

Appunti in tema di tutela del consumatore del prodotto assicurativo

1. *Il “prodotto assicurativo” quale species di prodotto finanziario* - Ci si propone qui di seguito di procedere ad un primo esame della disciplina in tema di tutela del consumatore dei “prodotti assicurativi”, predisposta dal recente regolamento Isvap n. 5 del 16 ottobre 2006 (di seguito denominato “reg.”), nonché dal *codice delle assicurazioni private* (d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, di seguito denominato “cap”), suggerendo un raccordo tra detta disciplina e almeno altri due plessi normativi di grande importanza: il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, di seguito denominato “tuf”, ed il *codice del consumo* (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, di seguito denominato “cdc”) ⁽¹⁾.

Per intendere le direttrici sulle quali è possibile riordinare la tutela del consumatore del “prodotto assicurativo” è utile procedere proprio da quest’ultimo. Il “prodotto assicurativo” – anzi i “prodotti assicurativi” – sono definiti dal codice delle assicurazioni nei seguenti termini: sono “prodotti assicurativi tutti i contratti emessi da imprese di assicurazione nell’esercizio delle attività rientranti nei rami vita o nei rami danni come definiti all’articolo 2” (art. 1, lett. *ss*, cap). La definizione appena riportata è, tuttavia, assolutamente esteriore, poco utile a fini operativi, in quanto non consente di percepire le peculiarità sostanziali dei “prodotti assicurativi”, con la conseguenza di non rendere possibile la comprensione delle esigenze di tutela del consumatore ad essi sottese ⁽²⁾.

¹) E’ già stato osservato in dottrina come il coordinamento tra codice delle assicurazioni e codice del consumo avrebbe dovuto essere operato dallo stesso legislatore (cfr. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumi*, Roma-Bari, 2006, 227). In effetti gli unici “raccordi” con i “prodotti assicurativi” riscontrabili nel codice del consumo, sono le esclusioni dalla applicazione delle previsioni del codice stesso contenute, rispettivamente, nell’art. 46 cdc, che esclude i “contratti di assicurazione” dalla normativa relativa ai “contratti conclusi fuori dei locali commerciali”, e nell’all. I al codice richiamato dall’art. 51: l’all. I contiene, infatti, l’elenco dei servizi finanziari, i cui contratti sono esclusi dalla applicazione degli artt. 50 *ss*. dello stesso codice del consumo relativi ai “contratti a distanza”: fra questi servizi finanziari sono annoverate le “operazioni di assicurazione e riassicurazione”.

²) Né un ausilio maggiore nel senso indicato nel testo è offerto dall’art. 2 cap, richiamato nella definizione che si è riportata, procede ad una elencazione di attività anch’essa assolutamente inutile a fini interpretativi. Dispone, infatti, l’art. 2 cap: “*Nei rami vita la classificazione per ramo e’ la seguente: I. le assicurazioni sulla durata della vita umana; II. le assicurazioni di nuzialità e di natalità; III. le assicurazioni, di cui ai rami I e II, 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; IV. l’assicurazione malattia e l’assicurazione contro il rischio di non autosufficienza che siano garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili, per il rischio di invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità; V. le operazioni di capitalizzazione; VI. le operazioni di gestione di fondi collettivi costituiti per l’erogazione di prestazioni in caso di morte, in caso di vita o in caso di cessazione o riduzione dell’attività lavorativa ... Nei rami danni la classificazione dei rischi e’ la seguente: 1. Infortuni (compresi gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali); prestazioni forfetarie; indennità temporanee; forme miste; persone trasportate; 2. Malattia: prestazioni forfetarie; indennità temporanee; forme miste; 3. Corpi di veicoli terrestri (esclusi quelli ferroviari): ogni danno subito da: veicoli terrestri automotori; veicoli terrestri non automotori; 4. Corpi di veicoli ferroviari: ogni danno subito da: veicoli ferroviari; 5. Corpi di veicoli aerei: ogni danno subito da: veicoli aerei; 6. Corpi di veicoli marittimi, lacustri e fluviali: ogni danno subito da: veicoli fluviali; veicoli lacustri; veicoli marittimi; 7. Merci trasportate (compresi merci, bagagli e ogni altro bene): ogni danno subito dalle merci trasportate o dai bagagli, indipendentemente dalla natura del mezzo di trasporto; 8. Incendio ed elementi naturali: ogni danno subito dai beni (diversi dai beni compresi nei rami 3, 4, 5, 6 e 7) causati da: incendio; esplosione; tempesta; elementi naturali diversi dalla tempesta; energia nucleare; cedimento del terreno; 9. Altri danni ai beni: ogni danno subito dai beni (diversi dai beni compresi nei rami 3, 4, 5, 6 e 7) causato dalla grandine o dal gelo, nonché da qualsiasi altro evento, quale il furto, diverso da quelli compresi al n. 8; 10. Responsabilità civile autoveicoli terrestri: ogni responsabilità risultante dall’uso di autoveicoli terrestri (compresa la responsabilità del vettore); 11. Responsabilità civile aeromobili: ogni responsabilità risul-*

Di qui la necessità di ricercare per altra via quelle caratteristiche dei prodotti assicurativi che giustificano l'esistenza della normativa in esame, secondo un "metodo dell'economia", dal quale, come è stato osservato proprio con riferimento ai profili giuridici dei mercati finanziari ⁽³⁾, i giuristi non possono prescindere in materia: l'economia, infatti, descrive il fenomeno sostanziale, sul quale interviene il legislatore selezionando, secondo le sue valutazioni, quegli aspetti del fenomeno economico ritenuti rilevanti ai fini della regolazione.

È, dunque, necessario prendere le mosse dalla nozione di "risparmio" quale è delineata dagli economisti: "risparmio" è la quota di ricchezza che le *famiglie*, i consumatori, ossia le entità del sistema economico in *surplus* finanziario, non destinano a consumi immediati ⁽⁴⁾. Nei termini molto elementari, che qui sono sufficienti per la comprensione del fenomeno, può dirsi che questa quota di ricchezza, nel momento stesso in cui non è immediatamente consumata, è destinata direttamente o indirettamente al finanziamento delle imprese. In questa decisione il risparmiatore è sorretto dalla speranza che detta quota di ricchezza non consumata gli sia in futuro restituita in misura maggiore di quella iniziale.

Il risparmio può pervenire alle imprese in più modi. Più precisamente, il risparmio può pervenire alle imprese o direttamente, attraverso il c.d. scambio diretto ed immediato (ad esempio attraverso un contratto direttamente intercorrente tra l'impresa ed il risparmiatore), oppure il risparmio può pervenire alle imprese con l'intervento di un intermediario finanziario ⁽⁵⁾.

In questo secondo caso, diverso può essere il ruolo assolto dall'intermediario. Esso può, infatti, interporre tra il risparmiatore e l'impresa: in questo caso, l'intermediario diviene debitore diretto del risparmiatore e, al tempo stesso, assume il ruolo di finanziatore diretto dell'impresa. In questo modo, l'intermediario assume su di sé il rischio di credito relativo all'utilizzatore finale dei fondi: questa è l'attività tipica delle banche che, infatti, raccolgono il risparmio ed esercitano il credito (art. 10, d. lgs. 1° settembre 1992, n. 385).

tante dall'uso di veicoli aerei (compresa la responsabilità del vettore); 12. Responsabilità civile veicoli marittimi, lacustri e fluviali: ogni responsabilità risultante dall'uso di veicoli fluviali, lacustri e marittimi (compresa la responsabilità del vettore); 13. Responsabilità civile generale: ogni responsabilità diversa da quelle menzionate ai numeri 10, 11 e 12; 14. Credito: perdite patrimoniali derivanti da insolvenze; credito all'esportazione; vendita a rate; credito ipotecario; credito agricolo; 15. Cauzione: cauzione diretta; cauzione indiretta; 16. Perdite pecuniarie di vario genere: rischi relativi all'occupazione; insufficienza di entrate (generale); intemperie; perdite di utili; persistenza di spese generali; spese commerciali impreviste; perdita di valore venale; perdita di fitti o di redditi; perdite commerciali indirette diverse da quelle menzionate precedentemente; perdite pecuniarie non commerciali; altre perdite pecuniarie; 17. Tutela legale: tutela legale; 18. Assistenza: assistenza alle persone in situazione di difficoltà".

³) Guido ROSSI, *I mercati dell'investimento fra diritti ed economia*, in AUTERI (cur.), *Informazione e pubblicità nell'offerta al pubblico di valori mobiliari*, Milano, 1991, 139 ss.; DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1993, I, 289 ss.

⁴) V. per tutti FORESTIERI, MOTTURA, *Il sistema finanziario. Istituzioni, mercati e modelli di intermediazione*³, Milano, 2002, 25.

⁵) FORESTIERI, MOTTURA, *op. cit.*, 213 ss.

In alternativa, l'intermediario può limitarsi ad affiancare il risparmiatore nella scelta dell'impresa da finanziare e nelle modalità di finanziamento: questo è il caso degli intermediari abilitati allo svolgimento dei servizi di investimento e alla gestione di patrimoni individuali. Infine, il risparmiatore può decidere di investire i suoi risparmi nella sicurezza futura; può, in altre parole, decidere di impiegare le sue risorse per pagare il corrispettivo del trasferimento di alcuni suoi rischi in capo ad un'impresa specializzata nella assunzione dei rischi, quale è l'impresa assicurativa⁽⁶⁾. Anche in questo caso, infatti, si realizza la funzione propria dei contratti finanziari: secondo la dottrina economica, infatti, "funzione dei contratti finanziari è quella di trasferire potere d'acquisto da un agente ad un altro e/o di ripartire un rischio dato tra operatori"⁽⁷⁾.

Quel che qui, in particolare, interessa porre in luce è che nella prospettiva delineata l'acquisto del "prodotto assicurativo" si configura come una forma di impiego del risparmio, ossia una forma di investimento. Si perviene, così, ad una prima conclusione non priva di interesse ai presenti fini: il prodotto assicurativo, in quanto forma di investimento, condivide le caratteristiche di base della nozione di "prodotto finanziario" assunta dal legislatore nell'art. 1, comma 1, lett. *u*, d. lgs. 1998, n. 58, il c.d. testo unico della finanza, di seguito denominato anche tuf⁽⁸⁾: per effetto di questa norma, nel testo vigente dopo la modifica apportatavi dal d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, "si intendono per ... *u*) 'prodotti finanziari': gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari"⁽⁹⁾.

A proposito di questa definizione deve sottolinearsi come il legislatore faccia propria la nozione sostanziale di prodotto finanziario quale forma di investimento: l'elemento centrale della definizione appena riportata è rappresentato dalle parole "*ogni ... forma di investimento*"; locuzione, quest'ultima, che a sua volta comprende ogni operazione che comporti l'impiego di capitali a fronte di un'attesa di rendimento⁽¹⁰⁾. La conferma che il legislatore presuppone una nozione di prodotto finanziario tanto ampia si trae dal fatto che egli avverte la necessità di escludere alcune forme di in-

⁶) ONADO, *Mercati e intermediari finanziari. Economia e regolamentazione*, Bologna, 2000, 148 ss.

⁷) ANOLLI, LOCATELLI, *Le operazioni finanziarie*, Bologna, 1997, 11, 16 ss.

⁸) Cfr. COSTI, *Il mercato mobiliare*⁴, Torino, 2006, 14 s., il quale rileva come la modifica dell'art. 100 tuf, ad opera della c.d. "legge sulla tutela del risparmio" (l. 28 dicembre 2005, n. 262) confermi ormai in esplicito la sussunzione delle operazioni promosse dalle assicurazioni nel novero dei "prodotti finanziari".

⁹) Non può, dunque, ritenersi corretto quanto si legge nel "*documento di consultazione*" del 23 febbraio 2007, relativo alle "disposizioni attuative dell'art. 25 bis del tuf introdotto dalla legge n. 262/2005 in materia di distribuzione di prodotto finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazioni", disponibile sul sito *internet* della Consob, dove nel commento alla bozza dell'art. 36 bis del regolamento intermediari, predisposta dalla stessa Consob, si afferma che, avuto riguardo al nuovo art. lett. *u*, tuf, "i depositi bancari ... nella logica dell'ordinamento non costituiscono prodotti finanziari o comunque prodotti di investimento". Questa affermazione è contraddetta dallo stesso assunto di base da cui muove la richiamata definizione di "prodotto finanziario" offerta dal tuf, vale a dire che prodotto finanziario è qualsiasi forma di investimento. La esclusione dei depositi bancari dal novero dei prodotti finanziari opera non già nel senso di eliminare la natura di "forma di investimento" dei depositi bancari, ma più semplicemente nel senso di escludere che a tali forme di investimento, che a tali prodotti finanziari si applichino le regole del tuf.

