

Appropriatezza, adeguatezza, e meritevolezza dei contratti di assicurazione

Sara Landini *

Abstract

Il saggio mette in evidenza come nelle norme di legge e nella giurisprudenza vada emergendo il riconoscimento di un interesse a prodotti adeguati con obblighi corrispondenti per gli intermediari i quali dovranno dotarsi di regole di governance per individuare il **target market** dei prodotti da offrire e verificarne la rispondenza alle esigenze del mercato di riferimento.

Parole chiave: intermediari assicurativa, product governance, adeguatezza.

Sommario: 1. Dai *Fiduciary duties* alla *suitability rule*. – 2. Adeguatezza e appropriatezza nella disciplina dei mercati finanziari. – 3. *Disclosure or abstain rule*. – 4. Conseguenze civilistiche. – 5. Adeguatezza e meritevolezza. – 6. L'adeguatezza come percorso.

1. *Dai Fiduciary duties alla suitability rule*

Per approcciarci a parlare di appropriatezza e adeguatezza occorre muovere dal passaggio dai *fiduciary duties* alla *suitability rule* nella regolamentazione dell'intermediazione assicurativa¹ ovvero dal passaggio dagli obblighi che nascono dal rapporto fiduciario tra l'intermediario e/o l'assicuratore e il cliente nella distribuzione del prodotto che, per disposizione di legge, è

* Professore associato di Diritto privato, Università degli Studi di Firenze.

¹ D. IMBRUGLIA, *Regole di adeguatezza e validità del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 335 ss.

arricchito di obblighi di informativa e di consulenza volti a corroborare il consenso prestato dal cliente per arrivare ad un obbligo a fornire al cliente un prodotto che risponda alle sue esigenze², obbligo che vede necessariamente un'interazione di assicuratore e intermediario nella *product governance* che rappresenta un punto di contatto tra la direttiva sulla *governance* dell'impresa (*Solvency II*, direttiva 2009/138/CE) e la direttiva sulla distribuzione dei prodotti (*IDD*, direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa (rifusione) Testo rilevante ai fini del SEE).

Per comprendere quest'ultimo aspetto occorre muovere dell'attuazione della direttiva *Solvency II* e della correlata gestione dei rischi di impresa assicurativa perseguendo l'obiettivo di realizzare un regime prudenziale che tenga conto dei rischi assunti. A questi, e non più solo al patrimonio dell'impresa assicurativa, si rapporta la solvibilità ovvero ai rischi di sottoscrizione, ai rischi di mercato, ai rischi di credito, rischi operativi, di liquidità, rischi di concentrazione³.

Solvency II mira ad aggiornare l'attuale regolamentazione prudenziale delle assicurazioni europee imponendo alle compagnie di mantenere un margine di risorse patrimoniali supplementari a garanzia della propria attività.

Con *Solvency I* l'ammontare di capitale regolamentare era determinato in cifra fissa in percentuale delle riserve matematiche e dei capitali sotto rischio nei rami vita, in percentuali dei premi annui o dell'onere medio dei sinistri nei rami danni.

Solvency II, pur seguendo lo stesso approccio prevede margini di protezione patrimoniale non più calcolati strettamente e a monte in misura fissa ma destinati a cambiare in relazione agli effettivi rischi dell'impresa, a quelli assicurativi veri e propri e a quelli del portafoglio d'investimento. In questo senso si parla, infatti, di un sistema *risk-oriented*. Il meccanismo è stato co-

² L'attenzione degli interpreti per quello che è stato da tempo proclamato come "neoformalismo contrattuale" deriva dal fatto che non sempre il nostro legislatore indica quali sono le conseguenze della violazione di simili obblighi di documentazione. Sul punto U. BRECCIA, *La forma*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, a cura di GRANELLI, Milano, 2007, 483; S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, 114; M. MESSINA, *Libertà di forma e nuove forme negoziali*, Torino, 2005, 255 ss.; L.V. MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Dir. priv. e int. pubbl.*, tomo I, Milano, 2001, 353.

³ P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nel settore assicurativo*, in questa *Rivista*, 2013, I, 193; S. FEBBI-D. BOBBO, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni delle imprese di assicurazione nel recepimento di Solvency II*, in *Dir. banc.*, 2016, 3.

struito secondo un modello che assegna una probabilità agli eventi che possono accadere e che possono incidere sulla volatilità degli strumenti finanziari e/o sulla rischiosità del portafoglio assicurativo.

Gli artt. 30 ss. del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005 da ora in poi cod. ass.) sono attuazione di *Solvency II*. L'art. 30 *bis*, introdotto dal d.lgs. n. 74/2015, impone all'impresa di dotarsi di un efficace sistema di gestione dei rischi che comprende le strategie, i processi e le procedure di segnalazione necessari per individuare, misurare, monitorare, gestire e segnalare, su base continuativa, i rischi a livello individuale ed aggregato, ai quali l'impresa è o potrebbe essere esposta, nonché le interdipendenze tra i rischi. A tal fine, come disposto dal comma 3, art. 30 *bis*, occorre considerare essenzialmente le seguenti aree:

- a) sottoscrizione e costituzione di riserve tecniche;
- b) gestione integrata delle attività e delle passività (*asset-liability management*);
- c) investimenti, in particolare strumenti finanziari derivati e impegni simili;
- d) gestione dei rischi di liquidità e di concentrazione;
- e) gestione dei rischi operativi;
- f) riassicurazione e altre tecniche di mitigazione del rischio.

