

Parte II
Giurisprudenza

Note a sentenza

Corte Suprema di Cassazione

(Sez. III) – 30 aprile 2018, n. 10333 (ord.) – Pres. Vivaldi, Est. Scoditti, P.M. Troncone – L. International Assurance SA (avv. Sassani, Santarelli) c. S.A., E. Fiduciaria S.p.A. (avv. Sciaudone, Contini).

(Sentenza impugnata: App. Milano 21 gennaio 2016)

Valori mobiliari – Intermediazione finanziaria – Polizze *linked* – Interpretazione – Accertamento del giudice di merito – Incensurabilità in cassazione natura assicurativa o finanziaria di un’operazione contrattuale – Giudizio di fatto – Configurabilità.

Le polizze ‘unit linked e index linked’ rappresentano investimenti finanziari, e non polizze assicurative sulla vita, se non garantiscono, alla scadenza, la restituzione del capitale investito (1).

La Corte ecc. (*Omissis*).

FATTO

1. S.A. e Sa. Mi. sottoscrivevano, con la L (*Omissis*) International Assurance sa [d’ora innanzi, per brevità, la “L. SA”], una polizza vita, avvalendosi della fiduciaria E (*Omissis*) Fiduciaria S.p.A. [d’ora innanzi, per brevità, la “Fiduciaria S.p.A.”].

2. La polizza prevedeva l’investimento del premio in un paniere composto da quote di fondi comuni d’investimento, azioni, nonché obbligazioni e liquidità nella misura almeno del 75%.

3. L’operazione veniva effettuata senza alcuna specificazione sulla tipologia di prodotto e sulle condizioni.

4. S.A. e Fiduciaria S.p.A. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Milano L. SA chiedendo la declaratoria di nullità della polizza e, in subordine, l’annullamento e la risoluzione per inadempimento del contratto, con la restituzione dell’importo corrisposto anche a titolo di commissioni versate.

5. La domanda, veniva rigettata in primo grado.

6. Proponevano appello il S.A. e Fiduciaria S.p.A.

7. Con la sentenza n. 220, resa in data 21 gennaio 2016, la Corte d'appello di Milano accoglieva il gravame, dichiarando la risoluzione del contratto per inadempimento e condannando L. SA alla restituzione in favore degli appellanti della somma di euro 2.788.103,56, oltre gli interessi legali dalla domanda (escludendo la rivalutazione in mancanza della prova di un danno ulteriore ai sensi dell'art. 1224 c.c., comma 2, non coperto dagli interessi), nonché alla restituzione della somma di euro 10.946,65 oltre interessi.

8. Secondo il giudice del gravame, mancando la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza, e dunque difettando la natura assicurativa del prodotto, quest'ultimo doveva essere considerato un vero e proprio investimento finanziario, con la conseguente applicazione del T.U.F. e dei regolamenti CONSOB. Sulla base di tale presupposto, la Corte d'appello aveva anche accertato il mancato assolvimento degli obblighi informativi e di comportamento rispetto ad un'operazione finanziaria non adeguata, previsti dal regolamento CONSOB n. 11522 del 1998, con riferimento alla persona fisica dell'investitore e non alla società fiduciaria.

9. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla L. SA., con ricorso fondato su sei motivi.

10. S.A. e Fiduciaria S.p.A. hanno resistito con unico controricorso e proposto ricorso incidentale condizionato sulla base di un motivo. Ha resistito a quest'ultimo con controricorso L. SA.

DIRITTO

1. Il primo motivo del ricorso principale.

1.1. La ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1321, 1326, 1362, 1372, 1919 e 1337 c.c., nonché del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 21, artt. 26, 28 e 29, della delibera CONSOB n. 11522 del 1998, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Osserva, inoltre, che, contrariamente a quanto assunto in sentenza, le parti del contratto erano L. SA, mentre S.A. e Sa. Mi. figuravano ai soli fini del consenso previsto dall'art. 1919 c.c., comma 2 (mentre beneficiario era il figlio S.A.) e che le aspettative del S. rispetto al proprio investimento restavano nell'ambito del rapporto contrattuale fra il S. medesimo e Fiduciaria S.p.A., ovvero nell'ambito del rapporto relativo alla prestazione d'opera professionale o di mediazione/brokeraggio di F (*Omissis*) o A (*Omissis*) s.r.l.