¹⁰) ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*², Torino, 2003, 293.

vestimento dalla nozione di “prodotto finanziario” rilevante ai fini della disciplina dettata dal testo unico della finanza. E’, così, aperta la via per includere i prodotti assicurativi nel *genus* concettuale dei prodotti finanziari ⁽¹¹⁾. Invero, una volta che si sia preso atto che il legislatore muove dal presupposto che ogni forma di investimento può essere annoverata tra i prodotti finanziari (e v. ancora in tal senso il riportato art. 1, lett. *u*, tuf), dovrà convenirsi che anche i “prodotti assicurativi”, in quanto forma di investimento del risparmio, presentano questo importante dato sostanziale che contraddistingue la categoria dei prodotti finanziari.

Peraltro, sarebbe riduttivo ritenere che il “prodotto assicurativo” abbia in comune con l’ampia categoria dei prodotti finanziari solo il fatto di essere una forma di investimento del risparmio: vi sono, infatti, prodotti assicurativi nei quali la componente finanziaria è ancor più marcata. Per cogliere questo aspetto occorre rammentare che nell’ampia definizione di “prodotto assicurativo” sono compresi – come si ricorderà – “tutti i contratti emessi da imprese di assicurazione nell’esercizio delle attività rientranti nei rami vita o nei rami danni come definiti all’articolo 2” del codice delle assicurazioni.

Senonché, i contratti assicurativi dei “rami danni” non sono perfettamente omogenei ai contratti dei “rami vita”. Nei contratti del c.d. “ramo vita”, infatti, l’evento futuro, al cui verificarsi l’impresa di assicurazione corrisponderà le somme promesse all’assicurato, non è incerto in quanto all’*an*, come, invece, può essere nel “ramo danni” un incidente automobilistico, un evento meteorologico, una malattia ecc. Nel “ramo vita” l’evento che condiziona il pagamento di somme da parte dell’impresa assicuratrice non è incerto quanto al suo accadimento, ma è semplicemente rinviato nel futuro, nel senso che è collegato ad una determinata data o ad un evento che è certo nel suo verificarsi (la morte del contraente), anche se non se ne conosce ancora la data ⁽¹²⁾.

Quel che qui merita sottolineare è che questa seconda tipologia di “prodotti assicurativi” (i contratti dei “rami vita”) si distingue dai contratti dei “rami danni”, in quanto esibisce una struttura ancor più simile alle altre forme di investimento proprio perché il ritrasferimento al risparmiatore (o alle persone da lui indicate) delle somme investite non è collegato ad un evento incerto nell’*an* ⁽¹³⁾.

Tutto ciò si riflette sul rapporto tra “prodotti assicurativi” e “prodotti finanziari”: i “prodotti assicurativi” partecipano alla natura dei “prodotti finanziari” non solo sotto il profilo funzionale, vale a dire non solo perché sono anch’essi forme di investimento, forme di impiego del risparmio, ma anche perché molti di essi esibiscono una struttura analoga a quei “prodotti finanziari” intermediati da soggetti diversi dalle imprese di assicurazioni. Detta analogia risiede nel fatto che anche in molti

¹¹) E v. infatti ancora ANNUNZIATA, *op. cit.*, 294, il quale, peraltro, fa riferimento solo ai cc.dd. “prodotti misti assicurativo finanziari”, sui cui v. *infra* nel testo.

¹²) ANOLLI, LOCATELLI, *op. cit.*, 165.

¹³) V. infatti ONADO, *op. cit.*, 152 e 160.

“prodotti assicurativi” – e precisamente nei contratti di assicurazione del c.d. “ramo vita” - è prevista quell’obbligazione di restituzione a carico dell’impresa e a favore del risparmiatore (o di persona da lui indicata), la quale è pacificamente ritenuta uno dei tratti tipici delle “operazioni finanziarie”.

Non solo: i prodotti assicurativi da ultimo menzionati, ossia i prodotti del c.d. “ramo vita”, condividono con le operazioni finanziarie, con i “prodotti finanziari” cui fa riferimento il testo unico della finanza, anche un’ulteriore caratteristica: in tutti questi prodotti è incerto il *quantum* delle somme che saranno restituite al risparmiatore. A seconda della concreta tipologia dell’investimento, ossia a seconda del “prodotto” in concreto acquistato dal risparmiatore, l’incertezza sulla quantità delle somme da restituire al risparmiatore medesimo potrà dipendere solo dalla capienza patrimoniale del prenditore dei fondi, ovvero potrà dipendere anche dai risultati della gestione delle somme stesse effettuata dall’intermediario.

Approfondimenti ulteriori e meno superficiali sarebbero necessari per un’esatta comprensione della stessa struttura giuridica dei contratti finanziari. Essi, tuttavia, svierebbero il discorso dal tema di questo studio: la protezione del consumatore di prodotti assicurativi. A questo fine qui interessa solo notare come il “prodotto assicurativo” sia in definitiva una forma di investimento del risparmio, non dissimile sotto questo aspetto dai prodotti finanziari menzionati dal testo unico della finanza.

Proprio dalla riconosciuta omogeneità tra “prodotto assicurativo” e “prodotto finanziario”, ossia proprio dall’essere entrambe forme di investimento, può prendere le mosse l’esame della tutela predisposta a favore del consumatore nel settore delle assicurazioni, confermando, innanzi tutto, quanto già osservato da una dottrina rimasta sostanzialmente inascoltata, allorché individuò, anni or sono, il “referente alto” della tutela del consumatore in ambito assicurativo nell’art. 47 Cost. (¹⁴), il quale, come noto, impegna la Repubblica a tutelare il risparmio “in tutte le sue forme”, ivi compreso, dunque, il “risparmio assicurativo”.

Si vedrà nel § 3 come la protezione costituzionale del risparmiatore – ivi compreso il “risparmiatore assicurativo” – non sia circoscritta al solo art. 47, ma rinvenga il proprio fondamento anche nell’art. 2 Cost. Per il momento mette conto rimanere in una prospettiva esclusivamente civilistica per osservare che la consapevolezza che il “prodotto assicurativo” rappresenta un investimento, consente di estendere all’acquisto del “prodotto assicurativo” le considerazioni sempre più diffuse in dottrina circa le caratteristiche di fondo delle operazioni aventi ad oggetto gli investimenti in genere. In proposito, si è osservato come “il complesso delle norme che disciplina le operazioni finanziarie ... appaiono suscettibili di una considerazione distinta rispetto a quelle integranti lo statu-

¹⁴) DESIDERIO, *Clausole vessatorie e vigilanza assicurativa*, in ALPA (cur.) *Investimento finanziario e contratti dei consumatori. Il controllo delle clausole abusive*, Milano, 1995, 87 ss.

to normativo di operazioni di scambio di beni diversi dai prodotti finanziari, ovvero dalla prestazione di servizi diversi da quelli di investimento”¹⁵). Con queste parole, si è voluto sottolineare che la logica delle norme che presiedono agli scambi e ai servizi finanziari, non coincide con quella delle norme disciplinanti scambi e servizi aventi un oggetto diverso: afferma, infatti, la dottrina in esame che le disposizioni sui contratti conclusi tra clienti ed intermediari appaiono “suscettibili di una considerazione distinta”. Il dato che in questo passaggio sembra rimanere in penombra e che merita, invece, di essere posto bene in vista, è che le norme disciplinanti lo scambio di beni e servizi diversi da quelli negoziati nel mercato finanziario sono, per definizione ed in prima battuta, le norme di carattere generale contenute nel codice civile. Si profila, così, secondo questa dottrina, un elemento di discontinuità tra i principi che governano i contratti posti in essere nel mercato finanziario ed i principi sottesi alle regole generali del contratto inserite nel codice civile.

Non interessa in questo momento osservare che non sempre è dato riscontrare in dottrina – come pure in giurisprudenza - una consapevolezza analoga delle specificità complessivamente esibite dalla disciplina dei contratti conclusi tra clienti ed intermediari finanziari: sembra, infatti, a volte prevalere il tentativo di omologare a tutti i costi la disciplina dei contratti conclusi nei mercati finanziari con gli schemi, le regole ed i principi ricevuti dalla tradizione civilistica¹⁶), senza che, invece, venga raccolta la raccomandazione, ormai risalente¹⁷), affinché, di fronte a “leggi speciali”, si presti attenzione ai “bisogni”, ai “problemi” e ai “criteri di disciplina ignoti al vecchio sistema”, che eventualmente possano emergere dalla “legge speciale” medesima.

Nel prosieguo dell’analisi vi sarà occasione di accennare nuovamente a questo aspetto, che è, poi, l’aspetto cruciale della disciplina dei contratti conclusi in occasione della prestazione dei servizi di investimento, come pure della prestazione dell’attività di “intermediazione assicurativa”. Per il momento ci si contenta di constatare come i rilievi appena formulati concorrono a formare il quadro legislativo di riferimento. È necessario, a tal fine, prendere atto che tutte le considerazioni fin

¹⁵) GUZZI, *Mercato finanziario*, voce dell’*Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, 744 ss, 747.

¹⁶) La conseguenza di questi tentativi è la scarsa consapevolezza delle conseguenze della eventuale irregolare prestazione dei servizi di investimento da parte degli intermediari. A fronte di fattispecie sostanzialmente analoghe, contraddistinte dal mancato adempimento, da parte degli intermediari, dell’obbligo di informare i clienti in ordine alla rischiosità e alla “adeguatezza” degli strumenti finanziari richiesti dai clienti stessi (artt. 21, lett. b, tuf; 28, comma 2, reg. consob n. 1° luglio 1998, n. 11522), si è assistito al proliferare delle soluzioni più diverse. Queste soluzioni sono state, infatti, la nullità del contratto per vizio di forma; la nullità del contratto per contrasto con norme di ordine pubblico; l’annullamento del contratto per dolo o per errore o per conflitto di interessi, oppure semplicemente il risarcimento del danno. Quest’ultimo, a sua volta, è stato fatto conseguire dal mancato adempimento di un obbligo precontrattuale riconducibile all’art. 1337 c.c., oppure è stato posto in relazione ad un vero e proprio inadempimento contrattuale ed è stato, pertanto, affiancato alla risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c., con conseguente nullità sia dell’ordine emanato in presenza del contratto risolto, sia della successiva operazione posta in essere. Inevitabilmente questo proliferare di possibili soluzioni ha destato giustificate perplessità: ci si è chiesti, infatti, come sia possibile che una medesima fattispecie si presti ad essere inquadrata e trattata secondo categorie concettuali e discipline tanto diverse tra loro (ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l’amaradam dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 895 ss., 899).

¹⁷) Cfr. IRTI, *L’età della decodificazione*⁴, Milano, 1999.

qui enunciate – sia quelle volte a rimarcare l’omogeneità dei “prodotti assicurativi” ai prodotti finanziari in genere, sia quelle volte a rimarcare l’esigenza di una “considerazione distinta” della disciplina dei prodotti finanziari rispetto alla disciplina di prodotti di diversa natura – sono state recentemente fatte proprie dal legislatore che, con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, ha introdotto l’art. 25 *bis* nel d. lgs. n. 58/1998, il quale, tuttavia, nel breve volgere di un anno ha subito un’ulteriore rivisitazione.

Il testo originario dell’art. 25 *bis* disponeva, al primo comma, che “gli articoli 21 e 23 si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche nonché, in quanto compatibili, da imprese di assicurazione”. Nel dicembre 2006 il testo è stato nuovamente modificato come segue: “gli articoli 21 e 23 si applicano alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione”: quest’ultimo testo sembra destinato ad essere confermato dalla prossima modifica del d. lgs. n. 58/1998, necessaria per il recepimento della Direttiva 2004/39/CEE.

In ordine all’art. 25 *bis* tuf occorre, in primo luogo, soffermare l’attenzione sul fatto che in entrambe le sue formulazioni esso fa riferimento a “*prodotti finanziari emessi ... da imprese di assicurazione*”. Sul punto, occorre essere consapevoli che quelli che l’art. 25 *bis* tuf definisce “prodotti finanziari emessi ... da imprese di assicurazione” corrispondono a prodotti che, nella prospettiva dell’art. 1, lett. *ss*, del codice delle assicurazioni, erano e sono “prodotti assicurativi”. Se si esamina l’art. 25 *bis* tuf con tale consapevolezza, si percepisce la grande importanza sistematica ed operativa assunta dalla norma in entrambe le sue formulazioni: essa formalizza la ricezione sul piano legislativo delle considerazioni sopra svolte circa la riconducibilità dei prodotti assicurativi ai prodotti finanziari, conferendo una parziale impronta di omogeneità alla relativa disciplina, la quale, altrimenti, in punti qualificanti, avrebbe presentato salti di qualità non facilmente giustificabili, anche se – come si vedrà – aspetti non marginali di difformità possono ancora intravedersi.