Con riferimento all'art. 30 *bis* si osserva come in esso sia posta attenzione alle strategie, ai processi e alle procedure di segnalazione necessari per individuare, misurare, monitorare, gestire e segnalare, su base continuativa, i rischi, cui l'impresa può essere esposta, sia a livello individuale che a livello aggregato considerando anche le interdipendenze tra i rischi.

Pertanto ai fini della sottoscrizione e costituzione delle riserve tecniche l'impresa deve procedere alla redazione di una relazione in cui per ciascuna nuova tariffa, opera valutazioni dei rischi assicurabili, delle ipotesi poste a base del calcolo dei premi, della redditività attesa e dell'equilibrio tariffario atteso. Detta relazione dovrà essere trasmessa alla società di revisione, all'organo di controllo e all'IVASS, su richiesta di quest'ultimo. In pratica la norma in esame richiede alle imprese di effettuare un'analisi del rischio di tariffazione laddove il principio ordinante dovrebbe essere quello di proporzionalità tenuto conto delle dinamiche dell'attività di impresa e dell'esposizione al rischio della stessa.

In relazione a tale norma assumono rilevanza alcuni regolamenti adottati da IVASS. Il reg. n. 14/2015 concernente il rischio di base ai fini della determinazione del requisito patrimoniale di solvibilità recepisce le Linee guida

EIOPA sul rischio di base che intendono completare il quadro normativo. Le linee guida EIOPA forniscono criteri atti a supportare le imprese nell'identificazione dei casi in cui il rischio debba essere considerato significativo ai fini del calcolo del requisito patrimoniale di solvibilità. Con il reg. n. 15/2016 vengono recepite le Linee guida EIOPA sull'applicazione del modulo di rischio di sottoscrizione per l'assicurazione vita.

Il reg. n. 16/2016 recepisce le Linee guida EIOPA sul trattamento delle esposizioni al rischio di mercato e di inadempimento della controparte che intendono completare il quadro normativo che su tali aspetti viene definito. Il reg. n. 18/2016 contiene disposizioni che mirano a specificare i principi generali, le regole applicative e le metodologie da adottare ai fini del calcolo delle riserve tecniche e della relativa convalida. Il quadro normativo che si compone ~~così~~ riprende gli orientamenti EIOPA sulla valutazione interna del rischio e della solvibilità (EIOPA-BoS-14/259 IT) con cui si introduce il principio metodologico della visione prospettica del rischio. Al punto 1.4 EIOPA esplica i contenuti di tale orientamento precisando che "dal momento che la valutazione del fabbisogno di solvibilità globale rappresenta il punto di vista dell'impresa per quanto concerne il proprio profilo di rischio, il capitale e gli altri mezzi necessari per far fronte a tali rischi, l'impresa dovrebbe decidere autonomamente come svolgere questa valutazione data la natura, la portata e la complessità dei rischi inerenti alla propria attività". Il fabbisogno ai fini della solvibilità dovrebbe inoltre essere considerato in una visione globale. L'impresa dovrebbe fornire una quantificazione del fabbisogno di capitale e una descrizione di altri mezzi necessari per far fronte a tutti i rischi sostanziali, anche se non quantificabili. Ai fini di una valutazione del fabbisogno di solvibilità globale, se necessario l'impresa dovrebbe sottoporre i rischi sostanziali individuati a una serie sufficientemente ampia di prove di stress o analisi di scenari. L'*Own Risk Solvency Assessment* (ORSA) e le conoscenze con esso acquisite dovrebbero essere utilizzate dall'impresa per: a) la gestione del capitale; b) la pianificazione dell'attività; c) lo sviluppo e la progettazione dei prodotti.

In questo si può vedere il legame tra *Solvency II* e IDD2 [~~*Insurance Distribution Directive* or *IDD (Directive 2016/97/EU)*~~] in cui è contenuto un obbligo di interventi delle imprese e degli intermediari nella *Product Governance* secondo nuove sinergie tra impresa e intermediari. L'art. 25 prevede infatti che sia le imprese sia gli intermediari adottino e gestiscano specifiche procedure volte alla preventiva approvazione e definizione dei relativi contenuti così come di ogni modifica significativa prima della commercializzazione. Tali procedure dovranno includere: analisi del mercato di riferimento,

della strategia di distribuzione; adozione di misure di verifica; adozione di criteri di revisione periodica, tanto dei prodotti che della procedura stessa, per garantire la costante adeguatezza del prodotto alle esigenze del mercato.

Il concetto di *Product Governance* viene introdotto dalla Mifid 2⁴ e può dirsi costituito da quell'insieme di previsioni tese ad imporre agli intermediari un assetto organizzativo e regole di comportamento relative alla creazione, offerta e distribuzione dei prodotti finanziari agli investitori.

Si assiste così ad una modifica delle modalità apprestate dall'ordinamento per la tutela dell'investitore: non più una tutela esclusivamente attraverso la disciplina della trasparenza e dell'informativa nella commercializzazione dei prodotti e nel contenuto dei contratti; con la Mifid si introduce un nuovo principio generale in base al quale, nella prestazione dei servizi, gli intermediari sono tenuti ad agire sempre in modo da servire al meglio gli interessi dei loro clienti.

La tutela dell'investitore non è limitata all'imposizione di una regolamentazione del rapporto intermediario-investitore, ma viene portata all'interno dell'assetto organizzativo dell'intermediario imponendo a questi una serie di vincoli volti ad assicurare che la tutela dell'investitore divenga parte del modello di *compliance* dell'intermediario stesso.

Parlare di tutela dell'investitore in termini di Governo dei Prodotti impone all'intermediario lungo tutta la catena del valore del prodotto finanziario, dalla sua creazione alla sua distribuzione, di considerare la centralità dell'interesse del potenziale cliente-investitore.