Aggiunge che l'adempimento delle regole dell'intermediario finanziario deve essere valutato rispetto a Fiduciaria S.p.A. e non già rispetto al S., e che trattandosi di società fiduciaria, qualificata come operatore qualificato, non troverebbero applicazione gli artt. 26, 28 e 29 delibera CONSOB n. 11522 del 1998.

2. Il secondo motivo del ricorso principale.

2.1. La ricorrente lamenta la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 21, artt. 26, 28 e 29 delibera CONSOB n. 11522 del 1998, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, nonché l'omesso esame di un fatto decisivo e controverso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Segnala, altresì, che gli obblighi previsti dall'art. 29 del regolamento CONSOB sono stati puntualmente assolti nei confronti della intermediaria Fiduciaria S.p.A., con la compilazione e sottoscrizione del questionario da cui risultava la specifica indicazione di "rischio basso" e che era irrilevante chiedere a Fiduciaria S.p.A. notizie in ordine all'esperienza in materia di investimenti essendo stato indicato un profilo di rischio basso ed essendo stati indicati gli strumenti finanziari basilari (obbligazioni e liquidità).

1-2.1. Il primo e il secondo motivo, sono trattati unitariamente in quanto connessi e sono in parte inammissibili ed in parte infondati.

1-2.2. Il giudizio di fatto della corte territoriale è stato nel senso che, mancando la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza e dunque la natura assicurativa del prodotto, il prodotto oggetto dell'intermediazione doveva essere considerato un vero e proprio investimento finanziario da parte di coloro che figuravano come assicurati, i signori S. – S.A., che avevano operato per il tramite della società fiduciaria Fiduciaria S.p.A., sicché trovavano applicazione il T.U.F. ed il regolamento CONSOB.

1-2.3. Come affermato da Cass. 18 aprile 2012, n. 6061, il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa, deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se immune da vizio di motivazione, al fine di stabilire se esso, al di là del "*nomen iuris*" attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di "*performance*" sia per intero addossato all'assicurato).

1-2.4. L'accertamento del giudice di merito è stato quindi che investitori dovevano considerarsi le persone fisiche e non la società fiduciaria. A tale giudizio di fatto la ricorrente oppone nel primo motivo, *sub specie* di violazione (*Omissis*).

Una volta che si assuma quale investitore non la società fiduciaria, ma la persona fisica fiduciante, l'adempimento degli obblighi dell'intermediario finanziario devono essere valutati nei confronti di quest'ultimo, e non nei confronti della società fiduciaria, avuto riguardo alla precipua funzione di rimozione delle asimmetrie informative della disciplina del rapporto fra investitore e intermediario finanziario.

Il giudice di merito ha coerentemente accertato il mancato assolvimento degli obblighi informativi e di comportamento rispetto a operazione finanziaria non adeguata, previsti dal regolamento CONSOB n. 11522 del 1998, con riferimento alla persona fisica dell'investitore e non alla società fiduciaria.

Trattasi di conclusione conforme alle comunicazioni CONSOB n. DI/98086703 del 4 novembre 1998 e n. DIN/6022348 del 10 marzo 2006 relative alla possibilità per le società fiduciarie, alle quali è consentita l'attività di amministrazione statica disciplinata dalla l. n. 1966 del 1939, di rendersi intestatarie di contratti di investimento e di contratti di negoziazione e raccolta ordini per conto dei propri fiduciari.

(*Omissis*)

Per questi motivi, la Corte di Cassazione, visto l'art. 380 c.p.c.:

(-) rigetta il ricorso principale;

(-) dichiara assorbito il ricorso incidentale;

(-) condanna L. SA al pagamento in favore della parte controricorrente delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in euro 7.200,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge.

(-) dà atto che sussistono i presupposti previsti dal d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*, per il versamento, da parte di L. SA dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione. (*Omissis*).

