sollecitante il pubblico risparmio, dal generale dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede": così MARUSI, *Sulla natura del prospetto informativo Consob e sulle sue possibili conseguenze penalistiche*, in *Consob, Istituzione e la legge penale*, a cura di Flick, Milano, 1987, p. 169 ss. Quanto all'atto di pubblicazioni si distinguono due orientamenti. Parte della dottrina individua nella pubblicazione del prospetto una forma imposta all'offerta al pubblico di valori mobiliari. In tal senso v. in particolare LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996. In tale logica la pubblicazione sarebbe un momento della formazione di una volontà consapevole a contrarre. Osserva, invece, BUCCELLATO, *Sollecitazione all'investimento e mercato del controllo*, Milano, 2004, p. 129 come "tali prospettive non danno adeguato risalto alla circostanza che la prescritta pubblicazione non è funzionale soltanto ad una informata conclusione del contratto ma, essenzialmente, allo stesso avvio e svolgimento della sollecitazione" e del resto tale forma è prescritta non solo per il prospetto ma anche per l'invito ad offrire e per i messaggi promozionali."

(45) V. *infra* p. 28.

sicurazione le regole di trasparenza e gli obblighi di informazione in tema di offerta fuori sede (46).

Due i profili problematici di tali modifiche.

In primo luogo pareva discutibile l'introduzione, in via generale, dell'obbligo di prospetto per l'emissione di prodotti assicurativi senza alcuna distinzione tra prodotti assicurativi che mancano di rischio demografico (si pensi ai contratti di capitalizzazione), polizze finanziarie, ovvero polizze in cui al rischio demografico si aggiunge un rischio di investimento (si pensi alle polizze *unit linked* o polizze *index linked*), e polizze vita pure (ovvero i contratti di assicurazione vita per il caso di morte o per il caso di sopravvivenza).

In secondo luogo si viene a determinare una duplicazione di regole di comportamento secondarie e di controlli essendo previsto un rinvio a re-

(46) In particolare l'art. 30 testualmente prevede:

1. Per offerta fuori sede si intendono la promozione e il collocamento presso il pubblico: a) di strumenti finanziari in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto incaricato della promozione o del collocamento; b) di servizi di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio.

2. Non costituisce offerta fuori sede quella effettuata nei confronti di investitori professionali, come definiti con regolamento della Consob, sentita la Banca d'Italia.

3. L'offerta fuori sede di strumenti finanziari può essere effettuata: a) dai soggetti autorizzati allo svolgimento del servizio previsto dall'articolo 1, comma 5, lettera c); b) dalle SGR, dalle società di gestione armonizzate e dalle SICAV, limitatamente alle quote e alle azioni di OICR.

4. Le imprese di investimento, le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U. bancario, le SGR e le società di gestione armonizzate possono effettuare l'offerta fuori sede dei propri servizi di investimento. Ove l'offerta abbia per oggetto servizi prestati da altri intermediari, le imprese di investimento e le banche devono essere autorizzate allo svolgimento del servizio previsto dall'art. 1, comma 5, lettera c).

5. Le imprese di investimento possono procedere all'offerta fuori sede di prodotti diversi dagli strumenti finanziari e dai servizi di investimento, le cui caratteristiche sono stabilite con regolamento dalla Consob, sentita la Banca d'Italia.

6. L'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede ovvero collocati a distanza ai sensi dell'art. 32 è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore. La medesima disciplina si applica alle proposte contrattuali effettuate fuori sede ovvero a distanza ai sensi dell'art. 32.

golamenti predisposti da Isvap e Consob nonché al potere di controllo dei due enti (47).

A tali problemi si è cercato più recentemente di trovare in parte una soluzione con il d.lgs. del 29 dicembre 2006, n. 303 attuativo della delega contenuta nell'art. 46 della legge sul risparmio.

All'art. 3, comma 1, lett. c), del suddetto decreto, come già ricordato, si prevede infatti che all'art. 1, comma 1, del TUIF dopo la lettera w) sia aggiunta la lettera x) ove si precisa che per "prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione" si intendono "le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 7 dicembre 2005, n. 209, con esclusione delle forme pensionistiche individuali di cui all'art. 13, comma 1, lettera b), del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252".

Ne segue che, come già evidenziato, gli obblighi previsti in tema di intermediazione di prodotti finanziari nel TUIF si estendono non in generale a tutti i prodotti assicurativi ma solo alle polizze vita le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni, oppure a indici o ad altri valori di riferimento, ovvero le polizze *unit linked* e *index linked* (ramo vita III), ancora si estendono alle operazioni di capitalizzazione (ramo vita V).

Sempre all'art. 3, comma 5, del d.lgs. 29 dicembre 2006 si prevede una nuova modifica del già ricordato comma 9 dell'art. 30 del TUIF per cui attualmente il testo del medesimo risulta essere (in via definitiva?) il seguente "il presente articolo si applica anche ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari e, limitatamente ai soggetti abilitati, ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione".

Quindi, gli obblighi previsti per l'offerta fuori sede dall'art. 30 si applicano solo alle imprese di assicurazione che siano soggetti abilitati. In tal modo si contempera l'esigenza di estendere la disciplina dell'offerta fuori sede anche alle polizze e ai prodotti assicurativi finanziari con quello di conservare le tradizionali reti di distribuzione assicurative.

È vero però che in tal modo si introduce una irragionevole differenziazione sul piano disciplinare a seconda che l'offerente sia un soggetto abili-

7. L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere solo dal cliente.

8. Il comma 6 non si applica alle offerte pubbliche di vendita o di sottoscrizione di azioni con diritto di voto o di altri strumenti finanziari che permettano di acquisire o sottoscrivere tali azioni, purché le azioni o gli strumenti finanziari siano negoziati in mercati regolamentati italiani o di Paesi dell'Unione Europea.  
(47) V. però *supra* nota 35.

tato ai sensi del TUIF ovvero una compagnia di assicurazione o un altro intermediario assicurativo (48).