Questa dinamica propria dei prodotti finanziari finisce con IDD² per riproporsi anche per gli intermediari (o forse è meglio dire i “distributori”) assicurativi nel momento in cui si parla di obbligo di adeguatezza e attuazione del “*best interest of the customer*”. La *governance* del prodotto, che nel mercato assicurativo, era più propriamente a carico dell'assicuratore, si sposta a carico dell'intermediario, imponendo alle imprese, però, nuovi obblighi di *governance* nella gestione dei loro rapporti con i mandatari secondo nuove sinergie tra imprese e intermediari, con un chiaro indirizzo di *customer care*; il che porta a riflettere sugli stessi confini della responsabilità e corresponsabilità delle imprese di assicurazione rispetto ad atti o fatti dei propri mandatari.

In una logica di avvicinamento dei prodotti assicurativi ai prodotti finanziari, diviene importante rileggere le disposizioni contenute in IDD² tenuto

⁴ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE.

conto del testo della Mifid. Dal 71° considerando della Mifid 2 si evincono principi generali: viene espressamente stabilito che l'intermediario deve comprendere le caratteristiche degli strumenti finanziari offerti o raccomandati e deve istituire politiche specifiche per identificare la categoria di clienti alla quale fornire i prodotti e i servizi; inoltre, al fine di garantire che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati soltanto se sono nell'interesse del cliente, l'intermediario, quando offre o raccomanda ai clienti strumenti finanziari che non ha proceduto a realizzare, deve disporre di meccanismi adeguati per ottenere e comprendere le informazioni relative al processo di approvazione del prodotto, compreso il mercato di riferimento identificato e le caratteristiche del prodotto.

Inoltre ESMA [*European Securities and Markets Authority*] individua una chiara connessione tra il processo di approvazione dei prodotti e la disciplina del conflitto di interessi, facendo un espresso riferimento alla disciplina sulla remunerazione⁵.

In particolare, dovrà essere condotta un'analisi dei potenziali conflitti di interesse che si possono generare tra le posizioni assunte dal cliente e quelle dell'impresa, nonché tra quelle del cliente e quelle dell'intermediario che agisce per conto dell'impresa.

La *product governance* non elimina i passati strumenti di tutela dell'investitore e **in primis** la trasparenza.

Vero è che la stessa idea di trasparenza diviene complessa e articolata in una logica che non si esplica solo nella chiarezza e comprensibilità, negli obblighi di informativa, nella consulenza ... ma nella conclusione di contratti che rispondano alle esigenze del cliente attraverso una serie di obblighi, nella redazione della documentazione e nella proposizione della stessa, ordinati ad accertare che il cliente abbia realmente compreso le proprie esigenze e cosa il prodotto poteva offrirgli in concreto.

Occorre porre attenzione che il contratto sia non soltanto intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che esponga, rispetto ad ogni singola condizione, "in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole, in modo che il consumatore sia

⁵ *Final Report ESMA/2014/1569 – ESMA's Technical Advice to the Commission on MiFID II and MiFIR* del 19 dicembre 2014. Per un'analisi dettagliata del concetto di *product governance* in IDD2 si veda A. PERRONE, *Servizi d'investimento e regole di comportamento dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1, I, 23; S. MORLINO, *La product governance nel nuovo regime Mifid 2*, in *Dir. banc.*, 2015.

V ,

posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano”⁶.

Anche in tale prospettiva ha la necessità di pensare a possibili virtuose sinergie tra impresa e intermediario.

In materia di contratto di assicurazione, l’assicuratore (come il proprio intermediario o promotore) ha il dovere primario – ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. – di fornire al contraente una informazione esaustiva, chiara e completa sul contenuto del contratto, oltre quello di proporgli polizze assicurative realmente utili alle sue esigenze, integrando la violazione di tali doveri una condotta negligente *ex art.* 1176, comma 2, c.c.⁷.

Sul punto le imprese dovrebbero fornire chiari indirizzi ai propri mandatarî – attraverso l’uso di *Conducts Code* – che tengano conto anche delle evoluzioni giurisprudenziali che possono incidere sulle regole dei prodotti.

2. Adeguatezza e appropriatezza nella disciplina dei mercati finanziari

I concetti di adeguatezza e appropriatezza dei prodotti proprie della *suitability rule* trovano riscontro nel testo di Mifid e nel reg. CONSOB n. 16190/2007.

Qui si dice, all’art. 40, che “gli intermediari, sulla base delle informazioni ricevute dal cliente e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito, devono valutare se la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli soddisfa i seguenti criteri cui è improntato il giudizio di valutazione della adeguatezza: a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all’investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento; c) sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all’operazione o alla gestione del suo portafoglio”.

L’adeguatezza deve considerare il profilo complessivo delle operazioni poste in essere dal cliente. Una serie di operazioni, ciascuna delle quali è adeguata se considerata isolatamente, può non risultare tale tenuto conto della frequenza che non è nel migliore interesse del cliente.

Un’attenuazione degli obblighi è prevista quando gli intermediari forniscono il servizio di consulenza in materia di investimenti o di gestione di por-

⁶ CJCE 23 aprile 2015 *Van Hove c. CNP Assurances*.

⁷ Cass. 24 aprile 2015, n. 8412, in *Mass. giust. civ.*, 2015.

tafogli ad un cliente professionale. In questo caso la norma riconosce che essi possono presumere che, per quanto riguarda gli strumenti, le operazioni e i servizi per i quali tale cliente è classificato nella categoria dei clienti professionali, egli abbia il livello necessario di esperienze e di conoscenze ai fini della valutazione in proprio della corrispondenza dell'investimento ai propri obiettivi, della possibilità di comprendere e sopportare il rischio connesso.