(1) Nota

“Unit linked”: considerazioni sull'atipicità alla luce del portato della Direttiva IDD

Michele Roma *

1. Premessa

Le polizze *unit linked* e più in generale i *prodotti finanziari assicurativi* (o Prodotti di investimento assicurativo, secondo la Direttiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo e del Consiglio, cfr. “*definizioni*”¹) esprimono una spinta evolutiva delle operazioni vita, tanto prorompente da riflettersi sulla loro qualificazione giuridica. In ballo c'è il mutamento del *tipo* negoziale e

* Avvocato in Roma.

¹ «*Prodotto di investimento assicurativo*»: un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato, e non include:

a) i prodotti assicurativi non vita elencati all'allegato I della direttiva 2009/138/CE (Rami dell'assicurazione non vita);

b) i contratti assicurativi vita, qualora le prestazioni previste dal contratto siano dovute soltanto in caso di decesso o per incapacità dovuta a lesione, malattia o disabilità;

c) i prodotti pensionistici che, ai sensi del diritto nazionale, sono riconosciuti come aventi lo scopo precipuo di offrire all'investitore un reddito durante la pensione e che consentono all'investitore di godere di determinati vantaggi;

d) i regimi pensionistici aziendali o professionali ufficialmente riconosciuti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE o della direttiva 2009/138/CE;

e) i singoli prodotti pensionistici per i quali il diritto nazionale richiede un contributo finanziario del datore di lavoro e nei quali il lavoratore o il datore di lavoro non può scegliere il fornitore o il prodotto pensionistico.

la sua trasmigrazione, ricorrendo determinate condizioni, verso i prodotti finanziari. Si comprende la necessità di un approfondimento del complesso *iter* di tali prodotti, che si dibatte tra il rigore della Suprema Corte e le aperture inarrestabili del mercato, assecondate dai più recenti – e apparentemente risolutori – interventi normativi di rilievo comunitario.

L'analisi di questo disallineamento costituisce l'oggetto delle considerazioni che seguono, le quali prendono spunto dall'ordinanza in commento, secondo cui "... mancando la garanzia della conservazione del capitale alla scadenza e dunque la natura assicurativa del prodotto, il prodotto oggetto dell'intermediazione doveva essere considerato un vero e proprio investimento finanziario ...".

Con l'avviso che il caso preso in esame riguarda un contratto intermediato da un broker e concluso da una fiduciaria, nell'interesse dei suoi due clienti, il Supremo Collegio ha stabilito che *investitori* dovessero ritenersi le persone fisiche e non la fiduciaria. Gli obblighi di adempimento dell'intermediario finanziario dovevano essere adempiuti nei confronti dei primi, con la conseguenza della declaratoria di inadempimento dell'intermediario per non aver rispettato le disposizioni CONSOB applicabili (Regolamento n. 11522/1998). Il profilo della natura giuridica delle polizze *unit linked* è affrontato incidentalmente, per stabilire la disciplina di riferimento da applicarsi all'operazione.

2. Le unit linked secondo la Cassazione. Un problema di causa del contratto

2.1. La pronunzia, pertanto, col valore di un *obiter dictum*, affronta l'essenza civilistica del contratto assicurativo vita di ramo III, ribadendo la contrapposizione con i prodotti finanziari e fissandola nel rimborso del capitale, quale elemento discriminante. Se il rimborso manca, il contesto è finanziario e non più assicurativo. E chiaramente ci troviamo di fronte ad un aspetto non puramente dogmatico, perché dall'inquadramento delle polizze *linked* tra i contratti assicurativi, piuttosto che tra quelli finanziari, dipende l'individuazione delle norme applicabili per la tutela dell'assicurato: e cioè quelle contenute nel codice civile e nel codice delle assicurazioni nel primo caso, ovvero quelle contenute nel testo unico sull'intermediazione finanziaria (t.u.f.), nel secondo caso².

²Originariamente i prodotti assicurativi emessi da imprese di assicurazione erano esclusi dall'ambito applicativo della disciplina sulla sollecitazione all'investimento. Con la l. n.

La decisione ha originato riserve e precisazioni, il cui intento è consistito nel ridimensionarne la portata, dovendosi collocarla nell'ambito della congerie di prodotti esistenti e delle loro sfumature e soprattutto del diritto comunitario³.