Su queste premesse, si può aggiungere qualche osservazione a proposito delle varie formulazioni assunte dall’art. 25 *bis* nella sua pur breve vita. Nella versione originaria dell’art. 25 *bis* assumeva un valore ermeneutico recessivo l’inciso “*in quanto compatibili*”, che limitava l’estensione degli artt. 21 e 23 tuf a quella particolare tipologia di “prodotti assicurativi” costituita dai “prodotti finanziari emessi ... da imprese di assicurazione”. Più precisamente, la locuzione secondo la quale gli artt. 21 e 23 tuf si sarebbero applicati alla sottoscrizione e al collocamento dei prodotti assicurativi “*in quanto compatibili*”, implicava che la mancata estensione dei citati artt. 21 e 23 tuf a detti prodotti fosse assolutamente eccezionale e dovesse essere di volta in volta adeguatamente motivata. Solo un’assoluta e dimostrata incompatibilità, infatti, avrebbe potuto giustificare l’evidente disparità di trattamento che sarebbe conseguita alla mancata applicazione degli artt. 21 e 23 tuf a prodotti as-

sicurativi. Ne segue che gli articoli 21 e 23 tuf non potevano non essere il costante riferimento dell'interprete nel delineare la tutela del consumatore di prodotti assicurativi.

Come anticipato, il quadro appena delineato si è modificato con il d. lgs. n. 303/06: non solo è mutato il testo dell'art. 25 *bis* tuf, ma all'art. 1¹ tuf è stata aggiunta la lett. *w bis*, che completa e delimita l'ambito di applicazione del nuovo art. 25 *bis*. Secondo la nuova lett. *w bis*, art. 1, cit., nel testo unico della finanza si intendono per " *prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione*": le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, con esclusione delle forme pensionistiche individuali di cui all'articolo 13, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252".

Sembra, dunque, attualmente vigente la disciplina seguente: gli artt. 21 e 23 tuf si applicano alle forme di investimento rappresentate da strumenti finanziari, dalle "operazioni di capitalizzazione" (v. art. 2 cap richiamato dalla nuova lett. *w-bis* dell'art. 1 tuf) (¹⁸), nonché dalle polizze e dalle "operazioni assicurative" che abbiano determinate caratteristiche.

Non resta che precisare le caratteristiche necessarie affinché, in applicazione del nuovo art. 25 *bis* tuf, le "operazioni assicurative" siano assoggettate agli artt. 21 e 23 tuf: dette caratteristiche sono costituite dal fatto che le prestazioni principali dell'impresa di assicurazioni "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" (cfr. ancora art. 2 cap).

Il quadro legislativo di riferimento non è ancora completo. Per completarlo occorre ricordare le modifiche apportate alla lett. *a* dell'art. 21 tuf nel dicembre del 2005, quando al testo originario ("nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati") furono aggiunte le seguenti parole: "i soggetti abilitati classificano, sulla base di criteri generali minimi definiti con regolamento dalla Consob, che a tale fine può avvalersi della collaborazione delle associazioni maggiormente rappresentative dei soggetti abilitati e del Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, di cui alla legge 30 luglio 1998, n. 281, il grado di rischiosità dei *prodotti finanziari* e delle gestioni di portafogli d'investimento e rispettano il principio dell'adeguatezza fra le operazioni consigliate agli investitori, o effettuate per conto di essi, e il profilo di ciascun cliente, determinato sulla base della sua esperienza in materia di investimenti in prodotti finanziari, della sua situazione finanziaria, dei suoi obiettivi d'investimento e della sua propensione al rischio, salve le diverse disposizioni espressamente impartite dall'investitore medesimo in forma scritta, ovvero

¹⁸) Non è inutile ricordare che la capitalizzazione è definita dal codice delle assicurazioni (art. 179¹) come "il contratto mediante il quale l'impresa di assicurazione si impegna, senza convenzione relativa alla durata della vita umana, a pagare somme determinate al decorso di un termine prestabilito in corrispettivo di premi, unici o periodici, che sono effettuati in denaro o mediante altre attività".

anche mediante comunicazione telefonica o con l'uso di strumenti telematici, purché siano adottate procedure che assicurino l'accertamento della provenienza e la conservazione della documentazione dell'ordine obiettivi d'investimento e della sua propensione al rischio, salve le diverse disposizioni espressamente”.

Questa modifica, in uno con quella sopra ricordata apportata alla fine del 2006, ha fatto sì che l'art. 21 lett. *a* tuf abbia tre campi diversi di applicazione: si applica, secondo il disegno originario, alla prestazione dei servizi di investimento e, quindi, si applica agli “strumenti finanziari”; si applica, poi, ai “prodotti finanziari emessi da imprese assicuratrici” in base al ricordato art. 25 bis tuf; si applica, infine, a seguito della recente modifica sopra riprodotta e limitatamente a quanto previsto in detta modifica, a tutti gli altri “prodotti finanziari” con la sola eccezione dei “depositi bancari e postali non rappresentati da strumenti finanziari” (v. ancora art. 1¹, lett. *u*, tuf).

Il prosieguo dell'indagine permetterà di accertare come una tale frammentazione – che sembra trovare giustificazione più nella necessità politica di conservare qualche competenza all'Isvap, che in altro e nell'affanno di mettere rimedio agli scandali finanziari – determini in concreto situazioni tali da rendere la eventuale disparità di tutela dei risparmiatori costituzionalmente illegittima ai sensi degli artt. 2, 47 e 3 Cost.

2. *La posizione del consumatore di prodotti finanziari e di prodotti assicurativi* – Nel precedente paragrafo si è soffermata l'attenzione sulla struttura del prodotto finanziario e del prodotto assicurativo e si è detto come anche in dottrina si ravvisi proprio nel prodotto finanziario l'elemento chiave, che determina le specificità della disciplina dei contratti conclusi nel mercato finanziario: questi contratti meritano una “considerazione distinta” rispetto agli altri, sia da parte del legislatore, sia da parte dell'interprete, perché hanno ad oggetto una *res* specifica (¹⁹), vale a dire, per l'appunto il prodotto finanziario stesso, le cui caratteristiche di base si sono descritte nelle pagine iniziali.

Invero, è proprio a causa delle specifiche caratteristiche del prodotto finanziario, e dunque anche del prodotto assicurativo, che la posizione di debolezza del risparmiatore è più acuta di quella del normale consumatore.

Il consumatore versa normalmente in una situazione di minore conoscenza del prodotto rispetto all'imprenditore che ha fabbricato o che colloca il prodotto medesimo; minore conoscenza, che innanzi tutto concerne le qualità intrinseche del prodotto stesso: il consumatore normalmente non ha una conoscenza immediata, diretta e precisa della struttura intrinseca e della effettiva utilità per lui del prodotto che si accinge ad acquistare. Non solo: di regola, il normale consumatore non è in grado di tracciare e valutare rapidamente e con sicurezza il rapporto tra il singolo prodotto a lui

¹⁹) V. ancora GUIZZI, *op. cit.*, 749.

offerto e i prodotti analoghi presenti sul mercato. Ed ancora, la situazione di inferiorità del consumatore si estende alla minore conoscenza che questi ha del contratto che regola lo scambio di beni e servizi che egli si accinge ad effettuare.

Se questa è la situazione di “debolezza”, di asimmetria informativa nella quale si trova il normale consumatore allorché accede al mercato per acquistare beni e servizi, ancora più grave è la situazione del risparmiatore. Questa disparità di situazione non è che l’espressione dell’osservazione a suo tempo posta da AKERLOF a base delle sue considerazioni sull’influenza delle asimmetrie informative nei mercati. Egli, infatti, prese le mosse dall’osservazione che le caratteristiche dei beni negoziati nei mercati incidono sulle caratteristiche dei mercati stessi e, quindi, sulla situazione di quanti vi accedono ⁽²⁰⁾: la conseguenza che deve trarsi da questo rilievo, è che la posizione dei consumatori risulta ancor più difficile e delicata in un mercato nel quale vengono negoziati beni particolarmente complessi, come accade nel mercato finanziario. Infatti, alla già rilevante situazione di asimmetria informativa – comune ad ogni consumatore – si aggiunge, nel caso del consumatore dei prodotti finanziari, quella che alcuni designano come “asimmetria di prodotto”, la quale, in definitiva, dipende dal fatto che ciascun prodotto finanziario ha caratteristiche sue proprie, estremamente variabili da un prodotto all’altro, con la conseguenza che il mercato, e dunque i consumatori, non riescono a percepire le caratteristiche dei prodotti immessi nel mercato stesso grazie all’esperienza maturata sui prodotti precedentemente negoziati.

Questa osservazione deve essere meglio chiarita attesa la sua importanza. Anche detta osservazione rinviene la propria matrice nel ragionamento di AKERLOF, il quale ha rilevato come “esistono parecchi mercati nei quali i compratori utilizzano delle informazioni statistiche relative all’intero mercato per valutare la qualità dei loro acquisti futuri”. In questi casi, infatti, relativamente a determinati beni, il mercato riesce ad inserire ciascun prodotto in classi sufficientemente omogenee, composte da prodotti analoghi presenti sul mercato (si pensi, ad esempio, alle automobili di una data cilindrata). In questo modo il mercato è in grado di incorporare quelle informazioni che sulla base dell’esperienza rendono solitamente possibile al mercato stesso decifrare le caratteristiche fondamentali dei singoli prodotti rientranti nel medesimo segmento (per continuare nell’esempio già formulato: dalle automobili di una data cilindrata ci si aspetta un insieme di prestazioni e di dotazioni corrispondenti a quelle solitamente presentate dalle altre automobili di gamma analoga). In altre parole, con il tempo e con l’esperienza il mercato riesce a percepire le caratteristiche fondamentali di un prodotto dell’industria manifatturiera, ponendosi, così, in condizione di

²⁰) AKERLOF, *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 84, 488 ss.

darne una valutazione consapevole sia in assoluto, sia in comparazione con prodotti analoghi ⁽²¹⁾. Non solo: per i normali consumatori non è né difficile, né particolarmente costoso accedere all'informazione così prodotta (esistono, per rimanere all'esempio delle automobili, una pluralità di pubblicazioni che diffondono, in forma accessibile a tutti, i dati, i giudizi, le comparazioni sulle autovetture presenti nel mercato stesso).

Una situazione analoga, invece, non si verifica con i prodotti finanziari, rispetto ai quali si riesce al più ad individuare degli archetipi (contratti di debito, contratti di assicurazione, contratti di partecipazione), i quali, oltre a non rappresentare per più versi le svariate tipologie ormai diffuse sui mercati più evoluti, si rivelano a prima vista assolutamente descrittivi, dal momento che nulla suggeriscono in ordine alla concreta struttura e alla concreta qualità dei singoli contratti in astratto riconducibili all'uno o all'altro archetipo: ad esempio, ciascuna emissione obbligazionaria è un evento a sé stante a causa della variabilità dell'emittente, dei tempi e delle condizioni che caratterizzano l'emissione stessa.

La verità è che i prodotti finanziari - consistendo, in definitiva, in contratti - con molta facilità possono essere di volta in volta variati nelle loro clausole, nella loro struttura, con il risultato di impedire al mercato di accumulare la necessaria esperienza sul singolo prodotto ⁽²²⁾: la complessità e la variabilità dei prodotti finanziari, dunque, non rendono possibile, o rendono oltremodo difficili e inaffidabili i suddetti tentativi di classificazione presenti nei mercati di altri beni, allorché questi tentativi abbiano ad oggetto prodotti finanziari.

Questo dato - già riscontrato in passato - si è acuito ulteriormente con la riforma del 2003, quando è stata generalizzata l'atipicità delle forme di finanziamento delle imprese, con la conseguenza che ormai ogni emissione di strumenti finanziari (in particolare quelli rientranti nella lett. *b-bis* dell'art. 1² tuf) da luogo ad uno strumento finanziario a sé stante, bisognoso di un'analisi *ad hoc* in quanto non facilmente comparabile con altri prodotti esistenti sul mercato ⁽²³⁾.

²¹) Problema diverso - e che complica ancora di più la posizione del consumatore - è la congruenza del bene in concreto acquistato dal consumatore alle effettive preferenze personali del consumatore medesimo: v. D'ORLANDO, RODANO, *Fondamenti teorici dell'ipotesi di razionalità: il ruolo dell'esperienza*, in *Economia politica*, 2006, 425 ss.; ZAMAGNI, *Consumi. 1 economia*, voce dell'*Enciclopedia delle scienze sociali*, II, Roma, 1992, 315 ss., 326.

²²) La sostanziale atipicità dei prodotti finanziari è per lo più condivisa in dottrina anche con riguardo a quella *species* di prodotti finanziari, che sono gli strumenti finanziari (v. ad es. R. LENER, *Strumenti finanziari e servizi di investimento*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1997, I, 326 ss., 339; SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2004, I, 283 ss.), malgrado l'apparente rigidità delle fattispecie di strumento finanziario, le quali, come noto, sono elencate nel tuf. In proposito, è stato rilevato come le formule impiegate per definire le singole categorie sono talmente ampie che la tassatività dell'elenco è solo apparente (LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, 120; COSTI, ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, Padova, 2004, 38).