Resta, inoltre, ancora la duplicazione delle regole e dei controlli (Consob e Isvap), in particolare, resta la questione del controllo preventivo sui prospetti da parte della Consob previsto nel TUIF (49). La materia che, in base al rinvio contenuto nella stessa legge sul risparmio, dovrà essere disciplinata più puntualmente in via regolamentare da Isvap e Consob, presenta non pochi problemi anche in considerazione della distanza dell'attuale sistema di collocamento delle polizze rispetto al meccanismo dell'approvazione preventiva dei prospetti da parte della Consob.

Attualmente, infatti, le imprese di assicurazione, allorché si trovano ad immettere nel mercato un nuovo prodotto, sono tenute a consegnare alla clientela un fascicolo che deve essere redatto secondo gli schemi indicati dall'Isvap il quale provvederà solo a sanzionare *ex post* gli intermediari che abbiano tenuto condotte non conformi alle sue disposizioni.

Sembra, comunque, dai primi orientamenti formulati negli uffici della commissione di controllo, che la Consob tenderà ad uniformarsi al pregresso sistema con un approccio flessibile (50).

Peraltro, il controllo preventivo sui prospetti risulta contrastante con la direttiva prospetti 2003/71/CE il cui ambito di applicazione è limitato agli strumenti finanziari definiti, all'art. 2, comma 1, lett. a), con un rinvio all'art. 1, punto 4, della direttiva 93/22/CEE, punto 4), concernente i "valori mobiliari".

#### 4. OBBLIGHI DELL'ASSICURATORE

Le regole di condotta poste dal legislatore a presidio della trasparenza e dell'informazione precontrattuale nelle polizze vita vedono come principali soggetti passivi degli obblighi ivi disposti gli intermediari in quanto parti del rapporto che rappresenta, nella maggior parte dei casi, l'antichera della stipulazione del contratto di assicurazione.

(48) Si veda l'articolo di FRUMENTO, *Polizze, doppia vigilanza della Consob e dell'Isvap*, in *PLUS 24 - Il Sole 24 ORE*, sabato 18 novembre 2006, p. 28.

(49) V. *supra* nota 35.

(50) SABBATINI, *Polizze finanziarie, Consob flessibile*, in *Il Sole 24 ORE*, mercoledì 13 dicembre 2006, n. 336.

Non si può, comunque, limitare la trattazione del tema in esame al solo aspetto del rapporto intermediari-clienti.

È dato rinvenire profili di responsabilità anche rispetto alle imprese di assicurazione sia in quanto soggetti passivi di specifiche regole di condotta, sia in quanto soggetti imputati di una responsabilità per fatto degli intermediari.

#### 4.1. Obblighi di trasparenza e responsabilità dell'assicuratore per fatto proprio

L'art. 183 cod. ass., da noi esaminato con specifico riguardo alle regole di comportamento rivolte agli intermediari, dispone una serie di obblighi rivolti anche alle imprese assicuratrici.

Alcune specificazioni circa detti obblighi sono contenute in circolari Isvap.

Nella circolare Isvap 4 giugno 2004, n. 533/D (in materia di distribuzione di polizze di assicurazione, incasso dei premi e pubblicità dei pro-dotti assicurativi) all'art. 6 si richiamano i principi generali contenuti nel d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67 ovvero la pubblicizzazione deve risultare "ben distinguibile e chiaramente riconoscibile". Si precisa poi, al comma 2 di detto articolo, che il messaggio pubblicitario non deve ingenerare confusione circa le caratteristiche delle polizze attraverso la pubblicizzazione di contenuti delle stesse diversi da quelli descritti nei documenti consegnati al cliente.

All'art. 7 di detta circolare si prevedono poi una serie di obblighi circa l'attività promozionale delle polizze vita.

Si dice, infatti, che "i messaggi pubblicitari riportano, con caratteri che consentano un'agevole lettura la dizione 'prima della sottoscrizione leggere la nota informativa e le condizioni di polizza'. Tale indicazione viene riprodotta in video e/o in audio, in caso di utilizzazione di mezzi televisivi o radiofonici". Con ciò si impone un ulteriore obbligo a carico dell'impresa di assicurazioni rispetto all'obbligo di comunicazione della nota informativa ovvero l'obbligo di attirare l'attenzione del contraente sulla stessa.

Al comma 2 della norma in esame si pongono poi obblighi riguardanti addirittura la terminologia utilizzata. Si dice, infatti, che "le imprese utilizzano espressioni quali 'garanzia', 'garantito' o termini simili che comunque inducono a ritenere sussistente il diritto dell'assicurato ad una prestazione certa, con riferimento al capitale assicurato o ai rendimenti, solo se presentano direttamente le specifiche garanzie".

Ancora specifiche indicazioni sono fornite nei commi 3 e 4 con riguardo a quei messaggi pubblicitari che possono trarre in inganno i clienti rispetto ai rendimenti futuri o sulla conservazione del capitale. Si prevede,



infatti, al comma 3 che "con riferimento alle polizze vita le cui prestazioni siano direttamente collegate al valore di un fondo, di un indice o di un altro valore di riferimento, il messaggio pubblicitario non deve contenere informazioni sulla conservazione del capitale e sui rendimenti futuri, a meno che non siano garantiti dalle imprese di assicurazione".