Sta di fatto che l'ordinanza getta un sasso nello stagno, entrando nel merito delle operazioni proposte agli assicurati, in uno scenario che rivela come l'esperienza commerciale sia andata molto avanti, svincolandosi, gradualmente, da quelle che appaiono rigidità dogmatiche di radice codicistica. Ed infatti, l'intervento più vicino all'ordinanza n. 10333/2018, risale al 2012⁴.

È questa la sentenza che ha costituito una pietra miliare. La Suprema Corte stabilì in maniera inequivocabile la natura finanziaria delle polizze *unit linked* definendole "contratti di investimento".

In tema di contratto di assicurazione sulla vita stipulato prima dell'entrata in vigore della l. n. 262/2005 e del d.lgs. n. 303/2006, nel caso in cui sia stabilito che le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premi vengano versate in fondi di investimento interni o esterni all'assicuratore e che alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare al momento stesso (polizze denominate *unit linked*), il giudice del merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario e il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art. 1337 c.c., deve interpretare il contratto per stabilire se esso, al di là del *nomen iuris* attribuitogli, sia da identificare effettivamente come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente a oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore), oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio c.d. di *performance* sia per intero addossato sull'assicurato). Tale giu-

262/2005 è stato però introdotto l'art. 25 *bis* t.u.f. che si occupa proprio di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione[6]. L'art. 25 *bis* comma 1 t.u.f. dichiara espressamente applicabili alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione gli artt. 21 e 23 t.u.f.

³Cfr. ANIA, *La natura assicurativa delle polizze non è in discussione* (comunicato stampa del 7 maggio 2018), secondo cui la sentenza in questione "... non prende posizione sulla qualificazione dei contratti assicurativi sulla vita ma si riferisce a un caso specifico, caratterizzato dal ruolo assunto da una società fiduciaria. Il caso oggetto del giudizio riguarda, in particolare, errori di trasparenza e di comportamento relativi a un singolo prodotto, commercializzato nel 2006. Non si rilevano nella pronuncia della Suprema Corte conclusioni che mettano in dubbio la connotazione di prodotto assicurativo con riferimento alle polizze con contenuto finanziario, che peraltro già allora risultavano soggette a precisi obblighi di trasparenza e regole di condotta".

⁴Cfr. Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2012, n. 6061.

dizio, in quanto rispettoso delle regole di ermeneutica contrattuale ed espresso con motivazione congrua e logica, non è sottoposto a censura in sede di legittimità.

La Cassazione delinea il perimetro del problema⁵ fissando, in sintesi, tre punti di orientamento della qualificazione dei prodotti assicurativi a contenuto finanziario:

- a) è indifferente il *nomen iuris*;
- b) nel contratto (tipicamente) assicurativo spicca la componente demografica;
- c) il trasferimento, sull'assicurato, del rischio di *performance* finanziaria non è proprio dell'operazione vita.

La riqualificazione da *contratto di assicurazione* in contratto d'*intermediazione finanziaria*, operata dalla sentenza, porta con sé importanti conseguenze: il collocamento della polizza rappresenta la prestazione di un servizio d'investimento e si applica il t.u.f. Da qui, due ulteriori riflessi: chi vende tali prodotti deve osservare il requisito di forma scritta del contratto; vanno rispettate le norme di comportamento degli intermediari finanziari⁶.

⁵“In tema di contratto di assicurazione sulla vita stipulato prima dell'entrata in vigore della legge n. 262 del 2005 e del d.lgs. n. 303 del 2006, nel caso in cui sia stabilito che le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premio vengano versate in fondi di investimento interni o esterni all'assicuratore e che alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare al momento stesso (polizze denominate unit linked), il giudice del merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario ed il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art. 1337 c.c., deve interpretare il contratto al fine di stabilire se esso, al di là del nomen iuris attribuitogli, sia da identificare effettivamente come polizza assicurativa sulla vita (in cui viene in rilievo il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato (assunto dall'assicuratore), oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio c.d. di performance sia per intero addossato sull'assicurato). Tale giudizio, in quanto rispettoso delle regole di ermeneutica contrattuale ed espresso con motivazione congrua e logica, non è sottoposto a censura in sede di legittimità. Il ricorso incidentale del G. resta conseguentemente assorbito”.