²³) Cfr. CAVAZZUTI, *La trasparenza dei mercati finanziari*, in *Banca, impresa, società*, 2004, 419 ss., 429 s. Ad ulteriore conferma di quanto affermato nel testo a proposito della atipicità delle forme di finanziamento dell'impresa è utile soffermarsi sulle definizioni recentemente coniate dalla Consob in occasione della riformulazione del regolamento emittenti (delib. n. 11971 del 14 maggio 1999), le quali definizioni coniugano il dato normativo e la prassi di mercato: non vi sono più semplicemente "azioni" ed "obbligazioni", vale a dire fattispecie compiutamente definite a seguito di una lunga tradizione legislative e dottrinarie, ma "titoli di capitale" - che sono "le azioni e altri valori negoziabili equivalenti".

Su queste premesse gli economisti hanno avvertito come il mercato finanziario esibisca delle caratteristiche sue proprie, non agevolmente comparabili con i mercati di altri beni (²⁴), con ciò confermando la peculiarità della posizione del risparmiatore rispetto al normale consumatore.

La peculiarità del mercato finanziario e dei prodotti che vi si scambiano può essere riassunta nei termini seguenti: il prodotto finanziario si differenzia dai prodotti dell'industria manifatturiera non solo per le sue già rilevate caratteristiche di variabilità e complessità, ma anche per una sua caratteristica ulteriore, che consiste nel fatto che le parti si scambiano le prestazioni connesse al prodotto finanziario in momenti non contestuali. In particolare, questa sfasatura temporale tra le due prestazioni sfavorisce il risparmiatore, il quale consegna una data somma di denaro alla sua controparte al momento dell'acquisto del prodotto finanziario, mentre il risparmiatore potrà ricevere la prestazione promessa dal prestatore dei fondi solo in un tempo futuro, sempre che all'epoca si siano verificate le condizioni per la concreta effettuazione in favore del risparmiatore della prestazione medesima.

Questa sfasatura temporale delle prestazioni complica ulteriormente la posizione - già delicata per quanto si è detto sopra - del risparmiatore perché fa sì che egli non possa contare sui consueti indici utilizzabili nei mercati di beni diversi dai prodotti finanziari: oggetto, prezzo, altre clausole del contratto, qualità delle parti sono tutti elementi che, nel caso di beni diversi dai prodotti finanziari, forniscono una serie di informazioni sulle caratteristiche del bene in concreto offerto. Sennonché, nel caso dei prodotti finanziari questi elementi forniscono un'informazione particolarmente incompleta sul possibile esito del rapporto, per il semplice motivo che l'informazione creata da questi elementi - ammesso che sia nota ed accessibile al normale risparmiatore: cosa men che scontata - è comunque riferita al passato e può al più valere per il tempo in cui l'informazione medesima è prodotta, ossia il momento dell'acquisto del prodotto finanziario. Sennonché - come si è anticipato - a differenza dell'assoluta generalità degli scambi, che si svolgono contestualmente o in tempi ravvicinati, la prestazione promessa al risparmiatore è strutturalmente destinata ad avere luogo in un tempo futuro, caratterizzato da uno "stato del mondo" - per usare un'espressione cara agli economisti - che, al momento dell'investimento, è ignota perfino allo stesso prestatore dei fondi malgrado la sua più assoluta buona fede: infatti, anche quest'ultimo, nel momento in cui riceve i capitali non sa se la sua iniziativa economica avrà successo (²⁵).

ti ad azioni di società e qualsiasi altro tipo di strumento finanziario negoziabile che attribuisca il diritto di acquisire i summenzionati strumenti mediante conversione o esercizio di diritti che essi conferiscono, purché i titoli di quest'ultimo tipo siano emessi dall'emittente delle azioni sottostanti o da un'entità appartenente al gruppo di detto emittente" - e "*strumenti diversi dai titoli di capitale*", che sono "*tutti gli strumenti finanziari che non sono di titoli di capitale*" (v. art. 2, lett. m e n): come si vede, non vi potrebbe essere nulla di più vago ed indefinito, atipico, per l'appunto.

²⁴) Cfr. FORESTIERI, MOTTURA, *op. cit.*, 203 ss.

²⁵) Per i rilievi formulati nel testo v. ancora FORESTIERI, MOTTURA, *op. cit.*, 215 s.

È proprio questa proiezione nel futuro delle aspettative connesse all'investimento che rende la posizione del consumatore di prodotti finanziari ulteriormente complessa e delicata: le speranze del risparmiatore di ottenere le somme promesse dal prenditore dei fondi sono strettamente connesse alla consistenza finanziaria che il prenditore medesimo può vantare, non solo nel momento in cui ha luogo la dazione di fondi, ma anche e soprattutto nel futuro, quando per il prenditore di fondi arriverà il momento di adempiere alla promessa – fatta al risparmiatore al tempo dell'investimento – di pagargli determinate somme. Se nel futuro il prenditore dei fondi non sarà patrimonialmente in grado di mantenere le promesse formulate quando ha ricevuto i fondi stessi dal risparmiatore, quest'ultimo perderà le somme risparmiate.

In uno scenario siffatto la posizione del risparmiatore è particolarmente fragile. Egli non sconta solo le stesse debolezze subite dal normale consumatore quando questi decide di acquistare beni o servizi diversi da quelli finanziari. A queste debolezze, si aggiungono quelle derivanti dalla particolare complessità e variabilità dei prodotti finanziari stessi, nonché l'ulteriore debolezza conseguente all'incertezza, all'incognita, in una parola all'ulteriore rischio consistente nel fatto che il successo dell'investimento è collegato alle politiche aziendali più o meno virtuose adottate dalle imprese destinatarie delle risorse investite dal risparmiatore ⁽²⁶⁾, le quali politiche per di più – e si inserisce così un ennesimo elemento di sfavore e di difficoltà per il risparmiatore – non possono di fatto essere monitorate con la necessaria competenza ed informazione da parte del risparmiatore stesso.

Si è così individuato uno snodo cruciale per comprendere la posizione del risparmiatore e la struttura della sua tutela giuridica: questo snodo è rappresentato dall'estrema difficoltà incontrata dal risparmiatore nello svolgere un'efficace attività di controllo sul prenditore dei fondi, sull'impresa finanziata. Questo dato – storicamente constatato e lamentato ⁽²⁷⁾ – contribuisce ulteriormente a tracciare l'intrinseca e peculiare posizione di debolezza del risparmiatore ed è talmente grave e delicato che costituisce una delle giustificazioni di fondo dell'esistenza dell'apparato di regolazione del mercato finanziario, ivi compresa la parte dedicata alla c.d. *governance* delle imprese; e non basta perché, al tempo stesso, il suddetto elemento di debolezza del risparmiatore costituisce una delle giustificazioni di fondo dell'esistenza stessa degli intermediari finanziari ⁽²⁸⁾: a questi ultimi è, in definitiva, assegnato il compito di svolgere quell'attività di monitoraggio sull'andamento delle imprese finanziate, che un'esperienza ultrasecolare ha rivelato da fatto impossibile per il singolo risparmiatore.

²⁶) E' il c.d. "rischio di inadempimento": cfr. ANOLLI, LOCATELLI, *op. cit.*, 27 ss.

²⁷) V. infatti, ad esempio, SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, trad. it. di Batoli, Camporesi e Caruso, Roma, 1995, 609, che scriveva nel 1776; SRAFFA, *La crisi bancaria in Italia*, ora in *Saggi*, Bologna, ..., 238, che scriveva nel 1922.

²⁸) Onado; marotta, pittaluga

Si è detto come gli elementi di debolezza del risparmiatore fin qui elencati integrino i motivi di fondo della sua tutela giuridica. Si avrà modo nel corso dell'indagine di mostrare quanto la descritta situazione del risparmiatore incida sulla struttura della sua tutela giuridica, fino a rappresentare un canone per l'interpretazione delle relative norme. Un primo ed immediato riscontro della fondatezza di quell'affermazione può comunque trarsi dalla disciplina recentemente dettata a proposito di quei particolari prodotti finanziari, che sono i "prodotti assicurativi", ai possono estendersi in larghissima misura le considerazioni fin qui formulate.

In particolare, una conferma testuale che anche i prodotti assicurativi partecipano della complessità e della specificità proprie di ciascun prodotto finanziario, può trarsi dall'art. 52² reg. Isvap n. 5/2006, il quale prescrive che gli "intermediari assicurativi ... acquisiscono dal contraente ogni informazione che ritengono utile in funzione delle caratteristiche e della complessità del contratto offerto". In altre parole, la disposizione pretende che le informazioni impartite al consumatore siano di volta in volta calibrate sulle specifiche "caratteristiche" e sulla "complessità" del contratto in concreto offerto. Con ciò la disposizione conferma come i prodotti assicurativi siano tutt'altro che omogenei e possano avere caratteri e complessità di volta in volta assai variabili.

Altra conferma della incapacità del normale risparmiatore di rendersi conto della struttura e dei rischi connessi ai singoli prodotti, nonché della incapacità del risparmiatore di valutare la consistenza dei prenditori dei fondi possono trarsi dagli artt. 185² cap e 49⁴ reg. Isvap, i quali stabiliscono che le informazioni date all'aspirante acquirente dei prodotti assicurativi comprendano, ove necessario, sia "la situazione patrimoniale dell'impresa" assicurativa cui il risparmiatore consegna il suo risparmio, sia "i rischi finanziari" connessi al contratto offerto al consumatore.

3. *La pubblicità dei prodotti assicurativi, la pubblicità dei prodotti finanziari e le linee di fondo della disciplina della pubblicità dei beni di consumo* - Le direttrici sulle quali si svolge la tutela del consumatore di prodotti assicurativi, sono commisurate alla sua situazione di particolare "debolezza", vale a dire di accentuata asimmetria informativa sopra rilevata a carico di tale soggetto, come a carico di qualsiasi altro risparmiatore. Pertanto, la tutela del consumatore di prodotti assicurativi segue la struttura della tutela propria del risparmiatore predisposta dal testo unico della finanza: essa, infatti, ha riguardo alla pubblicità, all'informazione sul contratto, alla adeguatezza dello specifico prodotto rispetto alle esigenze assicurative del singolo cliente, alla forma del contratto, mentre alcune disposizioni sono dedicate a favorire la concorrenza tra le imprese attraverso l'imposizione a ciascuna impresa assicuratrice di specifici obblighi di rendere pubbliche le condizioni praticate alla clientela.

Come si vede, la presenza nel “prodotto assicurativo” dei caratteri tipici del prodotto finanziario fa sì che gli snodi fondamentali della tutela dell’acquirente di “prodotti assicurativi” siano analoghi a quelli che caratterizzano la tutela del risparmiatore prevista dal testo unico della finanza.

La dedotta analogia non significa, peraltro, che tra le due forme di tutela vi sia perfetta identità: sarà di volta in volta sottolineato come e quanto la struttura delle disposizioni recentemente emanate in tema di “prodotti assicurativi” non coincide con quella delle disposizioni contenute nel testo unico della finanza e nei regolamenti emanati dalla Consob, con un conseguente possibile arretramento della tutela riconosciuta al cliente delle imprese di assicurazioni. La circostanza, poi, che – come anticipato in § 1 - recentemente sia stata espressamente disposta l’estensione degli artt. 21 e 23 tuf ai c.d. “prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione” non semplifica affatto il quadro, contribuendo, anzi, a rendere la tutela del consumatore del prodotto assicurativo per più versi farraginoso e contraddittorio, dal momento che i riferimenti normativi ed i contenuti di detta tutela possono mutare a seconda del prodotto assicurativo in concreto acquistato.

Le denunciate aporie non valgono, peraltro, per la pubblicità: le disposizioni in concreto emanate dalla recente disciplina dei prodotti assicurativi ricordano in più punti quelle a suo tempo dettate in tema di prodotti finanziari che siano oggetto di sollecitazione del pubblico risparmio. Invero, i primi due comma dell’art. 182 cap dispongono che *“la pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione 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. I medesimi principi sono rispettati anche quando la pubblicità sia autonomamente effettuata dagli intermediari”*. Non diversamente, l’art. 101² tuf prevede che *“gli annunci pubblicitari sono effettuati secondo i criteri stabiliti dalla Consob con regolamento, avendo riguardo alla correttezza dell’informazione e alla sua conformità al contenuto del prospetto”*.

L’analisi delle due disposizioni sarà effettuata nel paragrafo 5. Per il momento interessa prendere atto che sono sicuramente omogenei i principi di fondo cui deve ispirarsi la pubblicità: sia che abbiano ad oggetto prodotti assicurativi, sia che si riferiscano a prodotti finanziari, i messaggi pubblicitari devono essere improntati *“alla correttezza dell’informazione ed alla conformità rispetto al contenuto”* del relativo contratto e dei documenti che ne riportano in tutto o in parte il contenuto stesso (cfr. artt. 182 cap e 101² tuf). E’ bene precisare immediatamente che questi documenti ulteriori al contratto sono la “nota informativa” prevista dall’art. 185 cap per quanto riguarda i prodotti assicurativi, ed il “prospetto” di cui all’art. 94 tuf (²⁹) per quanto riguarda i prodotti finanziari disciplinati dal testo unico della finanza.