Al comma 4 con specifico riguardo alle polizze vita *unit linked*, si impongono alle imprese di inserire nel messaggio relativo alle indicazioni sui rendimenti passati "l'avvertenza che non esiste nessuna certezza di conseguire tali rendimenti anche nel futuro".

Detta circolare, sebbene anteriore al codice delle assicurazioni e al codice del consumo, non risulta superata in quanto le disposizioni in essa contenute sono coincidenti con quelle dei suddetti codici ne rappresentano specificazioni. Inoltre, dall'art. 76 del regolamento ISVAP 5/2006 risultano abrogati solo gli artt. 1, 2 (ad eccezione del punto 3) e 5 di questa circolare.

Proseguendo nella disamina degli obblighi di condotta nella fase precontrattuale incumbenti in via diretta sulle imprese di assicurazione, all'art. 185 cod. ass. si impone alle imprese di assicurazione di consegnare al contraente, prima della conclusione del contratto, oltre alle condizioni generali di contratto, una nota informativa redatta secondo le indicazioni contenute nello stesso codice delle assicurazioni.

Gli obblighi di consegna, in realtà, finiscono fisiologicamente per trasferirsi sull'intermediario con cui il contraente entra, di norma, in via diretta in contatto.

Questo non esclude che in talune ipotesi sia l'impresa, oltre che l'intermediario, ad avere un rapporto diretto sin dalla fase precontrattuale con il contraente. Si pensi alla vendita di prodotti assicurativi *on line*.

Al riguardo occorre ricordare innanzitutto la circolare del 17 gennaio 2000, n. 393/D, in tema di "collocamento di prodotti assicurativi tramite *Internet*", nella quale sono contenute specifiche disposizioni sull'assolvimento dell'obbligo di consegna della documentazione precontrattuale.

Al punto 4.3 di detta circolare si prevede che la nota informativa debba essere inviata al contraente prima della conclusione del contratto attraverso l'impiego di tecniche che ne consentano l'acquisizione su carta o su altro supporto duraturo disponibile ed accessibile al contraente. Si precisa poi che detto obbligo non si ritiene assolto ove vi sia la semplice possibilità per il contraente di stampare la nota e si indica, quale unica alternativa all'invio di cui sopra, solo la predisposizione di un sistema idoneo ad impedire la prosecuzione delle trattative precontrattuali nel caso in cui il con-

traente non abbia proceduto ad esportare su un supporto durevole (*floppy disk*, CD, disco rigido ecc.) la nota informativa.

Anche la presente circolare risulta attuale in quanto non superata dalla normativa sopravvenuta in materia ad eccezione del paragrafo 5 che è stato abrogato dall'art. 76 reg. ISVAP 5/2006. In particolare, la norma della circolare da ultimo considerata rappresenta una specificazione delle modalità attuative dell'obbligo di consegna della nota e delle condizioni di contratto *ex art.* 185 cod. ass. nel caso in cui il rapporto precontrattuale si venga a determinare attraverso una comunicazione *on line* che non ammette atti materiali quali, appunto, la consegna di documenti.

Ancora la stessa disposizione rappresenta una specificazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 10 d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 "Attuazione della direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori", ove si prevede che "il fornitore comunica al consumatore tutte le condizioni contrattuali nonché le informazioni di cui agli artt. 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta". Dette informazioni sono riassunte nell'art. 3 in quelle su: a) il fornitore; b) il servizio finanziario; c) il contratto al contratto a distanza (diritto di recesso, durata); d) modalità di ricorso (esistenza di procedure stragiudiziali ecc.).

Sempre riguardo alla comunicazione di informazioni sul sito *Internet* dell'impresa di assicurazioni, rappresenta una normativa di riferimento l'art. 3 della già ricordata circ. ISVAP 4 giugno 2004, n. 533/D.

Qui si prevede che le imprese pubblichino, anche sul proprio sito *Internet*, le condizioni generali, la nota informativa, la valorizzazione delle quote del fondo (in caso di polizze *unit linked*), e gli attivi (in caso di polizze *index linked*), nonché l'articolazione della rete distributiva.

Si precisa inoltre che "il sito *Internet*, a regime, è aggiornato tempestivamente e fornisce immediata evidenza dei cambiamenti nel frattempo intervenuti".

Anche queste norme possono dirsi attuali in quanto pienamente conformi alle norme primarie vigenti in materia e non abrogate dall'art. 76 del regolamento 5/2006.

#### 4.2. Obblighi di trasparenza e responsabilità dell'assicuratore per fatto altrui

Nel caso in cui gli intermediari siano legati da un rapporto con l'impresa assicuratrice si potrà individuare una responsabilità dell'assicuratore

anche per fatto altrui, sia in base ai principi generali della responsabilità dei "commitenti", sia in base a specifiche disposizioni contenute nel codice delle assicurazioni e in norme secondarie.

In ambito di responsabilità contrattuale (ex art. 1228 c.c.) e in ambito di responsabilità extracontrattuale (ex art. 2049) si sancisce il principio per cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale di detta normativa, colui il quale, in virtù di un rapporto, si trovi ad esercitare poteri di controllo e di vigilanza su un altro soggetto, risponde delle azioni di quest'ultimo purché compiute nei limiti dettati all'interno del rapporto medesimo (51).

Così, con particolare riguardo all'attività del promotore finanziario, la Suprema Corte ha individuato una responsabilità della società di intermediazione finanziaria anche in ipotesi di agente privo di potere di rappresentanza (52).

È comunque sempre necessario che il comportamento dell'agente sia funzionale e strumentale rispetto all'incarico ricevuto (53).

Nel caso dei rapporti tra intermediario assicurativo e impresa assicuratrice esistono poi specifiche norme contenute nel codice delle assicurazioni e nella normativa secondaria idonee a responsabilizzare l'impresa.