⁶Ulteriore conseguenza della riqualificazione del contratto è l'inapplicabilità dell'art. 1923 c.c. sul divieto di azione esecutiva o cautelare. Diverse sentenze hanno affermato l'inapplicabilità dell'art. 1923 c.c. alle polizze *linked*. Cfr., ad esempio, Trib. Cagliari 2 novembre 2010, in *Riv. giur. sarda*, 2011, I, 387 ss., con nota di S. LANDINI, il quale ha affermato che i contratti stipulati con imprese assicurative, qualora privi del rischio demografico, non possono essere qualificati come contratti assicurativi puri, con la conseguenza di essere acquisibili al fallimento. V. inoltre Trib. Parma, 10 agosto 2010, in questa *Rivista*, 2010, 781 ss., con nota di F. DE FRANCESCO; in *Giur. it.*, 2011, 1560 s., con nota di P. GOBIO CASALI; in *Nuova*

2.2. Ad intervenire sulla questione è anche la Corte di Giustizia Europea⁷, che lo fa specificando che le polizze assicurative di ramo III possono comportare, per loro espressa e ribadita natura, guadagni o perdite finanziarie al contraente (o ai beneficiari in caso di decesso dell'assicurato).

È vero che i pronunciamenti si riferiscono a casi decisamente diversi tra loro ed è altrettanto vero che il *vaglio di legittimità* effettuato dalla Cassazione è diverso da quello di *conformità* al diritto comunitario effettuato dalla Corte di Lussemburgo. Tuttavia, pure a fronte di queste differenze, in sostanza, il Giudice comunitario, in armonia con la Suprema Corte svedese, afferma che il *sinallagma assicurativo* consiste esclusivamente nel binomio versamento del premio/prestazione in caso di sinistro, senza che in esso possano né debbano entrare valutazioni circa l'allocazione del rischio finanziario relativo ai fondi (direttamente o indirettamente) sottostanti la polizza.

L'interpretazione ispirata dal sistema codicistico e dal suo nord geografico (art. 1882 c.c.), non molla, dunque, e tende ad inquadrare la *polizza vita* come funzionale ad obiettivi che non si conciliano con la variabilità della *performance finanziaria* dei titoli sottostanti ed esclude la retrocessione all'assicurato di tale rischio.

C'è quindi da chiedersi come il mercato, assecondato dalle scelte normative interne ed europee, abbia affrontato quello che appare un elemento dirimente, destinato ad innescare frizioni frequenti tra Autorità giudiziale ed esigenze commerciali. Essendo, peraltro, chiaro che l'*ibridazione* operata (anche) con le polizze *unit linked* è quella che ha fornito nuova linfa al ramo vita, mediante la creazione di polizze ancorate a gestioni di valori mobiliari di fondi separati, o a fondi di investimenti interni all'impresa.

3. I prodotti di investimento assicurativi e la qualificazione del contratto

3.1. Gli assicuratori inseriscono in catalogo prodotti nei quali la componente finanziaria entra in modo sempre più inarrestabile: il rischio finanzia-

giur. civ. comm., 2011, I, 189 s., con nota di C. PALMENTOLA; in *Società*, 2011, 55 ss., con nota di E. GUFFANTI, secondo cui il divieto di azione esecutiva e cautelare previsto dall'art. 1923 c.c. non si applica alle polizze sulla vita *index linked* e *unit linked* qualora si accerti che queste non assolvono a una funzione previdenziale, tipica delle assicurazioni sulla vita, bensì costituiscono veri e propri investimenti finanziari.

⁷ Sentenza 31 maggio 2018, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag vs. Dödsboet efter Ingvar Mattsson e altri, nella causa C-542/16, che segue di poche settimane quella n. 10333/2018 della Corte di Cassazione.

rio entra nell'operazione assicurativa vita e non viene assunto dall'assicuratore che, anzi, lo ribalta sull'assicurato.

Tale orientamento è avallato dalla più recente legislazione europea, attraverso il richiamo alla direttiva 2014/65, che non era in vigore all'epoca dei fatti di cui ai procedimenti principali, che ha modificato la direttiva 2002/92, aggiungendovi un nuovo capo III *bis*, intitolato «Requisiti supplementari per la tutela dei consumatori in relazione ai prodotti di investimento assicurativi». Tali prodotti sono adesso definiti all'art. 2 della direttiva 2002/92, in un nuovo punto 13, come prodotti assicurativi che presentano una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato⁸.