Quanto all'appropriatezza l'art. 42 dice che "gli intermediari verificano che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta".

Queste regole sono riferite all'intermediario assicurativo in IDD2. Lo stretto collegamento tra IDD2 e Mifid2 fanno riflettere sulla tendenziale unitarietà del mercato finanziario e di mantenere prassi interpretative ispirate a tale unitarietà.

All'art. 20 IDD2 si richiede che "qualsiasi contratto proposto deve essere coerente con le richieste e le esigenze assicurative del cliente". Si tratta di un obbligo che l'art. 20 pone a carico di assicuratore e di intermediario in quella logica di co-gestione del "prodotto assicurativo" che porta a vedere in una chiave unitaria produzione e distribuzione⁸.

L'art. 20 è completato da quanto previsto dall'art. 30 ove si prevede che "Fatto salvo l'art. 20, § 1, quando effettua una consulenza su un prodotto di investimento assicurativo, l'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione ottengono altresì le informazioni necessarie in merito alle conoscenze ed esperienze del cliente o potenziale cliente nell'ambito di investimento rilevante per il tipo specifico di prodotto o servizio, alla sua situazione finanziaria, tra cui la sua capacità di sostenere perdite, e ai suoi obiettivi di investimento, inclusa la sua tolleranza al rischio, al fine di consentire all'intermediario assicurativo o all'impresa di assicurazione di raccomandare al cliente o potenziale cliente i prodotti di investimento assicurativi che siano adatti a lui e, in particolare, siano adeguati alla sua tolleranza al rischio e alla sua capacità di sostenere perdite ... Fatto salvo l'art. 20, § 1, gli Stati membri garantiscono che, quando svolge attività di distribuzione diverse da quelle di cui al presente articolo, § 1, in relazione a vendite che non prevedono una consulenza, l'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione chieda al cliente o potenziale cliente di fornire informazioni in merito alle sue conoscenze ed esperienze in materia di investimenti riguardo al tipo specifico

⁸ Ricordiamo sul punto il significativo titolo di un libro che ha fatto storia nel diritto delle assicurazioni VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992.

di prodotto o servizio proposto o chiesto, al fine di consentire all'intermediario assicurativo o all'impresa di assicurazione di determinare se il servizio o il prodotto assicurativo in questione sia adatto a lui. Ove sia previsto un pacchetto di servizi o prodotti a norma dell'art. 24, la valutazione esamina l'adeguatezza del pacchetto nel suo insieme”.

La direttiva rinvia poi ad atti delegati della Commissione, ~~che con ogni probabilità saranno~~ emanati in forma di regolamento con efficacia quindi diretta ed orizzontale negli stati membri, per determinare i criteri per valutare la adeguatezza e la idoneità (appropriatezza). Si dice infatti al comma 6, art. 30 che alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'art. 38 per precisare ulteriormente in che modo gli intermediari assicurativi e le imprese di assicurazione devono rispettare i principi di cui al presente articolo quando svolgono attività di distribuzione assicurativa per i loro clienti, anche in relazione alle informazioni da ottenere nel valutare l'idoneità o l'adeguatezza dei prodotti di investimento assicurativi per i loro clienti.

Qualora l'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione ritenga, sulla base delle informazioni ottenute a norma del primo comma, che il prodotto non sia adatto al cliente o potenziale cliente, l'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione lo avverte di tale situazione. Si precisa che quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato.

3. Disclosure or abstain rule

L'art. 30 disciplina anche l'eventualità che il cliente non voglia rispondere alle domande contenute nel questionario sull'adeguatezza. Qui si prevede che “Qualora i clienti o potenziali clienti non forniscano le informazioni di cui al primo comma oppure forniscano informazioni insufficienti circa le loro conoscenze ed esperienze, l'intermediario assicurativo o l'impresa di assicurazione li avverte che non è in grado di determinare se il prodotto sia adatto a loro. Quest'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato”. In questa disposizione pare contenuta la regola “*Disclosure or abstain*” per cui il cliente se non dà le informazioni che rendono possibile la valutazione dei suoi profili di adeguatezza e idoneità non consente all'intermediario di offrirgli il prodotto adeguato⁹. Questo vuol dire che non si può

⁹ Si veda Trib. Milano 5 dicembre 2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 4, II, 480.

“Non sussiste servizio di consulenza in materia di investimenti, ma mero servizio di rice-

procedere alla conclusione del contratto anche ove il cliente manifesti una cosciente intenzione di procedere alla stipulazione del contratto in ogni caso?¹⁰.

Sul punto la nostra giurisprudenza pur non riconoscendo un obbligo per i clienti a rilasciare informazioni e un obbligo per l'intermediario, in caso di mancata *disclosure*, di astenersi da portare a conclusione il contratto, afferma che l'obbligo di valutare l'idoneità e la adeguatezza non viene meno in caso di mancata risposta del cliente. Si dice infatti che "In tema di intermediazione finanziaria, la mancata offerta di informazioni da parte del cliente certo non esime la banca dal dovere di capire l'atteggiamento e i bisogni di investimento del cliente, né dal fornire tutte le informazioni idonee a consentire al cliente di addivenire ad impartire consapevolmente l'ordine di acquisto, essendogli note caratteristiche, tipologie e rischi connessi all'investimento. La banca è anche tenuta a valutare comunque l'adeguatezza dell'operazione, nel qual caso quella valutazione va condotta in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie di cui l'intermediario sia in possesso come, ad esempio, l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato"¹¹.

zione e trasmissione di ordini, nel caso in cui il cliente, impartendo ordini di investimento all'intermediario, abbia rifiutato di seguirne i consigli e non ne abbia accettato le raccomandazioni, perché il servizio di consulenza non può essere imposto al cliente".