Si pensi, in primo luogo, all'art. 119 cod. ass. ove espressamente si prevede che "L'impresa di assicurazione per conto della quale agiscono i produttori diretti risponde in solido dei danni arrecati dall'operato dei medesimi, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale".

I produttori diretti sono quei soggetti che, anche in via sussidiaria rispetto all'attività principale, esercitano l'intermediazione assicurativa per conto altrui e sotto la piena responsabilità di un'impresa di assicurazione operando senza obblighi di orario o di risultato rispetto all'impresa medesima (art. 109, comma 2, lett. c).

Ancora al comma 2 dell'art. 119 si prevede che l'impresa di assicurazione risponda in solido dei danni arrecati dall'operato dell'intermediario iscritto nel registro di cui all'art. 109, comma 2, lett. d), cui abbia dato incarico.

(51) Si prevede così, sulla base di un orientamento costante che la norma in questione sia applicabile non solo in ipotesi di un rapporto di lavoro subordinato, in cui il potere di controllo è ampio, ma anche in ipotesi di mandato ed agenzia. Cfr. Cass. 19 dicembre 1995, n. 12945, in *Foro it. Mass.*, 1995.

(52) Cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19166, in *Foro it. Mass.*, 2005; *contra* Cass. 19 dicembre 1995, n. 12945, cit.

(53) Cass. 27 marzo 1987, n. 2994, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1833.

In caso poi di danni arrecati da soggetti addetti all'intermediazione quali collaboratori o incaricati di agenti, broker, produttori diretti, l'art. 119 ult. comma prevede una responsabilità per fatto altrui in capo a questi ultimi.

L'art. 119, quindi, prevede espressamente una responsabilità dell'impresa di assicurazione per fatto altrui in caso di fatto imputabile alla categoria dei produttori diretti (art. 109, comma 2, lett. c) o per gli intermediari di cui all'art. 109, lett. d).

Nulla si dice per i broker e gli agenti. Con riguardo ai primi la ragione è da rinvenirsi nella inesistenza, tra questi e l'impresa assicuratrice, di quel rapporto che rappresenta il fondamento dell'imputazione di una responsabilità per fatto altrui. Con riguardo agli agenti, invece, il silenzio del legislatore è da imputarsi alla superfluità di una previsione espressa di responsabilità dell'impresa per fatto dei propri agenti, dal momento che la stessa discende direttamente dai principi propri dell'istituto della responsabilità per fatto altrui.

Anche se, come è stato osservato da alcuni (54), l'agente non è equiparabile né al lavoratore autonomo, né a quello subordinato, ma è a tutti gli effetti un imprenditore, resta il fatto che si tratta di un imprenditore particolare che trova una limitazione, al proprio potere decisionale, nell'esercizio del potere decisionale dell'imprenditore (l'impresa assicuratrice) che "produce" i beni oggetto dell'attività di agenzia stessa e che ha poteri di direttiva e controllo sull'operato dell'agente nonché poteri di sanzione in via privata attraverso la risoluzione del rapporto di agenzia per giusta causa (55).

In tema di distribuzione di polizze di assicurazione e responsabilità dell'impresa di assicurazione una normativa *ad hoc* è rinvenibile nella circolare 533/D del 4 giugno 2004 ove all'art. 2, comma 3 (ancora vigente in base all'art. 76 comma 1 lett. f) del regolamento Isvap 5/2006) si rinvia al potere-dovere delle imprese di attuare iniziative volte a verificare l'adeguatezza della formazione e l'osservanza delle regole di correttezza, trasparenza e professionalità del personale incaricato della distribuzione. In tale norma si prevede poi che detta attività di vigilanza debba risultare da un rapporto annuale trasmesso al responsabile dell'*internal auditing* il quale la sottopone, insieme alle proprie osservazioni, agli organi amministrativi della società i quali provvedono ad inoltrarlo all'Isvap entro sessanta giorni dalla fine dell'anno solare.

(54) Cfr. CASALI, *L'agente e il broker di assicurazione*, Milano, 1993, p. 19 ss.

(55) Sull'applicazione della regola della responsabilità per fatto altrui anche in caso di incarico di un'impresa verso un'altra impresa si veda in particolare ALFA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 171.

Una specifica disposizione si ha poi con riguardo all'obbligo di vigilanza delle imprese sui messaggi pubblicitari predisposti dagli agenti.

All'art. 8 della circolare da ultimo citata si prevede, infatti, che "Le imprese vigilano sul rispetto delle disposizioni precedenti e sulla correttezza dei messaggi pubblicitari predisposti dagli agenti e dagli altri canali di distribuzione, che sono soggetti alla preventiva autorizzazione delle imprese medesime".

Resta a questo punto da considerare quali conseguenze possa avere la violazione delle direttive da parte dell'agente.

Si potrebbe essere tentati di ritenere che simili direttive, rappresentando lo strumento di controllo dell'impresa sugli agenti, valgano altresì a limitare la *culpa in vigilando* del preponente su cui sarebbe fondata la stessa responsabilità per fatto altrui.

Seguendo una simile linea argomentativa si potrebbe dire che il potere di controllo dell'impresa assicuratrice si esaurisce con l'indicazione di direttive ai propri agenti. Pertanto la responsabilità dell'assicuratore per fatto dei propri agenti sarebbe limitata alle ipotesi in cui l'azione di questi ultimi risulti pienamente conforme alle suddette direttive, perché solo entro tale ambito si esercita il potere di controllo dell'impresa ed è rinvenibile una sua *culpa in vigilando*.