Sul fronte nazionale, il cammino è punteggiato da interventi altrettanto diretti di recepimento di un modello di operazione *unit linked* in cui, attraverso formule più o meno esplicite, il rischio legato alla performance finanziaria figura neutralizzato da clausole dove è ribadito che non è garantita la restituzione delle somme versate dall'assicurato, in conseguenza della non "garantibilità" dei risultati di gestione dei fondi interni⁹.

3.2. Con uno sbocco che pone, infine, una parola ultimativa sulla compatibilità delle operazioni finanziarie assicurative con le regole civilistiche, spicca, la Direttiva IDD, a completamento del percorso aperto dalla MiFID II. Il riferimento alla Direttiva è strettamente funzionale al commento dell'ordinanza di cui alle premesse, e tuttavia, sia pure con tale precisazione, occorre segnalare che l'impianto della IDD e del suo contorno 'esecutivo', sia pure affrontando la tematica dall'angolo prospettico della distribuzione, lo fa senza incertezze e validando l'incedere sicuro del Mercato verso una soluzione pragmatica della *causa* del contratto e della sua atipicità. Tutto l'impianto della IDD (di cui agli artt. 26 e 52 e segg.) va in questa direzione, per proseguire col d.lgs. 21 maggio 2018, n. 68 – Attuazione della direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, relativa alla distribuzione assicurativa. (18G00095) (*GU Serie Generale* n. 138 del 16 giugno 2018) e, infine, coi Documenti di Consultazione IVASS dell'8 giugno 2018 (cfr. il n. 6), che contempla gli obblighi di informazione per i *prodotti di investimento assicurativi* (c.d. prodotti IBIP) ed un espresso ri-

⁸Cfr. M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La qualificazione delle polizze linked nel diritto dell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2013, I, 3.

⁹Il rinvio va prima di tutto al TUF e al TUB, come coordinati dal d.lgs. n. 303/2006 e dalla l. n. 262/2005 sulla Tutela del Risparmio; e più in dettaglio a G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked nel diritto europeo e nel diritto italiano*, in questa *Rivista*, 2016, I, 213; P. CORRIAS, *La natura delle polizze linked tra previdenza risparmio e investimento*, *ibidem*, I, 225.

chiamo (art. 22) alle *unit linked*. Con un riflettore acceso sui prodotti di investimento assicurativi.

3.3. Ci si deve chiedere, a questo punto, se ha ancora senso l'approccio *dicotomico* tra prodotti assicurativi e prodotti finanziari. È innegabile che il legislatore comunitario, nel non chiamare in gioco una differenziazione che si basa sulla causa tradizionale, ha lasciato intendere con chiarezza che l'operazione assicurativa vita è un contratto da interpretare ed adattare alle esigenze dell'assicurato. Se è così, il problema della *atipicità* deve darsi per risolto dalla copiosa normativa che accredita i contratti finanziari assicurativi come contratti di assicurazione vita.

Il tema delle *unit linked* è quindi sì un tema di possibile atipicità del contratto di assicurazione e di allontanamento progressivo dalla causa tipica. C'è da chiedersi, tuttavia, se l'allontanamento cozza col dato civilistico, perché è solo percorrendo questa via che si affronta e si neutralizza il rischio di nuovi arresti giurisprudenziali capaci di turbare gli animi degli operatori.

La definizione del contratto, di cui all'art. 1882 c.c., si presta, del resto, a delle modifiche¹⁰, le quali appartengono all'esperienza già compiuta sotto l'egida della normativa europea.

Da qui, un confronto sul piano della funzione economico-sociale del contratto contraddistinto dalle variazioni che concernono: a) la funzione previdenziale; b) l'inserimento nel modello del rischio da *performance* finanziaria. Ricerca tanto più necessaria laddove l'ordinanza, da cui siamo partiti, porta ad escludere la funzione assicurativa in presenza di conseguenze derivanti dall'attività finanziaria sottostante alla polizza.