¹⁰R. LENER-P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: "disclosure" in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 4, 2012, 369.

¹¹Trib. Prato 18 maggio 2016, n. 490, in *De Jure*. Precisa inoltre il Tribunale: "Né prova l'assolvimento dei doveri informativi da parte della banca l'indicazione riportata nell'ordine di acquisto e sottoscritta dal cliente nella quale il cliente dichiara di avere ricevuto informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni del presente ordine e di avere preso nota delle clausole che lo contraddistinguono" questa dichiarazione di per sé non vale ad assolvere la banca dagli obblighi informativi prescritti dagli artt. 21, d.lgs. n. 58/1998 e n. 28 del reg. CONSOB n. 11522/1998, ed inoltre costituisce una dichiarazione riassuntiva e generica che nulla dice circa la completezza dell'informazione (Cass., Sez. I, 6 luglio 2012, n. 11412). Tale è l'unanime, e condivisibile posizione della Suprema Corte, pienamente confermativa della giurisprudenza di merito (per tutte: App. Milano 28 febbraio 2011), che, in tema di intermediazione finanziaria e di obblighi di informazione a carico dell'intermediario ex art. 21, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 58/1998 e art. 28 reg. CONSOB n. 11522/1998, ribadisce che vi è un vero e proprio obbligo della banca intermediaria, prima di effettuare operazioni, di fornire all'investitore un'informazione che sia adeguata in concreto, e cioè tale da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente: la banca quindi, anche a fronte della barratura delle ca-

Si tratta di una sentenza che riguarda un caso di intermediazione finanziaria ma che per le ragioni sopraesposte deve essere tenuta in considerazione anche in caso di distribuzione di prodotti assicurativi.

~~Analoghe conclusioni possono essere proposte nel caso in cui dalle risposte dell'assicurato emerga un quadro di inadeguatezza e di inappropriatezza dei prodotti assicurativi offerti.~~ Anche ove l'assicurato manifesti la cosciente intenzione di portare a conclusione il contratto, questo non sarà possibile in quanto l'intermediario e l'assicuratore debbono offrire prodotti adeguati come sancito all'art. 20 IDD².

4. Conseguenze civilistiche

È possibile ricondurre detti obblighi di adeguatezza e appropriatezza a regole di condotta incidenti, secondo la nota partizione tra regole della validità e regole della responsabilità, sul piano risarcitorio¹². Validità e responsabilità agirebbero a livelli diversi: la prima sarebbe conseguente ad un giudizio sul contratto; la seconda, invece, dipenderebbe esclusivamente da una valutazione circa l'offensività della condotta ancorché questa abbia costituito la premessa della conclusione del contratto stesso¹³.

selle relative alla c.d. informazione attiva, dovrebbe comunque fornire la prova di avere, in concreto, dato le informazioni adeguate in concreto a colmare la c.d. asimmetria informativa che contraddistingue il rapporto tra intermediario e investitore non qualificato.

Nel caso in esame la banca, a fronte dell'eccepito inadempimento da parte sua, non ha, invero, fornito la prova di avere adempiuto alle specifiche obbligazioni poste a suo carico e allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito con la specifica diligenza richiesta (Cass. n. 18039/2012 che conferma – tra le altre – le sentenze nn. 3773/2009 e 22147/2010).

V » ?

¹² Riconduce all'art. 1337 la violazione dei doveri di informativa di cui all'art. 21 TUIF, Trib. Torino 21 marzo 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1862; Trib. Trani 10 ottobre 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, II, 621, con nota di A. TUCCI. Più in generale la Cassazione si è espressa a favore della applicazione della regola della responsabilità ex art. 1337 in ipotesi di violazione di regole di condotta in fase precontrattuale. Si veda in tal senso Cass. 29 gennaio 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, e in *Danno e resp.*, 2006, 34, con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutele degli investitori*, in *Riv. soc.*, 2005, 1012.

¹³ Cfr. in particolare F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, rist. 9ª ed., 171; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 104 ss.

Chi sostiene che detta soluzione sia superata dalla presenza di norme di legge che individuano nella nullità la conseguenza della violazione di regole di condotta (il riferimento che viene fatto è alla nullità delle clausole vessatorie nei contratti coi consumatori – oggi prevista all’art. 36 cod. cons. – e all’abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura ex art. 9, l. n. 192/1998), arriva a concludere che anche nelle ipotesi in esame la soluzione è individuabile nell’art. 1418: nullità per violazione di norme imperative¹⁴.

Diverse le conclusioni cui si addivene inserendo le formalità all’interno di una logica di procedimento contrattuale improntato sui concetti di “svolgimento”, ‘esercizio’ dei poteri” contrattuali¹⁵.

¹⁴ Sul punto R. NATOLI, *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei mercati finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, fasc. 2, 2012, 165; ID., *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 87 ss.; E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 119 ss.; G. AMADIO, *Nullità del contratto e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 299 ss.; E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, ivi, 2005, I, 521; P.M. PUTTI, *L’invalidità dei contratti*, in *Trattato dir. priv. europeo*, III, *L’attività e il contratto*, Padova, 2003, 603 ss.

A favore della tesi della nullità del contratto per la violazione della *suitability rule* era sostenuta, tra gli altri, da F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, 51, e da D. MAFFEIS, *Forme informative, cura dell’interesse ed organizzazione dell’attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 656; D. IMBRUGLIA, *Regole di adeguatezza*, cit.