²⁹) Per comodità del lettore si rammenta che il “prospetto” è il documento nel quale, in caso di “appello al pubblico risparmio”, vengono riportate le informazioni “necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio

Così individuati i principi di fondo che dominano la pubblicità nel mercato finanziario (inteso nella sua accezione più ampia, ivi compreso, dunque, il segmento relativo ai prodotti assicurativi), si pone il problema di coordinare detti principi con le regole che governano la pubblicità dei beni di consumo. L'esigenza di un tale coordinamento non è dettata solo da (peraltro ineludibili) esigenze di carattere sistematico, ma si rende necessaria anche a causa dei rilievi formulati in dottrina circa una asserita specificità dei criteri su cui è ordinata la pubblicità dei prodotti finanziari e assicurativi. In particolare, si è sostenuto che “la pubblicità di prodotti finanziari assicurativi e creditizi risponde a criteri specifici in ragione del diverso ruolo che l'informazione assolve quando operi in un mercato finanziario”⁽³⁰⁾.

Il tema dei rapporti tra pubblicità ed informazione è complesso e travagliato⁽³¹⁾ e ad esso non può qui dedicarsi lo spazio che meriterebbe. Qui si prenderanno, pertanto, in considerazione quegli aspetti che più specificamente incidono sulla disciplina dei prodotti finanziari ed assicurativi, rispetto ai quali, come è noto, sono previsti incisivi obblighi di informazione tanto a carico degli emittenti, quanto a carico degli intermediari. A questo proposito, peraltro, è necessario affermare con chiarezza che – al di là del problema dell'effettiva valenza informativa della pubblicità – nel mercato finanziario obblighi di informazione e disciplina della pubblicità insistono su piani assolutamente distinti: gli obblighi di informazione, come si vedrà *infra* in par. .., integrano l'oggetto di una vera e propria obbligazione gravante sull'intermediario e/o sull'emittente e prescindono assolutamente dalla decisione di questi soggetti di lanciare messaggi pubblicitari. In altre parole, vale anche per il mercato finanziario l'osservazione formulata dalla dottrina allorché ha avvertito che “la disciplina della pubblicità commerciale concerne prevalentemente le modalità di comunicazione piuttosto che l'obbligo di fornire le informazioni”⁽³²⁾.

Quest'ultimo rilievo può essere completato ponendo in luce le ragioni per le quali la disciplina della pubblicità concerne soprattutto le *modalità* del messaggio. Il legislatore, infatti, concentra le sue preoccupazioni sul *quo modo* della pubblicità perché – come posto in luce dalla dottrina – l'*an* della pubblicità, ossia la decisione sul se effettuare o meno messaggi pubblicitari, è di regola rimesso alla discrezionalità dell'interessato, atteso che la pubblicità è espressione di una situazione

sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti” (art. 94² tuf). Sul prospetto v. anche *infra* in § 5.

³⁰) CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, voce del *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. comm., XI, Torino, 1995, 433 ss., 446.

³¹) V. comunque fin d'ora ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 86 ss.; Gius. ROSSI, *La pubblicità dannosa. Concorrenza sleale, “diritto a non essere ingannati”, diritti della personalità*, Milano, 2000, *passim*, ma spec. 91 ss.

³²) CAFAGGI, *op. cit.*, 444; e spunti nello stesso senso possono cogliersi in AUTERI, *La tutela dei risparmiatori e dei concorrenti contro la pubblicità ingannevole e scorretta*, in AUTERI (cur.), *Informazione e pubblicità*, cit., 5.

soggettiva costituzionalmente protetta, che viene identificata spesso con il diritto di intrapresa economica o, in modo peraltro meno convincente⁽³³⁾, con la libertà di manifestazione del pensiero⁽³⁴⁾.

Questa precisazione rende possibile percepire meglio la distanza che separa la pubblicità dall'obbligo di fornire al mercato o ai singoli clienti determinate e specifiche informazioni sul contratto in concreto offerto. Invero, mentre la pubblicità è, come si diceva, oggetto di un diritto dell'imprenditore, l'obbligo di fornire esaurienti informazioni sul bene commerciato è, per l'appunto, un obbligo, anzi un'obbligazione, cosicché integra non più una condotta rimessa alla discrezionale valutazione che l'imprenditore compie intorno ai suoi interessi, ma una condotta necessitata, imposta all'imprenditore medesimo dalla legge o dal contratto a seconda delle circostanze, in vista della realizzazione di interessi altrui. Affiorano in tal modo gli interessi in gioco ed i motivi per i quali la pubblicità mal si presta a veicolare le informazioni sul bene e sul contratto che la legge ritiene debbano essere date al cliente per colmare il *gap* informativo esistente a suo sfavore: il trasferimento di queste informazioni al consumatore non può essere lasciato alla discrezionalità dell'imprenditore, il quale può anche decidere di rinunciare ad esercitare il diritto di far pubblicità al suo prodotto, ma non può esimersi dall'adempimento degli obblighi informativi a suo carico⁽³⁵⁾. In altre parole, se la trasmissione delle informazioni necessarie per limitare le asimmetrie rilevate nel precedente paragrafo fossero affidate alla pubblicità, il ridimensionamento delle asimmetrie medesime sarebbe di fatto rimesso alla valutazione discrezionale del produttore, che assumerebbe le relative decisioni in rapporto al *trade off* tra minore pubblicità e maggiore opacità del contratto e del bene compravenduto.

Senonché, non è questa la via prescelta dal legislatore: la tutela del consumatore non è rimessa alla discrezionalità del produttore. Non può esservi, dunque, confusione tra pubblicità e obblighi informativi al mercato. E ciò vale tanto per il mercato finanziario, quanto per il mercato dei beni di consumo in genere.

Questa conclusione apre, poi, il campo ad un ulteriore rilievo: deve negarsi con decisione che, alla stregua della legislazione attualmente vigente, le regole che governano la pubblicità nel

³³) Sono sempre valide, sul punto, le considerazioni a suo tempo formulate da ALPA, BESSONE, ROPPO, *Una politica del diritto per la pubblicità commerciale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1974, I, 303 ss., 316.

³⁴) V. sul punto ampiamente ancora CAFAGGI, *op. cit.*, 434 ss.

³⁵) Da tempo i giuristi hanno preso atto della inidoneità della pubblicità – anche a causa delle sue caratteristiche intrinseche - a rimediare alle asimmetrie informative esistenti a carico del risparmiatore: “essa mira a richiamare l'attenzione del pubblico sulla esistenza del prodotto e a suggerire alcuni motivi a volte meramente suggestivi che dovrebbero consigliare l'acquisto del prodotto o del servizio” (AUTERI, *op. loc. cit.*; ALPA, BESSONE, ROPPO, *op. cit.*, 303 s.; ulteriori riferimenti alla dottrina che ha confermato l'impossibilità di avvicinare, per contenuti e finalità, la pubblicità commerciale alla “vera informazione” possono leggersi in Gius. ROSSI, *op. cit.*, 24, nota 35). Come si è accennato nell'inciso, ciò accade anche per le caratteristiche intrinseche, strutturali del messaggio pubblicitario; assai efficace, sul punto, è l'esempio offerto dalla pubblicità televisiva: “difficile fare ragionamenti, se non elementari, nei 30 o 15 secondi di uno spot: meglio affidarsi al fascino delle immagini, all'emozione della musica, all'impatto di un'azione sorprendente, alla simpatia di una gag” (TESTA, *La pubblicità*², Bologna, 2004, 79). Discorso solo parzialmente diverso può valere per la carta stampata (v. ancora TESTA, *op. cit.*, 80).

mercato finanziario siano sostanzialmente difformi da quelle che governano la pubblicità dei beni di consumo in generale. In altre parole, il mercato finanziario, il risparmiatore, il consumatore di prodotti assicurativi non sono latori di interessi tali da determinare la creazione di regole speciali riservate alla pubblicità destinata al mercato suddetto (v. peraltro le precisazioni formulate nel successivo § 5).

In proposito, è utile richiamare ancora una volta aspetti ai quali già si è avuto modo di accennare. Si è già detto, infatti, che le regole relative alla pubblicità dei prodotti finanziari soggetti alla disciplina disposta dal testo unico della finanza sono sostanzialmente comuni alle regole dettate per quei particolari prodotti finanziari che sono i prodotti assicurativi: sia l'art. 182 cap, sia l'art. 101² tuf elevano a regola generale della pubblicità dei suddetti prodotti la "correttezza dell'informazione" e la "conformità" della pubblicità medesima al contenuto del contratto pubblicitario. Ora è necessario aggiungere che questi due principi di fondo costituiscono, a ben vedere, la trasposizione, all'interno del mercato finanziario, dell'art. 2 del codice del consumo, il quale inserisce il diritto "*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" tra i diritti "*fondamentali*" riconosciuti "*ai consumatori ed agli utenti*".

Questo rilievo consente di trarre le fila rispetto ad alcune considerazioni sopra formulate: in primo luogo, è confermato che le linee di fondo della disciplina della pubblicità nel mercato finanziario corrispondono pienamente ai caratteri che contrassegnano il mercato dei beni di consumo: "correttezza" e "adeguatezza" dell'informazione devono contraddistinguere sempre il messaggio pubblicitario, sia relativamente ai prodotti finanziari, sia relativamente ai beni di consumo. Per altro verso, è altresì confermato che il riferimento alla qualità dell'informazione, operato dalla normativa sopra richiamata in relazione alla pubblicità, non si specifica in un preciso obbligo di colmare attraverso la pubblicità stessa l'asimmetria informativa che affligge – come si è visto (v. § 2) – consumatore e risparmiatore.

4. *Consapevolezza delle scelte e tutela della personalità nella ratio della disciplina del consumo e del risparmio* - Le conclusioni attinte nel precedente paragrafo non possono ancora dirsi soddisfacenti. Al riguardo, è sufficiente osservare che, dopo aver speso molte parole per ribadire la netta separazione esistente tra gli obblighi di informazione gravanti sull'intermediario (relativamente al contratto e al bene) e i messaggi pubblicitari, si è dovuto prendere atto dell'esistenza di regole che sembrano mettere in discussione detta separazione. Particolarmente significativo in proposito, è l'art. 2 del codice del consumo – che, comunque, riflette e riassume istanze presenti nella normativa relativa ai mercati finanziari – secondo il quale "*ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: ... c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*".

Questa disposizione evidenzia quanto sia tormentato il rapporto tra pubblicità ed informazione. In particolare, essa pone in luce che – se è vero, per quanto si è detto in § 3, che gli obblighi informativi non possono essere confusi con la pubblicità – ciò malgrado la stessa pubblicità deve essere “corretta” e deve comunque avere un contenuto “informativo”. Questa disposizione apre, così, il campo ad un duplice problema di natura formale e sostanziale al tempo stesso: infatti, l’art. 2 cdc configura le caratteristiche di correttezza e “informatività” che la pubblicità deve avere alla stregua dello stesso art. 2, come oggetto di un diritto “fondamentale” del consumatore in tal senso.

Si profila la necessità di risolvere il problema così posto dalla pubblicità per il suo peculiare rapporto con i suoi stessi destinatari: invero, premesso che la pubblicità rappresenta una forma di esercizio di libertà costituzionalmente protette, come la libertà di manifestazione del pensiero o la libertà di impresa, occorre risolvere l’apparente aporia costituita dal fatto che la legge ordinaria contrappone alla pubblicità, vale a dire – si ripete - ad una forma di esercizio di libertà costituzionalmente protette, un diritto “fondamentale” dei consumatori ad “una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”.

A questo punto è opportuno richiamare quanto s’è detto nei precedenti paragrafi a proposito della pubblicità, in particolare quando si è individuato il suo carattere distintivo nel fatto di essere soggetta ad una disciplina attenta soprattutto al *quo modo* della pubblicità e solo raramente all’*an* della stessa. Questa osservazione deve ora essere specificata nell’ulteriore rilievo che il *quo modo* della pubblicità è formalmente configurato non già quale limite al diritto dell’imprenditore a procedere a messaggi pubblicitari, ma come diritto soggettivo del consumatore a che la pubblicità sia posta in essere nel rispetto dei criteri fissati dalla legge.

Per risolvere questo problema viene certamente utile l’indicazione metodologica secondo la quale “per poter comprendere l’ambito operativo della libertà di cui gode il comunicante nell’esercizio dell’attività pubblicitaria occorre identificare quali siano gli interessi che potenzialmente confliggono e dunque valutare i livelli di interdipendenza delle libertà coinvolte”⁽³⁶⁾. Occorre, dunque, individuare il presupposto sostanziale che induce il legislatore a configurare, non già generici limiti all’attività dell’impresa, riportabili ad un’indistinta “utilità sociale” ex art. 41² Cost.⁽³⁷⁾, ma veri e propri “diritti”, ossia pretese del consumatore ad una determinata condotta nei suoi confronti in materia pubblicitaria, per di più qualificati come “fondamentali”: solo individuando gli interessi effettivamente contrapposti, si chiariscono i termini di un conflitto così singolare tra un diritto costituzionalmente protetto ed un diritto “fondamentale” istituito dalla legge ordinaria.