Sul piano della *funzione previdenziale* (che sorge sulla base dell'art. 1923 c.c.), va detto che essa non è insopprimibile. Si dovrà accettare che i prodotti di investimento assicurativo (e le polizze *unit linked*) saranno, in taluni casi, pignorabili, ma non per questo l'assenza della connotazione previdenziale può alterare le basi dell'assicurazione civilistica¹¹.

Sul secondo aspetto, l'attenzione va rivolta alla *meritevolezza* in concreto del *mix* che si realizza in caso di polizza *unit linked*, ed alla compatibilità del regolamento di interessi realizzato dalle parti con i principi generali dell'ordinamento¹². Non è certo la prima volta che le assicurazioni devono misurarsi con la libertà di deroga rispetto al tipo. Si tratta, quindi, di stabilire fino a che punto le parti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di varia-

¹⁰ V. G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, 222.

¹¹ E. GUFFANTI, *La funzione previdenziale dei prodotti assicurativi-finanziari*, in *Società*, 2011, 55 ss.

¹² Cfr. Cass. civ., Sez. Un., nn. 26242 e 26243/2014; Cass. civ. 19 giugno 2009, n. 14343.

re il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa¹³.

La causa concreta è strumento di controllo dell'autonomia privata fino al ripudio di contratti irragionevolmente sproporzionati a scapito della parte più debole.

Essa si pone come possibile strumento di controllo della congruità dello scambio contrattuale. Non qualsiasi interesse giustifica il contratto o la sua deroga al modello, in quanto l'interesse che il contratto è diretto a realizzare deve essere meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Ed è noto che l'iniziativa economica delle parti è libera, ma è una "libertà vigilata", nel senso che deve essere compatibile con l'utile sociale. Ciò che regge il sistema è dunque il compromesso tra l'avallo della libera iniziativa (cui la stessa Giurisprudenza mostra favore perché sono le parti ad essere arbitre della propria autonomia negoziale) e l'intervento frenante, quante volte il compromesso pervenisse a delle alterazioni.

Se, dunque, la causa concreta costituisce criterio di valutazione di meritevolezza del contratto atipico, può divenire anche strumento di vaglio della meritevolezza dell'autonomia privata? La risposta è affermativa e questo tipo di approccio causale fa parte del sistema e incontra molteplici conferme, di cui la IDD è quella più recente e compiuta.

Il *framework* normativo, appena richiamato, all'interno del quale va posta la questione della validità delle polizze *unit linked*, è tale da rendere pressoché impossibile l'epurazione delle *unit linked* dal novero dei prodotti di investimento assicurativo. Tali polizze, e più in generale quelle con una componente finanziaria, sono entrate di buon grado tra i contratti assicurativi. Ma si ripropone la necessità – ed è questo l'aspetto davvero essenziale e dirimente – che l'operazione contrattuale si liberi dalle asimmetrie informative che ne hanno compromesso l'allontanamento progressivo dal tipo codicistico, colpevoli di aver fatto scattare dubbi sulla *meritevolezza*, a tutela dell'interesse dell'assicurato.

Il consenso informato, tuttavia, è la *mission* stessa dell'intero impianto della Direttiva IDD e dei provvedimenti attuativi sottostanti. L'intervento è capillare e punta ad escludere che l'assicurato sottoscriva una polizza a contenuti finanziari in modo inconsapevole. Da questo nasce una considerazione. Il legislatore comunitario sembra aver spostato l'*asse del problema* dalla valutazione astratta dei modelli contrattuali, alle tutele che, una volta operate, siano in grado di garantire la *securizzazione* degli interessi del cliente, rispondendo, in tal modo, agli interrogativi sulla legittimità dell'evoluzione del tipo.

¹³ Sulla meritevolezza contrattuale, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140.

E ciò giustifica una sovrapposizione di *tipi*, perché conta che questi abbia accettato consapevolmente che in quel determinato contratto coesistano tutele schiettamente assicurative e rischio finanziario; e che due funzioni possano essere bilanciate tra loro mediante la scelta legalmente adeguata del prodotto, assecondando le differenti esigenze. Nello stesso tempo, si potrà parlare di ‘pace’ interpretativa sui *modelli*, a fronte di un’imprescindibile attenzione ai *contenuti*.