Fondamentali sono sull’argomento i contributi di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 627 ss.; G. D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 99 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 39; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contratto e Impresa*, 1991, 556 ss.; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 83. Per la giurisprudenza Trib. Mantova 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2005, 3047; Trib. Firenze 30 maggio 2004, Trib. Mantova 12 novembre 2004 e Trib. Venezia 22 novembre 2004, cit.; Trib. Avezzano 23 giugno 2005 e Trib. Palermo 16 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2536, con nota di A. PALMIERI, *Prestiti obbligazionari, “default” e tutela “successiva” degli investitori: la mappa dei primi verdetti. Contra* Cass. 29 gennaio 2005, n. 19024, cit.; Trib. Monza-Desio 27 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2004, 2189.

Dubbi per un rifiuto assoluto della distinzione tra regole della validità e regole della responsabilità sono stati avanzati recentemente da G. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 368 ss.; F. GALGANO, *L’inadempimento ai doveri dell’intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, ivi, 2006, 584-585.

¹⁵ Così S. ROMANO, “Agere” (contributo allo studio del procedimento giuridico nel dirit-

A ben vedere gli obblighi documentali in esame pur essendo esterni al contratto ~~sarebbe~~ indirizzati allo ““svolgimento”, ‘esercizio’ dei poteri” contrattuali.

Gli obblighi di informativa in fase precontrattuale sono ordinati all’espressione di un consapevole consenso a contrarre.

Se così è il mancato adempimento a questi obblighi documentali importerebbe carenze informative che potranno incidere sulla formazione del consenso del contraente alla cui tutela sono state disposte.

La disciplina che potrebbe trovare applicazione è quella del dolo, qualcuno precisa del dolo omissivo¹⁶.

Pertanto l’atto sarà annullabile ove si provi, anche in via presuntiva, che “il contraente disinformato” non avrebbe dato il proprio consenso. In tal caso gli dovranno essere risarciti anche gli eventuali danni patiti in base all’art. 1439. Se invece questi avrebbe dato il proprio consenso, ma a condizioni diverse, la conseguenza si spiegherà sul piano meramente risarcitorio *ex art.* 1440.

Altre poi potrebbero essere le conseguenze nel caso in cui la violazione degli obblighi di documentazione ~~incida~~ su differenti fasi del procedimento contrattuale (si pensi alle informative finalizzate all’esercizio dello *ius poenitendi*, agli obblighi documentali recentemente introdotti dal legislatore in tema di edifici in costruzione – d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122. Si pensi poi

to privato), in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, 1962, V, 515 ss.; sull’idea di procedimento contrattuale più recentemente, anche se non sempre in linea con la suddetta concezione N. DI PRISCO, voce *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, 858; G.F. MINNITI, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, 1993, 423; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 8 ss.; P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 432 ora in AA.VV., *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007, 59.

¹⁶La giurisprudenza ha da tempo ammesso la categoria del dolo omissivo si veda da ultimo Cass. 15 marzo 2005, n. 5549, in *D&G.-Diritto e Giustizia*, 2005, fasc. 16, 21, con nota di R. GARUFI, la quale precisa “in tema di annullamento del contratto, il dolo omissivo, causa di annullamento del contratto a norma dell’art. 1439 c.c., può ravvisarsi solo quando l’inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l’inganno perseguito”.

Resta da chiarire se la questione dell’ammissibilità del dolo omissivo sia realmente posta dalla norma contenuta nell’art. 1439, ove il dolo è descritto come quei “raggiri” usati da uno dei contraenti tali da indurre la controparte a contrarre, oppure se la stessa non sia altro che il frutto di una lettura restrittiva del significato del termine “raggiri” che non tiene conto di come la falsa conoscenza possa essere indotta anche mediante un’inattività ostativa alla corretta percezione della realtà delle cose.

alla documentazione richiesta al fine di “lasciar traccia” dell’adempimento ad altre regole di condotta come nel caso dell’art. 52, reg. ISVAP n. 5/2006 ove si prevede che l’intermediario deve adempiere ai propri obblighi informativi “conservandone traccia”). Non è dato in questa sede analizzare, nel suo complesso, il multiforme panorama delle formalità nel procedimento contrattuale, per cui rinviamo al nostro lavoro monografico per più ampie considerazioni, limitandoci a considerare solo le conseguenze risarcitorie dei difetti di formalità¹⁷.

Prima di addentrarci nella trattazione nei profili del danno, chiariamo le premesse della nostra scelta interpretativa.

La logica procedimentale non è in vero l’unica perseguibile. Si potrebbe sostenere che detti momenti documentali siano comunque conformativi rispetto ad una fattispecie a formazione progressiva idonea a sussumere al proprio interno anche momenti esterni all’atto finale. Il relativo vizio inciderebbe allora sulla struttura dell’atto determinandone la nullità.

A tale conclusione giunge in particolare chi vede nella documentazione informativa, nell’informativa anche orale e nella consulenza un arricchimento della formazione dell’accordo e della relativa fattispecie, talché la mancanza del documento imposto per legge determinerebbe nullità del contratto ex artt. 1418-1325 c.c. per mancanza di accordo.

Sul punto si possono muovere due ordini di considerazioni. La prima è che, a ben vedere, l’informazione, nelle ipotesi in esame non supporta l’accordo, ma il consenso di una delle parti. È questo che risulta viziato in prima battuta e la conseguenza non può essere che quella dell’annullabilità come previsto nel nostro codice civile¹⁸.

La seconda è che la conclusione nel senso della nullità porterebbe ad un giudizio formale fondato su una mera valutazione di conformità.