³⁶) CAFAGGI, *op. cit.*, 441: l’A. fa chiaramente riferimento agli interessi delle imprese concorrenti e agli interessi dei destinatari della pubblicità. Dato l’oggetto della presente indagine, nel testo è preso in considerazione solo l’interesse di questi ultimi.

³⁷) Come, pure, si ipotizza in dottrina: v. CAFAGGI, *op. cit.*, 439.

La gravità e la singolarità di tale conflitto non vengono certamente meno a fronte dell'interpretazione volta a non enfatizzare eccessivamente la qualifica di “fondamentale”, attribuita dal codice del consumo, come già dalla l. 30 luglio 1998, n. 281 (art. 1), al “diritto ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità”, oltre che agli altri diritti elencati nello stesso art. 2 cdc. Sul punto si è, infatti, affermato che i “diritti fondamentali” del consumatore non possono essere posti sullo stesso piano dei “diritti dell'uomo” o dei “diritti costituzionalmente garantiti”, ma essi devono essere pur sempre intesi come “diritti essenziali [dei consumatori], diritti che non possono essere violati”⁽³⁸⁾.

Dunque, rimane pressoché intatto l'interrogativo di matrice formale e sostanziale prima segnalato: perché un diritto costituzionalmente protetto quale è quello sotteso alla pubblicità, è contrapposto ad un diritto “essenziale e che non può essere violato” del consumatore a che la pubblicità abbia un determinato contenuto? Ed a questo interrogativo può seguirne un altro: qual è il valore protetto sul versante del consumo, valore dal peso specifico maggiore di quello tutto sommato generico connesso alla “utilità sociale” di cui all'art. 41² cost.⁽³⁹⁾ e anzi di pregnanza tale da potersi contrapporre (si rammenti che una data conformazione della pubblicità è “diritto fondamentale” del consumatore) agli interessi costituzionalmente protetti sottintesi nella pubblicità?

La risposta a questi interrogativi è particolarmente complessa perché, a ben vedere, essi non investono solo lo specifico segmento della disciplina della pubblicità, ma investono la tutela del consumatore nel suo insieme. Infatti, quello che sopra si è detto essere un “peculiare rapporto”, “un conflitto singolare” non vede contrapposti solo la pubblicità ed i suoi destinatari, ma coinvolge e si estende al più ampio e travagliato rapporto tra produzione e consumo, del quale la pubblicità è solo un aspetto. È ovvio, peraltro, che un rapporto tanto complesso e controverso non può essere preso in considerazione in questa sede se non per la parte necessaria a dar conto dei fondamenti della tutela del consumatore in quanto strumentali – come si dirà – a meglio inquadrare la tutela del risparmiatore.

³⁸) ALPA, in *I diritti dei consumatori e degli utenti. Un commento alle leggi 30 luglio 1998, n. 281 e 24 novembre 2000, n. 340 e al d. lgs. 23 aprile 2001, n. 224*, a cura di ALPA e LEVI, Milano, 2001, 18.

³⁹) Infatti, anche a voler adeguatamente valorizzare a fini normativi il concetto di “utilità sociale” di cui all'art. 41² cost., occorre riconoscere che lo stesso ha lo scopo di far assumere rilevanza agli interessi storicamente ritenuti funzionali alla realizzazione degli “obiettivi della Costituzione” indicati nell'art. 3² della stessa Costituzione e “analiticamente elencati nelle norme sui diritti sociali e sui rapporti economici” (LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.), tra i quali la tutela del consumatore rientrerebbe più per scelta dell'interprete, che per diretto collegamento normativo. Al di là del merito delle conclusioni dell'orientamento accennato, deve evidenziarsi un dato degno di rilievo per quanto riguarda la pregnanza dei valori contrapposti: se la tutela del consumatore dovesse veramente fare affidamento sul concetto di “utilità sociale” per potersi validamente contrapporre all'impresa, se ne dovrebbe riconoscere la strutturale inferiorità rispetto a quest'ultima. Per la tutela del consumatore, infatti, varrebbero le stesse considerazioni formulate a proposito del dato “socialmente utile”: anche per essa, infatti, non sarebbe possibile affermare *a priori* la sua rilevanza a livello costituzionale (v. infatti ancora LUCIANI, *op. cit.*, 131). In altre parole, mentre la tutela del consumatore sarebbe rimessa alla contingente valutazione delle maggioranze parlamentari, l'impresa si confermerebbe valore dotato di stabile rilevanza costituzionale, a fronte del quale la tutela del consumatore sarebbe strutturalmente recessivo in quanto privo di un valore suo proprio nell'ambito dei molteplici fenomeni socioeconomici.

La difficoltà di fondo esibita dalla materia può rinvenirsi in un dato già in parte anticipato, vale a dire nella diversa consapevolezza esistente intorno agli interessi contrapposti: invero, mentre, per quanto riguarda la produzione, è agevole individuare gli interessi che l'animano ed i referenti costituzionali della protezione di detti interessi, una pari chiarezza non è sempre riscontrabile per gli interessi del consumatore⁽⁴⁰⁾, la cui tutela solo recentemente è stata messa pienamente a fuoco dal legislatore, con la conseguenza che la dottrina ha preferito inizialmente concentrarsi sui temi più urgenti, quali la difesa della salute e della sicurezza, rinviando ad un secondo momento – e precisamente a quando si sarebbe potuto dire completata l'opera del legislatore – riflessioni sui profili di fondo della tutela in discorso.

Una delle conseguenze di tale inevitabile ritardo può individuarsi nei dubbi sulla caratura degli interessi del consumatore soggetti a tutela: più chiaramente, si dubita se detti interessi siano riconducibili ad una dimensione esclusivamente patrimoniale, ovvero investano la persona del consumatore nel suo complesso⁽⁴¹⁾.

Indubbiamente, la dimensione patrimoniale è importante ed ha rappresentato il primo aspetto disciplinato dalla legge, tanto sul versante extracontrattuale, quanto nella sua configurazione più propriamente contrattuale, ossia quale risultante della ripartizione tra produttore e consumatore del rischio relativo al contratto in concreto concluso⁽⁴²⁾. Una preoccupazione in tale direzione vi è sicuramente e non è certamente di secondo piano: le clausole che determinano a carico del consumatore “un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” sono nulle (v. ora artt. 33 ss. cdc).

Sarebbe, tuttavia, un errore confinare a questo aspetto il momento qualificante della tutela del consumatore, che invece si dipana su più piani. Essa non mira solo a garantire quest'ultimo da un contratto “vessatorio”, vale a dire da uno “squilibrato” assetto di interessi: la linea di tutela, invero, è ormai spostata molto più avanti fino ad estendersi anche al momento della selezione dell'interesse che il consumatore intende soddisfare⁽⁴³⁾.

Infatti, se si volge l'attenzione alla disciplina nel suo complesso, si deve prendere atto che ormai il legislatore – prima ancora di preoccuparsi dell'equilibrio del contratto in concreto concluso – mira a tutelare il consumatore in un momento antecedente alla conclusione del contratto, atteso che la normativa complessivamente vigente si prefigge di consentire al consumatore di “*pervenire a quel fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali*”, che – indicato nell'art. 185 del codice

⁴⁰) Cfr. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 8 ss.

⁴¹) RODOTÀ, in AA. VV., *Tendenze evolutive nella tutela del consumatore*, Napoli, 1998, 188 s.; ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1999, 725 ss., 747.

⁴²) Sulla nozione di “rischio contrattuale” v. ALPA, *Rischio contrattuale*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, XL, 1126 ss..

⁴³) Questo avanzamento della tutela vale anche per quanto riguarda gli interessi della salute e della sicurezza ...

delle assicurazioni private - quale obiettivo della “nota informativa” ivi prevista a proposito del contratto di assicurazione – può, in realtà, eleggersi ad obiettivo di tutta la disciplina della attività svolta da imprese ed intermediari nell’interesse della controparte prima della conclusione del contratto con il cliente: si vedano, infatti, fin d’ora l’art. 28 reg. consob n. 11522/98, che parla di “*consapevoli scelte di investimento o disinvestimento*” da parte del risparmiatore, e più in generale lo stesso codice del consumo, che con l’art. 5 dispone che “le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere ... tali da *assicurare la consapevolezza del consumatore*”.

A conferma che l’obiettivo della “scelta consapevole” da parte del consumatore non è solo un elemento ricavato da una contingente giustapposizione di disposizioni, ma è ormai un’esigenza del sistema, mette conto evidenziare come sia assolutamente coerente con esso il tema di fondo che domina la disciplina della pubblicità: dall’art. 20 del codice del consumo si ricava, infatti, che il fine della disciplina ivi dettata è rappresentato dalla salvaguardia del “comportamento economico” del consumatore. Questa indicazione è assolutamente coerente con il tema della “scelta consapevole” cui sopra si è fatto riferimento: infatti, sul punto è ormai consolidato l’orientamento secondo cui ciò che si intende salvaguardare con la locuzione “comportamento economico” è la libertà delle scelte del consumatore, la sua libera autodeterminazione ⁽⁴⁴⁾.

Su queste indicazioni, tuttavia, non bisogna equivocare. Invero, sarebbe un errore ritenere che i molteplici riferimenti alla necessità di garantire libertà e consapevolezza nelle scelte del consumatore si prestino ad essere interpretati come segnali della volontà dell’ordinamento di costruire l’*homo oeconomicus* postulato dalla dottrina economica, come pure dalla dottrina giuridica, nel XIX secolo (il punto sarà meglio approfondito *infra* in § ...). Se si adottasse una tale prospettiva, dovremmo ritenere che, grazie alla normativa sopra accennata, ci troveremmo di fronte a quel *homo oeconomicus* finalmente consapevole, attento ed informato, che può validamente confrontarsi con l’impresa in una posizione di ristabilita parità.

Una simile conclusione sarebbe un errore non solo perché l’accennata asimmetria informativa su beni e contratti è di fatto pressoché ineliminabile ⁽⁴⁵⁾, in particolare per prodotti complessi come possono essere i prodotti finanziari o assicurativi ⁽⁴⁶⁾. Invero, una parità tra imprese e consu-

⁴⁴) BASSAN, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, 209; TADDEI ELMI, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Vettori, Padova, 2007, 149.

⁴⁵) Lo afferma uno dei massimi teorici della c.d. “decisione razionale”, ossia della decisione finalizzata a “massimizzare l’utilità prevista” e, quindi, assunta secondo un procedimento programmato scientificamente: v. infatti LINDLEY, *La logica della decisione*, ed. it., Milano, 1990, 27, il quale, osservato che l’incertezza e l’assenza di adeguate informazioni hanno un ruolo centrale nell’assunzione delle decisioni, prende atto che “è estremamente difficile (se non impossibile) rendere eguale l’informazione disponibile per due soggetti”.

⁴⁶) “il graduale ma costante processo di globalizzazione, innovazione e progresso tecnologico rigenera i fattori di imperfezione dei mercati, poiché concorre ad accrescerne la complessità, e quindi anche la complessità delle modalità di assunzione delle decisioni finanziarie, da un lato aumentando il livello dell’informazione necessaria, dall’altro dando maggiore risalto all’ostacolo rappresentato dalla razionalità limitata degli operatori e dai limiti della loro conoscenza” (forestiere, mottura, 233).

matori in relazione al singolo contratto concluso dal consumatore medesimo è assolutamente illusoria per il diverso valore che quel contratto può avere nel bilancio di ciascuna delle parti di quel contratto. Si pensi all'acquisto di una cosa di importante valore economico o all'investimento del risparmio: lo stesso contratto, per l'impresa è solo una piccola parte della propria attività e della propria ricchezza, per il consumatore può, invece, rivestire un valore economico di primaria ed essenziale rilevanza, tale da coinvolgere la sua stessa esistenza ⁽⁴⁷⁾.

E non basta, perché v'è di più e di particolarmente delicato. Invero, consapevolezza e libertà di autodeterminazione del consumatore non implicano affatto la razionalità del suo calcolo economico.

Di questa circostanza sono pienamente consapevoli le stesse imprese che pianificano investimenti e produzione sulla base di ricerche di *marketing* condotte su principi ben precisi, elaborati con la collaborazione di psicologi e sociologi. Uno dei massimi studiosi della materia ha posto in luce come “le decisioni di acquisto dei consumatori non vengono dal nulla: i comportamenti di acquisto sono influenzati in modo determinante da numerosi fattori culturali, sociali, personali e psicologici”. Tra questi, “i fattori culturali esercitano l'influenza più ampia e profonda sul consumatore” ed anzi “la cultura può essere considerata la determinante fondamentale dei bisogni percepiti da un individuo e dei comportamenti di risposta scelti” ⁽⁴⁸⁾. Questi stessi studi hanno, poi, evidenziato come il prezzo sia solo uno – e neppure il più importante – tra i fattori presi in considerazione dal consumatore nel corso del suo processo di acquisto ⁽⁴⁹⁾.