La giurisprudenza, per contro, ritiene che nelle fattispecie esaminate il legislatore abbia individuato delle ipotesi di responsabilità oggettiva che non aprono a giudizi circa la colpevolezza o meno del preponente. Anche da ultimo, con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, la Suprema Corte ha affermato che in tal caso "la responsabilità (del datore di lavoro per fatto del lavoratore), essendo fondata sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di subordinazione fra l'autore dell'illecito ed il proprio datore di lavoro, e sul collegamento dell'illecito stesso con le mansioni svolte dal dipendente, prescinde del tutto dalla colpa *in eligendo* o *in vigilando* del datore di lavoro, è quindi insensibile all'eventuale dimostrazione dell'assenza di colpa dello stesso, e può ricorrere anche in caso di dolo del commesso" (56).

Si potrebbe discutere se tale principio di diritto meriti di essere rivisto in considerazione della maggiore autonomia dell'agente rispetto al lavoratore subordinato.

In realtà la nostra giurisprudenza risulta orientata diversamente in considerazione dell'assenza di aperture del testo della normativa in materia di

responsabilità dei "padroni e committenti" ad interpretazioni differenziate sul punto (57).

Una simile soluzione trova peraltro una ulteriore forte giustificazione, oltre che sul piano sistematico, anche in ragioni di prevenzione degli illeciti.

Introducendo le ipotesi di responsabilità per fatto altrui il legislatore ha cercato di individuare dei soggetti cui delegare il controllo di illeciti altrui.

Si rinvergono così dei soggetti che hanno il potere di controllo e vigilanza sui potenziali responsabili e che possono sanzionare eventuali elusioni di detti controlli imponendo sanzioni disciplinari o facendo della condotta violativa del "sottoposto" la ragione giustificativa dello scioglimento del rapporto.

Pertanto, la circostanza che l'agente non si sia uniformato alle direttive puntualmente indicate dall'impresa assicuratrice non esclude la responsabilità dell'assicuratore per il fatto del proprio agente. Una simile condizionalità potrà eventualmente rilevare solo sotto il profilo risarcitorio ai fini dell'azione dell'impresa assicuratrice nei confronti dell'agente che con la sua condotta abbia cagionato un danno patrimoniale all'impresa stessa, trovandosi a rispondere nei confronti del risparmiatore danneggiato dalla condotta dell'agente stesso.

##### 5. OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ DELLE AUTORITÀ DI CONTROLLO

Il tema della responsabilità delle autorità di controllo e degli obblighi di informazione ha avuto specifica trattazione con riguardo alle ipotesi di c.d. responsabilità da prospetto (58) ovvero la responsabilità che trova la propria fonte nella pubblicazione di dati inesatti o informazioni viziato nel prospetto richiesto dalla legge per le attività di intermediazione finanziaria.

(57) "La responsabilità civile del committente per il danno arrecato da un reato commesso dall'agente nell'esercizio delle sue incombenze è configurabile anche quando l'attività di questi si è svolta in modo autonomo ed in trasgressione degli ordini ricevuti; la predetta responsabilità viene meno soltanto nel caso in cui l'attività delittuosa abbia decampato completamente dall'ambito del rapporto fra l'agente ed il committente e non abbia alcuna attinenza o connessione, neppure indirette, con le finalità in vista delle quali le mansioni erano state affidate dal committente stesso": così Cass. 17 marzo 1988, cit.

(58) La c.d. "responsabilità da prospetto" è definita dalla giurisprudenza come quella responsabilità "nascente dalla pubblicazione di dati inesatti e/o di informazioni viziato nel prospetto relativo ad una offerta al pubblico di vendita di valori mobiliari": così Trib. Milano 6 novembre 1987, in *Giur.it.*, 1988, II, c. 796.

(56) Così Cass. 10 maggio 2000, n. 5957, in *Arch. circolaz.*, 2001, 126.

Detta responsabilità viene, infatti, imputata da dottrina e giurisprudenza non solo alle società emittenti e agli intermediari, ma anche alle Autorità di controllo (59) e risulta in tal caso fondata sull'omissione da parte delle stesse dell'esercizio corretto dei poteri di controllo sui contenuti dei prospetti informativi.

Si afferma, in tal senso, in giurisprudenza che la condotta dell'*Authority*, violativa delle regole poste a presidio della tutela dell'interesse dei risparmiatori alla trasparenza del mercato, sarebbe fonte di obblighi risarcitori in capo alla stessa ogni qual volta si determini un danno dei risparmiatori eziologicamente riferibile a detta omissione connotata soggettivamente da colpevolezza (60).

Né varrebbe, secondo il suddetto orientamento giurisprudenziale, ad esonerare l'Autorità dall'esercizio della propria potestà di controllo, e dalla conseguente responsabilità per mancato esercizio della stessa, il fatto che la falsità delle informazioni risulti evidente al *quavis de populo* anche in considerazione della diffusione, attraverso la stampa e i telegiornali, di notizie da cui emergono le carenze del prospetto pubblicato.

Sul tema, in dottrina, CASSESI, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione al mercato*, in *Sistema finanziario e controllo: dall'impresa al mercato (Atti del convegno)*, Milano, 1986, p. 47 ss.; FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986, spec. p. 141; CASTRONOVO, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 319 ss.; JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Quadr.*, 1986, p. 429 ss.; ALPA, *Circolazione dei valori mobiliari e responsabilità civile degli amministratori*, in *Corr. giur.* 1987, p. 1200; LUNGNOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 194; BRUNO, *L'azione di risarcimento per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario*, Napoli, 2001, p. 97 ss.; PARALUPI, *Responsabilità civile da prospetto: informazione e danno ingiusto*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 565.