Non si aprirebbe a considerazioni circa la concreta incidenza della documentazione informativa o della sua carenza sullo svolgimento dei poteri contrattuali. Non vi sarebbe insomma spazio per valutare se, pur in presenza di un difetto nell’osservanza delle regole di condotta nella intermediazione assicurativa, si è comunque compiuto in concreto il procedimento contrattuale perché la carenza è stata colmata da altre circostanze, quali la comprovata

¹⁷ S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008.

¹⁸ Cfr. in particolare G.B. FERRI, *Appunti sull’invalidità del contratto (dal codice del 1865 al codice del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 382, il quale riconduce all’annullabilità le “patologie soggettive di libertà e consapevolezza” e alla nullità le “patologie riguardanti la regolamentazione di interessi che il negozio giuridico esprime”.

~~expertise del c.d. contraente debole¹⁹. Ma non vi sarebbe spazio neppure per ammettere l'invalidazione di atti nel caso in cui una pur rigorosa attuazione delle formalità imposte dal legislatore abbia tradito la sostanza della previsione legislativa. Quale tutela si appresterebbe al consumatore che di fronte alla mole della documentazione "informativa" diligentemente consegnata dal sedicente intermediario si sia affidato alla lettura di un accattivante documento sintetico che possa aver distorto la sua cognizione dei fatti?~~

Del resto in questa direzione muove la nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite la quale osserva "i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite"²⁰.

Quanto all'entità degli obblighi risarcitori la Cassazione precisa che questi non possono essere commisurati in punto di *quantum* al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo) dal momento che si verte nella diversa ipotesi di conclusione di un contratto che si intendeva concludere a diverse condizioni.

I danni però, aggiunge la Corte, non possono neppure essere determinati "avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso ... a non essere coinvolta nelle trattative (c.d. interesse negativo), 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 stipu-

¹⁹ "La verifica dell'adeguatezza dell'informazione deve essere commisurata al differente livello di esperienza e di cultura dell'investitore, desumibile dai pregressi investimenti compiuti, dalla diversificazione del portafoglio titoli, dalle capacità": così Trib. Roma 29 luglio 2005, in *Dir. banc.*, 2006, I, 465. In senso analogo Trib. Brindisi 21 gennaio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2282; Trib. Nola 1° marzo 2005, in *Società*, 2005, 1415.

²⁰ Così Cass. ~~Sez. Un.~~¹ 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it. Iep.*, 2007, voce *Intermediazione finanziaria* [3655], n. 147, ora in *Foro it.*, 2008, I, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*. La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 999, con nota di U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della Cassazione non decide e rinvia alla Sezioni Unite*. Il contrasto giurisprudenziale concerneva appunto la questione "se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative contrattuali, ed in specie la violazione degli specifici obblighi di informazione che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei successivi contratti per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.". Da ultimo si veda Cass. 26 agosto 2016, n. 17356, in *De Jure*².

I R
≡

lato senza l'interferenza del comportamento scorretto". Si conclude quindi, 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"²¹.

Si supera così, almeno in parte, la distinzione tra danni da interesse positivo e danni da interesse negativo²². Secondo una consolidata giurisprudenza i danni da lesione dell'interesse positivo sarebbero determinati in base ai mancati

²¹ Cfr. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 34 con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

In tal senso v. più recentemente Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724, 26725, cit. e Cass., Sez. I, 26 agosto 2016, n. 17356, in *De Jure*.

²² Per tale distinzione v. tra le sentenze più recenti Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Foro it.*, 2004, con nota di P. PARDOLESI, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*: "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".

La distinzione tra interesse negativo e interesse positivo è sottoposta a critiche. In particolare 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. In tal senso C. TURCO, *L'interesse negativo della culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il «quantum»*, *ivi*, 2004, I, 487; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato a cura di Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 186 ss.; D. CARUSO, *La «culpa in contrahendo». L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 167 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 305 ss.; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, 1265; F. BENATTI, *«Culpa in contrahendo»*, in *Contratto e Impresa*, 1987, 304.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, I, 344 ss. In giurisprudenza, in tal senso v. Cass. 26 maggio 1992, n. 6294, in *Nuova giur.*, 1993, I, 351, con nota di V. DI GREGORIO; Cass. 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass. 25 gennaio 1988, n. 582, *ivi*, 1988. Da ultimo con riguardo al recesso dalle trattative del committente di una prestazione di opera professionale si è addirittura affermato che nella determinazione del danno dovrà essere computata anche la retribuzione. Così Cass., Sez. II, 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contratti*, 2007, 313, con nota di C. CAVAJONI.

guadagni e alle perdite determinate dalla mancata esecuzione del contratto, laddove il risarcimento da lesione di interesse negativo sarebbe quantificabile in base ai mancati guadagni e dai danni determinati dall'essere stato coinvolto in trattative che non hanno dato luogo alla stipulazione di un contratto valido.

Nell'ipotesi di cui all'art. 1440 non risulta leso l'interesse positivo, perché non vi è stata mancata esecuzione del contratto validamente concluso, ma non risulta leso neppure l'interesse negativo. Il problema non è quello di essere stati coinvolti in trattative inconcludenti, ma di essere stati coinvolti in trattative che hanno portato ad un contratto non rispondente a quello che si sarebbe voluto concludere. I mancati guadagni e le perdite sono determinati dal fatto di essere stati indotti a stipulare un contratto risultato poi indesiderato.