In altre parole, economisti, sociologi, psicologi ed aziendalisti hanno preso atto che il “comportamento economico” del consumatore, lungi dall'essere improntato a razionalità ed efficienza, è espressione delle sue preferenze personali, le quali, a loro volta, sono frutto non già della razionalità, ma della cultura, delle particolari inclinazioni, delle debolezze del consumatore stesso.

Come si è accennato, la considerazione appena formulata non è né recente, né, tanto meno, originale. La possibilità di stabilire una corrispondenza tra consumi e qualità personali del consumatore è stata rilevata fin dal settecento, quando si distinse tra “consumo necessario” – “effettuato dai membri della classe produttiva” – e “consumo superfluo” collegato ai “componenti della classe oziosa” ⁽⁵⁰⁾. Questi rilievi sono stati approfonditi nel novecento, quando è divenuto chiaro che “il consumo è una nozione al crocevia tra economia, sociologia, psicologia e antropologia”, dal momento che le scelte del consumatore sono fortemente condizionate, prima ancora che dal prezzo dei beni e dal reddito personale, dal sistema delle relazioni sociali nelle quali il consumatore stesso è

⁴⁷) Per questi rilievi cfr. fin d'ora COMMONS, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, ed. it. Bologna, 1981, 70 ss.

⁴⁸) KOTLER, *Marketing management. Analisi, pianificazione e controllo*⁵, versione italiana a cura di SCOTT, Torino, 1991, 156 s.

⁴⁹) V. ancora KOTLER, *op. cit.*, 184 ss.

⁵⁰) Cfr. ZAMAGNI, *op. cit.*, 315.

inserito (⁵¹). In questa prospettiva, l'atto di consumo non è più solo espressione dei bisogni vitali, essenziali alla sopravvivenza del consumatore: questa è una interpretazione dickensiana dell'atto di consumo che non corrisponde più alla realtà delle società maggiormente avanzate sul piano economico, nelle quali il consumatore, attraverso gli atti di consumo, non soddisfa tanto esigenze di sostentamento, quanto piuttosto esprime "stili di vita" (⁵²). È stato, infatti, affermato che i beni, più che alla sussistenza, servono in realtà per rendere visibili e stabili le categorie della cultura e del posizionamento sociale (⁵³).

Quel che qui interessa, è indagare come questa prospettiva si traduca sul piano delle scelte del singolo consumatore. Sul punto devono ricordarsi le parole scritte da John COMMONS nel 1924: "ognuno, presumibilmente, ripartisce le sue spese in modo da ottenere quello che per sé egli giudica il massimo di soddisfazione che può ottenere, *rivelando la sua personalità in questo schema di ripartizione*. Lo schema in base al quale egli ripartisce le sue risorse rappresenta il suo piano di vita, che è formulato da un punto di vista sia economico che morale: dal punto di vista morale rappresenta la sua personalità, il suo, più o meno elevato, egoismo, il suo senso di solidarietà, e il suo senso del dovere; dal punto di vista economico rappresenta una ripartizione di risorse fatta in modo tale da ottenere il massimo di espansione possibile della sua personalità ... Possiamo, in altri termini, affermare che *dal punto di vista morale quello schema costituisce un insieme di valori umani, incentrati sulla personalità individuale; mentre, dal punto di vista economico costituisce la ripartizione di tutti i fattori esterni alla personalità, in modo strumentale rispetto alla realizzazione di un sistema di valori*" (⁵⁴).

Considerazioni sostanzialmente analoghe non sono assenti nella dottrina giuridica recente (⁵⁵), la quale ha sottolineato la specificità degli interessi sottesi all'atto posto in essere dal consumatore (⁵⁶), fino ad affermare con estrema chiarezza che "quando il contratto è concluso per acquistare un bene destinato al diretto soddisfacimento di un bisogno umano, la libertà [contrattuale] serve

⁵¹) RAGONE, *Consumi. 2 sociologia*, voce dell'*Enciclopedia delle scienze sociali*, II, Roma, 1992, 327 ss.

⁵²) "Lo stile di vita di una persona ... può essere definito come *il modello secondo cui l'individuo si 'muove nel mondo' e che si manifesta nell'insieme di attività, interessi, opinioni da questi scelti*. Fornisce quindi un ritratto completo dell'individuo e del suo stile di interazione con l'ambiente. È qualcosa che va oltre la classe sociale o la personalità. Sulla base della classe sociale possiamo fare previsioni sul comportamento, ma non abbiamo la possibilità di vedere la persona come individuo; basandoci sulla personalità, possiamo conoscere le caratteristiche psicologiche di fondo, ma quasi nulla sappiamo su atteggiamenti, interessi e opinioni di volta in volta scelti. Lo stile di vita si propone di definire il modello di 'interazione col mondo' che, a livello generale, un determinato individuo ha scelto" (KOTLER, *op. cit.*, 167, il corsivo è dell'A.).

⁵³) DOUGLAS, ISHERWOOD, *Il mondo delle cose: oggetti, valori, consumo*, tr. It. Di G. Maggioni, Bologna, 1984; HIRSCH, *I limiti sociali allo sviluppo*³, tr. It., Milano, 2001.

⁵⁴) COMMONS, *op. cit.*, 91 ss., il corsivo è mio.

⁵⁵) V. infatti ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, 310 ss.; CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*², a cura di LIPARI, Padova, 2003, I, 435 ss.

⁵⁶) V. ancora CHINÈ, *op. cit.*, 465.

all'acquirente per appagare il suo bisogno talora idiosincratico, il suo senso estetico, la sua vocazione culturale, il suo amor proprio" (⁵⁷).

Queste considerazioni, peraltro, non possono essere ritenute fine a sé stesse, ma aprono il campo a deduzioni ulteriori. Invero, se, nel redigere la lista dei bisogni da soddisfare, ciascun consumatore non è più guidato da elementari esigenze di sostentamento, ma esprime le proprie preferenze, le proprie debolezze, le proprie inclinazioni personali, in definitiva la propria personalità, occorre trarne le necessarie conseguenze e ricomporre su queste basi i fondamenti della tutela del consumatore nei suoi vari aspetti. In questa direzione va recuperata e valorizzata quella dottrina che da tempo ha evidenziato il collegamento tra libertà contrattuale e tutela della personalità, riportando a detto collegamento la tutela del contraente da ogni forma di abuso contrattuale (⁵⁸).

Più precisamente, se si tiene conto delle considerazioni sopra svolte, risulta evidente come la tutela del consumatore rilevi in quanto normativa direttamente funzionale a garantire in concreto il pieno e libero sviluppo della personalità, il cui perseguimento è assegnato alla Repubblica quale compito indeclinabile e primario dagli artt. 2 e 3² Cost. (⁵⁹). Ed ancora: se la scelta effettuata dal consumatore è espressione della sua personalità, il contratto con cui si formalizza quella scelta è meritevole di specifica tutela proprio perché espressione diretta dei "valori umani, incentrati sulla personalità individuale" (sono ancora parole di Commons) del consumatore stesso: in questo caso sono in gioco, come è stato scritto di recente, i fondamentali diritti della persona (⁶⁰). In questa pro-

⁵⁷) SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*³, Torino, 2004, I, 19.

⁵⁸) RAISER, *La libertà contrattuale oggi* (1958), ora in *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di MAZZONI, trad. it. Di Graziadei, Milano, 1990, 50 ss. Vero è che la dottrina appena richiamata trae ispirazione e supporto dalla clausola generale contenuta nell'art. 2 della *Grundgesetz*, secondo la quale "ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità", è parimenti vero, tuttavia, che analoga clausola generale è individuabile – come si dice nel testo – nel combinato degli artt. 2 e 3² Cost. Come si dirà nelle note successive la dottrina italiana è in senso sostanzialmente contrario senza, però, prendere in considerazione gli aspetti e le argomentazioni accennati in questa sede.

⁵⁹) Adottando la prospettiva rappresentata nel testo può essere correttamente compresa la scelta del legislatore italiano, il quale, al pari di quello comunitario, ha riservato la nozione di "consumatore" alla "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta" (art. 3¹, lett. a, cdc), con ciò escludendo – con l'approvazione di Corte Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *I contratti*, 2003, 653, con nota di CAPILLI, cui si rinvia per richiami di dottrina e giurisprudenza – la piccola e media impresa: invero, da quanto si è affermato nel testo appare chiaro che ciò che sollecita ed ispira la normativa a favore del consumatore non è tanto la "debolezza contrattuale" di questi, ma – potrebbe dirsi – l'ambito di incidenza e gli effetti di tale "debolezza contrattuale", che determinano la necessità di proteggere attività ed atti nei quali si manifestano le inclinazioni, anche più recondite, della persona umana; circostanza, quest'ultima, che non si verifica nel caso dei contratti con i quali il piccolo e medio imprenditore provvedono all'approvvigionamento dei beni necessari per la loro attività imprenditoriale (cfr. SACCO, *op. cit.*, 19). In questo secondo caso può pienamente condividersi il collegamento spesso discusso in dottrina tra "diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale" e libertà di iniziativa economica, che talvolta si riscontra in giurisprudenza (v. ad es. Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, 2864). Questo diverso tipo di esigenza può, ormai, rinvenire tutela nell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, sulla nullità del patto attraverso il quale si realizza lo "abuso di dipendenza economica", ossia del patto, intercorrente tra imprese, caratterizzato da "un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" a favore di una delle contraenti.

⁶⁰) V. ancora SACCO, *op. cit.*, 19. Non si deve, peraltro, credere che in passato questi profili siano stati assolutamente negletti: nel 1967, ad esempio, si rilevò che "lo svolgimento della personalità chiede innanzi tutto una zona di rispetto dell'intimità della persona" (RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1988, 422 ss., 425), ma non si pose in relazione detta intimità col mondo circostante, nel quale essa si può

spettiva, il contratto cessa di essere solo strumento dell'iniziativa economica ⁽⁶¹⁾, o asettico regolamento di interessi, per divenire modalità concreta di estrinsecazione della personalità dell'individuo malgrado la povertà formale del *take it or leave it*, con cui spesso di fatto si realizza.

Su queste premesse, diviene chiaro come siano direttamente funzionali al “pieno sviluppo della persona”, alle quotidiane manifestazioni del suo “modo di essere”, non solo le norme sulla forma e sul contenuto dei contratti conclusi dal consumatore, quanto soprattutto le norme dirette alla “educazione del consumatore”, ossia dirette ad esplicitare, attraverso attività *ad hoc*, “le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta”(art. 4², cdc), come pure le norme dirette a salvaguardare l'informazione del consumatore, che – secondo quanto si è già ricordato - deve essere elargita “in modo chiaro e comprensibile... e tale da assicurare la consapevolezza del consumatore stesso” (art. 5, cdc).

In questo stesso contesto devono collocarsi – davvero non ultime in ordine di importanza – le norme sulla pubblicità. Le norme da ultimo richiamate, infatti, mirano a tutelare proprio il processo di formazione delle scelte e questa loro inerenza ad una fase particolarmente delicata di elaborazione di bisogni ed interessi personali le differenzia sul piano qualitativo dalle norme aventi di mira il contenuto del contratto, in quanto queste ultime intervengono solo sul momento successivo di esternazione e realizzazione di una preferenza già formulata.

È evidente, a questo punto, il rilevante peso specifico della disciplina della pubblicità, dal momento che la pubblicità si prefigge di incidere proprio sul momento della formulazione, della graduazione e della modulazione dei bisogni e delle preferenze, proponendo sistemi di valori, desideri, scelte e comportamenti specifici ⁽⁶²⁾. Ne segue che solo una pubblicità “palese, veritiera e corretta” (v. art. 19² cdc) può porre in grado il consumatore di redigere una lista di preferenze tale da

estrinsecare, attingendo, attraverso il contratto, le cose materiali necessarie a tal fine e si ritenne che espressione della “libera esplicazione della personalità” fosse, non già il contratto, ma solo la formazione sociale cui esso dà luogo (v. ancora RESCIGNO, *op. cit.*, 432 s., nonché i rilievi formulati nella nota successiva).