(59) Così Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.*, 2001, I, 1139, con nota di PALMESI, *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 907, con nota di GIACALONE; in *Mondo bancario*, 2001, fasc. 3, 60 (m), con nota di CAPRIGLIONE; in *Resp. civ.*, 2001, 562, con nota di CARANTA; in *Cons. Stato*, 2001, II, 1829 (m), con nota di CARNEVALE. In argomento si veda, inoltre, MONATERI, *La responsabilità civile delle autorità garanti, in Danno e resp.*, 2000, p. 361 ss.; MAZZAMUTO, *Verso una responsabilità civile delle «authorities»?*, *ivi*, p. 36 ss.

(60) Così Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, cit. Sulla responsabilità di una pubblica amministrazione per l'omesso o cattivo esercizio dei poteri di vigilanza o di controllo, v. Cass., Sez. Un., 27 luglio 1998, n. 7339, *Foro it.*, 1999, I, 2001, con note di PALMESI, *Il comunicato mistificatorio costa caro all'amministrazione (ma incombe la responsabilità per omessa o cattiva vigilanza)*.

Ancora non vale ad esonerare l'*Authority* da responsabilità la presenza nel prospetto di una clausola con cui si avverte che l'adempimento della pubblicazione dello stesso non importa alcun giudizio di convenienza dell'investimento e che unici responsabili della veridicità e della completezza dei dati sono i redattori del prospetto.

Su quest'ultimo punto, in particolare, la Suprema Corte ha affermato che "è anche illogico attribuire ad un organo pubblico - per il quale il comportamento dovuto non è adempimento contrattuale ma osservanza delle norme-preccetto afferenti la funzione - il potere di emettere dichiarazioni (negoziali) idonee a comprovare una media diligenza e buona fede, là dove la colpa dell'azione od omissione della pubblica amministrazione, inducte danno risarcibile per la lesione di una situazione protetta del privato, deve essere scrutinata oggettivamente con riguardo alle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione".

In tal caso le uniche ragioni di perplessità risultano fondate sui limiti entro cui opera il potere di controllo dell'*Authority*.

Sul punto, data la situazione relazionale che viene a determinarsi tra enti pubblici di controllo e investitori è plausibile ritenere che il grado di diligenza richiesto all'Autorità nell'esercizio del proprio potere di controllo debba essere commisurato ai canoni di indagine e di ricerca cui fanno ricorso gli operatori e gli analisti finanziari (61).

(61) Cfr. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1986, p. 32 ss.; SCOGNAMILGIO, *Responsabilità dell'organo di vigilanza e danno meramente patrimoniale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, p. 543 ss.; CASTRONOVO, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 656 ss.; ROMAGNOLI, *La Consob e la sollecitazione all'investimento; esercizio di poteri ed obblighi verso gli investitori*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 755. Per contro altri vorrebbero che la responsabilità della Consob fosse limitata al mero accertamento della completezza dei dati del prospetto. Sul punto De Mincio, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, p. 104. Altri ancora richiamano impropriamente l'art. 2236 in tema di responsabilità del prestatore d'opera al dolo e colpa grave. Cfr. BLANDINI, *Sulla responsabilità degli organi di vigilanza*, in *AA.VV., Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, 1999, p. 338. Vi è, infine, chi individua limiti alla potestà di vigilanza degli organi di controllo e conseguentemente alla loro responsabilità attraverso argomenti di analisi economica del diritto. Si osserva, in particolare, che "guardando all'efficienza complessiva del sistema, si potrebbe dire che l'obbligo di controllo della veridicità dei dati termina laddove i benefici derivanti dall'incremento del livello di trasparenza non compensino al margine i costi globali, sui quali incidono tanto le spese direttamente legate all'adozione delle misure precauzionali, quanto le inefficienze indotte dall'inevitabile appesantimento di tutte le operazioni di sollecitazione all'investimento": così PALMESI, *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza*, *op. loc. cit.*

Simili conclusioni ci sembrano ripetibili, non solo per quanto concerne l'esercizio del potere di controllo in relazione all'adempimento dell'obbligo di prospetto informativo, esteso dalla legge sul risparmio alle polizze e ai prodotti assicurativi finanziari, ma anche riguardo ad ogni omissione delle Autorità di controllo rispetto all'esercizio di poteri di controllo e vigilanza, all'attività di intermediazione assicurativa, nonché alla trasparenza nella commercializzazione dei prodotti vita in genere (62).

Occorre comunque considerare i limiti recentemente posti dal legislatore per la responsabilità per omesso o carente esercizio del potere di controllo da parte delle *Authorities*.

L'art. 4 del d.lgs. 303/2006 ha modificato l'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio introducendo il comma 6 bis ove è previsto che "Nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 (Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP) e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave".

#### 6. OBBLIGHI DI INFORMATIVA, REGOLE PER LA VALIDITÀ E REGOLE PER LA RESPONSABILITÀ

La dottrina e la giurisprudenza italiane si sono già confrontate con il problema delle conseguenze della violazione di obblighi di informazione e più in generale con gli obblighi di comportamento nella fase precontrattuale, avuto particolare riguardo all'attività di intermediazione per la collocazione sul mercato di prodotti finanziari bancari (63).

(62) Cfr. MERUSI-PASSARO, *Le Autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, 2003, p. 105 ss.