Il *quantum* dovrà essere determinato tenuto conto dei concretizzabili *desiderata* del contraente compiendo un giudizio probabilistico controfattuale attraverso cui individuare i vantaggi che il soggetto *informando* avrebbe potuto conseguire secondo quelle che, è altamente probabile, sarebbero state le sue scelte in caso di corretta esecuzione delle regole di condotta distributive.

5. Adeguatezza e meritevolezza

Secondo una lettura dell'art. 1322 c.c. che va prendendo corpo nella dottrina e nella giurisprudenza la norma nel riconoscere la libertà delle parti nel determinare il contenuto del contratto nei limiti della meritevolezza degli interessi perseguiti non introduce un criterio di valutazione della ammissibilità dei contratti atipici, ma apre ad un generalizzato controllo sul contenuto del contratto²³.

²³ Sul controllo di meritevolezza E. SCODITTI, *Il contratto tra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 43 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 11 ss.; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Europa e dir. privato*, 2015, 383; M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale – L'«azzardo» oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 571 ss. e 588 ss.; G. DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *Cinquant'anni del codice civile, atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1991*, Milano, 1993, 1236; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 56 ss.; Id., *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 596 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa – Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 335 ss.

In giurisprudenza con riferimento alla validità delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione contro la responsabilità civile si veda Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140,

I ? forse
1236? (o
I-236)

Anche nei contratti tra professionisti, come nel caso di una polizza stipulata tra un'impresa di assicurazione e un avvocato ad esempio, vi sarà possibilità di operare un controllo sul contenuto in analogia con quanto previsto dalla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori di cui all'art. 33 cod. ass. (d.lgs. n. 206/2005).

Ricordiamo su punto la sentenza della Corte di Cassazione in materia di clausole *claims made*: “Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l’operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola “*claims made*” mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206/2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata”²⁴.

in *Riv. dir.*, 2016, 844, con nota di E. COSCONATI, *La clausola c.d. claims made mista o impura: valida, non vessatoria, ma a rischio nullità per difetto di meritevolezza*; in *Foro it.*, 2016, I, 2026 ss. con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.* e B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*. Si veda anche G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione r.c. dei professionisti e clausola claims made*, in *Dir. merc. assic. e fin.*, 2016, forthcoming; EAD, *La clausola claims made – Rischio e sinistro nell’assicurazione re.*, in *Assicurazioni*, 2010, 3. Sul punto M. GAZZARA, *L’assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, 88 ss.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell’assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 401; S. MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, 701. G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made – Rischio e sinistro nell’assicurazione re.*, in *Assicurazioni*, 2010, 3.

²⁴ In giurisprudenza con riferimento alla validità delle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione contro la responsabilità civile si veda Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Riv. dir.*, 2016, 844, con nota di E. COSCONATI, *La clausola c.d. claims made mista o impura: valida, non vessatoria, ma a rischio nullità per difetto di meritevolezza*; in *Foro it.*, 2016, I, 2026 ss. con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.* e B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*. Si veda anche G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione r.c. dei professionisti e clausola claims made*, in *Dir. merc. assic. e fin.*, 2016; ID., *La clausola claims made – Rischio e sinistro nell’assicurazione re.*, in questa *Rivista*, 2010, I, 3. Sul punto M. GAZZARA, *L’assicurazione di responsabilità civile professiona-*

L'adeguatezza è stata considerata dalla nostra giurisprudenza con riferimento al giudizio di meritevolezza delle c.d. clausole *claims made* impure ovvero le clausole *claims made* con una retroattività limitata. I tribunali dimostrano infatti di aver valutato al fine del giudizio di meritevolezza delle clausole il fatto che il professionista assicurato per la propria responsabilità fosse o meno un esordiente²⁵ o la natura dell'opera intellettuale²⁶.

6. L'adeguatezza come percorso

L'adeguatezza è un percorso che si attua nella dinamica di produzione e distribuzione secondo nuove sinergie che importano un dialogo continuo tra produttori e distributori volto a rispondere alle esigenze del mercato.

La tutela dei contraenti e degli assicurati non è limitata all'imposizione di una regolamentazione del rapporto ~~intermediario investitore~~, ma viene portata all'interno dell'assetto organizzativo dell'intermediario imponendo a questi una serie di vincoli volti ad assicurare che la tutela dell'investitore divenga parte del modello di *compliance* dell'intermediario stesso.

Parlare di tutela dell'investitore in termini di Governo dei Prodotti impone all'intermediario lungo tutta la catena del valore del prodotto finanziario, dalla sua creazione alla sua distribuzione, di considerare la centralità dell'interesse del potenziale cliente-investitore.

Questa dinamica propria dei prodotti finanziari finisce con IDD2 per riproporsi anche per gli intermediari (o forse è meglio dire i “distributori”) assicurativi nel momento in cui si parla di obbligo di adeguatezza e attuazione del “*best interest of the customer*”. La *governance* del prodotto, che nel mercato assicurativo, ~~era~~ più propriamente a carico dell'assicuratore si sposta a carico dell'intermediario, imponendo alle imprese, però, nuovi obblighi di *governance* nella gestione dei loro rapporti con i mandatari secondo nuove sinergie tra imprese e intermediari, con un chiaro indirizzo di ~~customer care~~, ~~il che porta e a riflettere sugli stessi confini della responsabilità e corresponsabilità delle imprese di assicurazione rispetto ad atti o fatti dei propri mandatari~~.

~~le, Napoli, 2016, 88 ss.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto e Impresa*, 2013, 401; S. MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, 701; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made - Rischio e sinistro nell'assicurazione re.*, in questa *Rivista*, 2010, 1, 3.~~

²⁵ Trib. Napoli 20 giugno 2016.

²⁶ Trib. Milano 17 giugno 2016, n. 7149.