(63) Sul punto v., in particolare, DI MAIO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1282 ss.; ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'«ambaradan» dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 896; GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, ivi, 2005, p. 889; GABRIELLI-LENER,  *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di Gabrielli-Lener, Torino, 2004, I, p. 4 ss.; AFRERI, *Responsabilità dell'intermediario per omessa pubblicazione del prospetto informativo*, nota a Cass., Sez. III, 17 novembre 2003, n. 17368, in *Danno e resp.*, 2004, p. 847; MONTALENTI, *Responsabilità civile e mercato finanziario: organo di controllo e false informazioni da prospetto*, in *Analisi giur. economia*, 2002, p. 255 ss.; Id., *Tutela dell'investitore e del mercato: false informazioni da prospetto e autorità di vigilanza*, in *Nuova giur. civ.*, 2002, II, p. 449 ss.; MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*,

Una delle prime soluzioni proposte era quella di inquadrare la fattispecie all'interno dell'annullabilità per vizio del consenso (64).

Essendo l'obbligo di informazione ordinato alla formazione di un consenso consapevole e ponderato, il suo mancato ottemperamento farebbe presumere la presenza di un vizio del consenso del soggetto cui è rivolta l'informazione (65).

Si verrebbe, quindi, a configurare un'ipotesi di dolo omissivo che porterebbe all'annullabilità del contratto e al risarcimento del danno, ove si tratti di dolo determinante, oppure, al solo risarcimento, ove si tratti di dolo meramente incidente.

Contro detta soluzione, che pareva invero la più rispondente alla ratio delle norme introduttive di speciali obblighi di informazione nonché la più

in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 102 ss.; LUPOLI, *Trust, sollecitazione del pubblico risparmio, prospetto, tutela del risparmiatore-beneficiario*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 752 ss.; DI MAIO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, relazione al convegno sul tema: "Vigilanza e correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare", Trapani, 29 maggio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, I, p. 296; GIARDINA, *L'attività di intermediatore mobiliare: profili di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari, a cura di Bessone-Busnelli*, Milano, 1992, p. 162 ss.; RESCIGNO, *"Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 301; ALPA, *Prospetto informativo - Orientamenti della dottrina*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 359 ss.; FERRARINI, *La responsabilità da prospetto delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, I, p. 437; JAEGER, *Appunti sulla responsabilità da prospetto*, in *Giur. comm.*, 1986, I, p. 151.

In giurisprudenza tra le sentenze più note si può ricordare: Trib. Catania 22 novembre 2005, in *Foro it.* 2006, I, p. 1212. In tal senso precedentemente Trib. Biella 24 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2001, p. 2332, con nota di GAETA; Trib. Genova 15 marzo 2005, in *Contratti*, 2005, p. 1095; Trib. Torino 21 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1862; cfr. Trib. Firenze 30 maggio 2004 e Trib. Venezia 22 novembre 2004, ivi, 2005, p. 754 con nota di Fiorio, *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito*; Trib. Mantova 12 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2004, p. 690 con nota di SCAMMI, *La prima sentenza italiana sulla vendita di tango bonds*.

(64) Cfr. BIGIARI, *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. dir.*, 1970, I, p. 81 ss.; SACCO, *op. cit.*, I, p. 484 ss.;

(65) Sulla possibilità di considerare gli obblighi di informativa contenuti nelle leggi speciali come mere specificazioni della norma generale di cui all'art. 1337, cfr. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, I, p. 632 ss.; ALPA, *Il prospetto informativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 303 ss.

facile da inquadrare all'interno del sistema del diritto dei contratti, si è osservato come la stessa potrebbe dirsi non rispondente agli interessi della vittima della disinformazione, la quale ha interesse a vedere estinguere il rapporto formatosi e vedersi restituire quanto versato oltre agli interessi.

Inquadrare la situazione all'interno del dolo vorrebbe dire ammettere che il contratto sia impugnabile solo entro il termine di prescrizione di cui all'art. 1442 c.c. Non solo, ove si dimostri che il soggetto era interessato alla stipulazione del contratto, ma non aveva esattamente avvertuto percezione di quali fossero le condizioni della contrattazione, troverà applicazione la disciplina del dolo incidente (art. 1440 c.c.) per cui il contratto non sarà annullabile e l'utente avrà diritto solo al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, quindi del danno da lesione di un interesse negativo normalmente quantificato dalla giurisprudenza come un danno minore rispetto a quello per lesione dell'interesse positivo (66).

(66) In tal senso v., da ultimo, Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Foro it.*, 2004, con nota di PARDOLESI, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diachronie*; la S.C. afferma che "In tema di responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., tendenzialmente è dovuto l'integrale risarcimento del danno sofferto dal contraente ignaro, che può venire in rilievo sia sotto il profilo del danno emergente (consistente nelle spese sopportate nel corso delle trattative), sia sotto il profilo del lucro cessante (perdite sofferte dal contraente per la mancata conclusione di altre trattative dalle quali è stato distolto); ma non è consentito, per la natura dell'illecito e per la fase contrattuale in cui si colloca, il risarcimento del pregiudizio del c.d. interesse positivo all'adempimento del contratto e alla disponibilità dell'oggetto di esso, che si sarebbe avuta se il contratto fosse stato validamente concluso ed eseguito". In senso analogo Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 348, Cass. 30 agosto 1995, n. 9157, *ivi* 1996, voce cit., n. 260; Cass. 26 ottobre 1994, n. 8778, *ivi*, 1994, voce cit., n. 286; Cass. 7 marzo 1993, n. 2973, *ivi*, 1994, I, 956.

Per contro, in dottrina da più parti si è rilevato come il danno nella responsabilità precontrattuale non sia un *quid minoris* rispetto a quello da lesione di interesse positivo, ma che esso possa equivalere o addirittura superare quest'ultimo. In tal senso v. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 305 ss.; CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, p. 1265; BENATTI, «*Culpa in contrahendo*», in *Contr. impr.*, 1987, p. 304; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il «quantum»*, in *Rev. dir. civ.*, 2004, I, p. 487; ROPPO, *Il contratto, in Trattato a cura di Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 186 s.; CARUSO, *La «culpa in contrahendo»*. *L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, p. 167 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, I, p. 344 ss.; In giurisprudenza, in tal senso v. Cass. 26 maggio 1992, n. 6294, in *Nuova*

Altra soluzione proposta è quella della risolvibilità del contratto per inadempimento agli obblighi di informativa precontrattuale (67). Resta il problema di come versare nel sinallagma del contratto di investimento detti obblighi che vengono a costituirsi *ope legis* in capo all'intermediario nel determinarsi del rapporto tra intermediario e consumatore (68).

Si è infine parlato di nullità del contratto di investimento. In alcuni casi si è parlato di nullità per difetto di forma (69). Detta tesi, però, è stata progressivamente abbandonata in dottrina in quanto si è escluso che simili obblighi informativi fossero qualificabili in termini di obblighi di forma poiché l'attività documentale, in tal caso, è carente di una funzione propriamente espressiva di senso (70).

Alla categoria della nullità si richiamano anche coloro che, superata la rigida distinzione tra regole di validità e regole di condotta (71), ammettono che la violazione di regole di comportamento informativo

*giur.*, 1993, I, p. 351, con nota di DI GREGORIO; Cass. 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass. 25 gennaio 1988, n. 582, *ivi*, 1988.

(67) Cfr. Trib. Catania 22 novembre 2005, cit.; Trib. Biella 24 gennaio 2001, cit.; Trib. Genova 15 marzo 2005, cit. In dottrina PASQUINO, *Obblighi di informazione e rimedi contrattuali nella fornitura dei servizi telematici*, in *Studium Juris*, 2005, p. 860.

(68) Cfr. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. Impr.*, 2005, p. 889 ss.

(69) Alcuni hanno parlato di forma-contenuto: PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, p. 114; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 54 ss.; MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 44. Altri preferiscono parlare di "forma ad informationem": ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Rev. dir. priv.*, 2004, p. 363; MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, t. I, Milano, 2001, p. 353.

(70) Da parte di taluno si è preso atto di "una certa tendenza a valorizzare la funzione informativa assoluta dal documento contrattuale, svincolato dall'aspetto formale e probatorio": così DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998, p. 141.

(71) Si tratta di un dogma da tempo superato dalla dottrina. Cfr. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 e a Trib. Roma 24 gennaio 1955, in *Rev. dir. comm.*, 1956, II, p. 370; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1974, p. 26; IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Rev. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1058; DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, nota a Corte Europea di Giustizia 20 settembre 2001, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 785. In giurisprudenza v., in particolare, Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Giur. it.*, 1995, I, 880.

possa dar luogo a nullità (virtuale) ex art. 1418 c.c. anziché a responsabilità (72).

La suddetta soluzione è stata contrastata più recentemente sia dalla dottrina, che ha auspicato un ritorno alla partizione tra regole della validità e regole della responsabilità (73), sia dalla giurisprudenza che distingue tra violazioni di norme incidenti su elementi intrinseci dell'atto oppure violazioni incidenti su elementi o attività estrinseche rispetto all'atto stesso (74). Nell'escludere l'applicazione dell'art. 1418 in ipotesi di violazione di regole di condotta informativa, la Suprema Corte ha proposto, come alternativa accoglibile, la tesi del dolo incidente e della responsabilità precontrattuale dell'intermediario superando quegli aspetti indicati come i limiti alla proposizione di una simile soluzione (75).

Si pensi al problema dell'entità del risarcimento che in tali ipotesi andrebbe quantificato nella misura dell'interesse negativo (76).

(72) Tra gli Autori che hanno evidenziato la tendenza legislativa a dare rilevanza alla mancanza di correttezza nella fase precontrattuale quale requisito della validità del contratto: AMADIO, *Nullità del contratto e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale')*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 299 ss.; NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 521; PUTTI, *L'invalidità dei contratti*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, vol. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 603 ss.; D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 99 ss.; Id., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 39; BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 556 ss.

(73) SICCHERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 308 ss.; Id., *L'inadempimento è causa di nullità del contratto?*, nota a Cass. 15 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135 ss.

(74) "I comportamenti illecitissimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso dell'inefficacia delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei contratti dei consumatori": così Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1105 con nota SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*. Su detto orientamento si veda anche GALGANO, *L'inadempimento ai doveri dell'intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in *Contr. impr.*, 2006, pp. 584-585.

(75) V. *supra* nota 69.

(76) V. *supra* nota 66.

Afferma al riguardo la Suprema Corte che, quando "il danno deriva da un contratto valido ed efficace ma 'sconveniente', il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto".

Si conclude quindi, sotto il profilo del *quantum debeatur*, che "il risarcimento, in detta ipotesi, deve essere ragguagliato al "minor vantaggio o al maggiore aggravio economico" determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento "da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto".

Ne segue che, nell'ipotesi *de qua*, il risarcimento del c.d. interesse negativo potrebbe risultare largamente superiore a quello del ristoro dell'interesse positivo.

La soluzione dell'annullabilità per dolo omissivo e ristoro del danno da responsabilità precontrattuale finisce così per rappresentare quella preferibile sia sul piano logico sistematico che su quello della tutela degli interessi che rappresentano il bene oggetto di tutela nelle disposizioni introdotte di obblighi di condotta (77).

(77) L'insufficienza del rimedio della nullità per violazione delle regole di condotta informativa è stata in particolare sostenuta dalla dottrina con riguardo alla violazione della disciplina dei prospetti informativa nell'intermediazione finanziaria. Cfr. BUCCELLATO, *op. cit.*, p. 164. V., inoltre, *supra* par. 5.