⁶¹) E' noto che la dottrina italiana ha storicamente negato che la “libertà contrattuale” fosse direttamente garantita in Costituzione, riconoscendole al più una tutela indiretta negli artt. 41 e 42 Cost. relativi alle libertà economiche (RESCIGNO, *Contratto*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, Roma, 1988, 10 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1997, I, 1 ss.). In questa prospettiva, all'art. 2 Cost. sarebbero state riconducibili – come accennato anche nella nota precedente - solo quelle “manifestazioni concrete dell'autonomia privata che sono all'origine di alcune delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2, nelle quali si svolge la personalità dei singoli: la famiglia e le associazioni liberamente costituite per scopi leciti”. La verità è che con i termini “contratto” e “libertà contrattuale” si designano fattispecie che esprimono valori ed interessi assai diversi tra loro: con tutto il rispetto lascia perplessi che l'atto con il quale ci si iscrive ad una associazione bocciofila sia ritenuto espressione di un “diritto inviolabile originario della persona”, mentre gli atti coi quali si provvede alle quotidiane esigenze psicologiche, materiali, culturali ecc. della persona stessa siano riferite alla “iniziativa economica” di cui all'art. 41 Cost., con una sostanziale equiparazione agli affari condotti dalla grande impresa (v. in proposito nota 56).

⁶²) TESTA, *op. cit.*, 24, la quale aggiunge che la pubblicità “interagisce con i desideri e i bisogni, influisce sulle categorie estetiche e sui linguaggi, sul nostro stile di vita, sui criteri di giudizio e sui valori”.

riflettere quanto più genuinamente possibile il suo “modo di essere”, senza, dunque, essere fuorviato nella determinazione dei suoi bisogni da messaggi suggestivi (⁶³).

Acquista, in tale prospettiva, particolare importanza il riferimento alla “correttezza dell’informazione”, cui si è accennato nei paragrafi precedenti, e che domina nella disciplina della pubblicità, sia con riguardo al mercato dei prodotti finanziari (v. ancora artt. 101² tuf e 182¹ cap), sia con riguardo al mercato dei beni di consumo in genere (artt. 2 e 19 ss. cdc).

In particolare, si deve sottolineare che il dato normativo qualificante di queste disposizioni non risiede tanto nel richiamo alla “correttezza”: invero, la “correttezza”, essendo una clausola generale dei rapporti tra consociati munita di un addentellato costituzionale in quanto espressione del “dovere di solidarietà” di cui all’art. 2 Cost., sarebbe stata comunque predicabile alla pubblicità (⁶⁴), al pari di qualsiasi altra attività posta in essere dall’uomo e destinata ad altri uomini. La pubblicità, infatti, consiste in una “relazione comunicativa tra un comunicante ed una pluralità di destinatari” (⁶⁵) e proprio questa sua valenza intrinsecamente sociale la rende suscettibile di applicazione del principio generale di correttezza, quale canone generale delle relazioni sociali.

Piuttosto, il dato rilevante delle richiamate disposizioni sulla pubblicità deve rinvenirsi nella parola “informazione”, la quale, essendo riferita al contenuto del messaggio pubblicitario, ne qualifica ed orienta la qualità.

Per comprendere questo aspetto occorre rammentare che le analisi condotte sulla pubblicità commerciale ne hanno evidenziato la mutata funzione subita ormai da molti anni: da strumento di *informazione* la pubblicità è divenuta strumento di *persuasione*, diretto, in questa seconda veste, ad orientare i consumi anche con tecniche “emozionali”, se non manipolative (⁶⁶). La gravità di questo dato risulta in tutta evidenza se si tiene presente quanto s’è detto nelle righe precedenti a proposito della stretta relazione esistente tra i consumi, la “lista delle preferenze” di ciascun consumatore e la

⁶³) L’approccio allo studio della pubblicità ha seguito per molti versi l’approccio al problema del consumo da parte degli economisti, i quali hanno inizialmente assegnato al consumo un ruolo subordinato rispetto alla produzione e solo in un secondo momento, con Keynes, hanno riconosciuto al consumo un ruolo determinante della domanda globale, quale sostegno dei livelli complessivi di attività e prosperità del sistema economico, fino ad individuare nelle scelte dei consumatori il fattore centrale del sistema economico in quanto condiziona la struttura dell’offerta (ZAMAGNI, *op. cit.*, 316 ss.). Un andamento in qualche modo corrispondente ha l’attenzione dedicata all’incidenza del tema della pubblicità su valori costituzionalmente protetti: in un primo momento tale incidenza è stata indagata sul lato attivo della comunicazione pubblicitaria, nel senso che ci si è inizialmente prefissi lo scopo di stabilire se la pubblicità inerisca all’esercizio del diritto di impresa di cui all’art. 41 Cost., ovvero alla manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), in relazione ai profili di concorrenza sleale tra imprese esibiti dalla pubblicità: cfr. CAFAGGI, *op. cit.*, 433 ss. Solo in un secondo momento ci si è posti il problema dei destinatari principali della pubblicità, ossia i consumatori, con particolare attenzione alla possibile decettività dei messaggi pubblicitari e al conseguente possibile inganno a danno dei consumatori: sotto questo secondo profilo sono con molta fatica si sta uscendo dalle insidie del c.d. *dolus bonus* (v. ampiamente Gius. ROSSI, *op. cit.*, 35 ss.).

⁶⁴) Ed infatti in passato si aprì un dibattito sulla possibilità di argomentare dal principio di buona fede e correttezza (ed in particolare dall’art. 1337 c.c.) un obbligo del produttore “di veridicità consistente nell’evitare la pubblicità ed i *labels* ingannevoli”: ne da conto G. B. FERRI, *In tema di tutela del consumatore*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di Lipari, Roma-Bari, 1974, 265 ss., 276 ss. e 289. E v. nella letteratura recente Gius. ROSSI, *op. cit.*, 92.

⁶⁵) CAFAGGI, *op. cit.*, 434.

⁶⁶) ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 87 ss.; AUTERI, *op. cit.*, 5; TESTA, *op. cit.*, 30 ss.

personalità del consumatore medesimo: alterare le preferenze, interferendo sui meccanismi psicologici che determinano le decisioni ⁽⁶⁷⁾ e quindi, per l'appunto, le preferenze del consumatore significa incidere sul suo modo di essere, manipolare la sua personalità ⁽⁶⁸⁾, influire sul suo sistema dei valori. Sennonché, è ovvio, a questo punto, che una pubblicità manipolativa si pone in diretto contrasto con quello sviluppo della personalità umana, che la Repubblica è chiamata a garantire in modo *pieno e libero* dagli artt. 2 e 3 Cost. Di qui il senso e la pregnanza dei ripetuti riferimenti legislativi alla “informazione”, quale contenuto di base del messaggio promozionale. Questi accenni all’informazione, lungi dall’essere casuali, costituiscono il chiaro indice di un preciso intento legislativo, volto a far sì che il solo modo di fare pubblicità ammesso nell’ordinamento è quello diretto ad *informare* più o meno sommariamente il consumatore, inibendo al tempo stesso tecniche manipolative o comunque idonee ad indurre in errore i consumatori.

Deve, infine, essere lasciato uno spazio per un ultimo accenno agli interrogativi posti in apertura del paragrafo, allorché si rappresentò la inusitata contrapposizione rilevabile nella disciplina della pubblicità, che contrappone all’interesse costituzionalmente protetto dell’impresa di procedere a messaggi pubblicitari, un diritto “fondamentale” del consumatore ad una pubblicità a contenuto informativo in luogo dello sperimentato limite negativo costituito dal divieto di pubblicità ingannevole. I rilievi fin qui svolti a proposito dell’incidenza della pubblicità sulle preferenze e, quindi, sulla personalità del singolo consumatore spiegano ampiamente quali siano le radici sia del diritto ad una pubblicità corretta e a contenuto informativo, assai più pregnante ed incisivo del solo divieto di ingannare, sia della qualificazione di “fondamentale” assegnata al diritto stesso, come agli altri elencati nell’art. 2 cdc.

Tutto ciò vale anche per l’atto di investimento, di risparmio. Occorre, infatti, guardarsi dall’errore di credere che l’atto di risparmio, la scelta dei prodotti finanziari – nei quali, come si ricorderà, è compreso il prodotto assicurativo – non partecipi della rilevanza costituzionale appena intravista per l’atto di consumo: invero, gli economisti insegnano che atto di consumo ed atto di risparmio sono due scelte concorrenti di allocazione delle risorse. Per porre in luce questo aspetto, è opportuno rammentare che il risparmio rappresenta quella quota di ricchezza che le *famiglie*, i consumatori, vale a dire i soggetti del sistema economico in *surplus* finanziario, decidono di non destinare a consumi immediati, rinviandone l’impiego ad un tempo futuro. Ciò, peraltro, significa che anche la scelta di non consumare immediatamente e di risparmiare rappresenta un momento integrante e qualificante di quella “lista delle preferenze” nella quale si è intravista l’espressione del “modo di essere” della persona che compila quelle preferenze. In conclusione, anche il risparmio,

⁶⁷) V. ancora TESTA, *op. cit.* 28 ss.

⁶⁸) Cfr. KOTLER, *op. cit.*, 170 s.

anche la scelta di non consumare immediatamente una quota delle proprie ricchezze riflette la personalità, il “modo di essere” di chi compie tale scelta: il risparmiatore.

Questa prospettiva rafforza la tutela costituzionale del risparmio, che non è più solo motivata dagli aspetti macroeconomici connessi alla sua importanza decisiva per la sopravvivenza e la crescita di qualsiasi sistema economico ⁽⁶⁹⁾, ma è direttamente correlata con l’estrinsecazione, il pieno sviluppo della personalità dei singoli risparmiatori.

Solo in questa prospettiva, d’altra parte, si può percepire l’esatto significato dell’inserimento di un “*livello elevato di protezione dei consumatori*” tra i “*valori indivisibili ed universali*” su cui si fonda l’Unione Europea (cfr. *preambolo* e art. 38, della *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea* del 18 dicembre 2000). Del pari, solo in questa prospettiva possono comprendersi i motivi per i quali nel Trattato della Comunità Europea è stato riservato un autonomo capo alla “protezione dei consumatori”, della quale la Comunità Europea si prefigge di assicurare un “*livello elevato*” promuovendo, tra l’altro, i loro diritti “*all’informazione e all’educazione*” (art. 153, Trattato CE). Queste norme, questi principi non sono preordinati solo alla tutela di un interesse meramente economico del consumatore, ma nel loro progressivo emergere ed affermarsi nell’ambito della legislazione europea, deve intravedersi la sempre maggiore consapevolezza, da parte del legislatore comunitario, della stretta inerenza dell’atto di consumo, come pure del risparmio, alla libertà e alla personalità degli individui: come avvertono sociologi e psicologi, destinare la propria ricchezza all’acquisto di un quadro, in luogo di un automobile o di un diamante, ovvero risparmiare quei fondi ed investirli in una data forma, esprime un atteggiamento dello spirito, non solo una scala di preferenze e di bisogni materiali.

5. *La disciplina specifica della pubblicità dei prodotti assicurativi* – Si è detto nel precedente paragrafo che sarebbe un errore immaginare la disciplina della pubblicità relativa al mercato finanziario come un apparato avulso dalla disciplina della pubblicità relativa ai beni di consumo. Infatti, anche se per il mercato finanziario esistono disposizioni speciali, esse si innestano in un corpo di norme altrimenti unitario.

Ne segue che la stessa nozione di “pubblicità”, soggetta alla disciplina recentemente emanata in tema di prodotti assicurativi, deve essere ricavata dall’art. 20 lett. a, cdc, secondo il quale per pubblicità deve intendersi “*qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell’esercizio di un’attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi*”.

⁶⁹) V. per tutti SAMUELSON, NORDHAUS, *Economia*¹⁷, edizione italiana a cura di Bollino, Milano, 2002, 495 ss.

Non possono darsi dubbi sulla possibilità di riferire alla pubblicità dei “prodotti assicurativi” la nozione di “pubblicità” delineata dalla disposizione appena riportata sulla scia della Direttiva CEE/450/84, in materia di pubblicità ingannevole (v. infatti art. 2.1, lett. *a* della Direttiva): il riportato art. 20, lett. *a*, cdc, fa, infatti, esplicito riferimento a *qualsiasi forma di messaggio ... diffuso nell’esercizio di un’attività imprenditoriale allo scopo di promuovere ... la prestazione di servizi*, quali sono per l’appunto i servizi assicurativi.

È utile, peraltro, ricordare che discorso parzialmente vale, invece, per i prodotti finanziari soggetti alla disciplina del testo unico della finanza: da tempo è stato osservato che una nozione tanto ampia di “pubblicità” – come quella a suo tempo posta dalla citata Direttiva CEE n. 450/84 ed ora dal riportato art. 20 cdc - è idonea a comprendere al suo interno anche il “prospetto informativo”⁽⁷⁰⁾, ossia il documento che, come già si è ricordato in nota, contiene le informazioni “necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull’evoluzione dell’attività dell’emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti” (art. 94² tuf). Come pure nella ampia nozione di “messaggio pubblicitario” sopra delineata può astrattamente rientrare la stessa nozione di “sollecitazione all’investimento” di cui all’art. 94, comma 1, tuf⁽⁷¹⁾: in proposito, è stato, infatti, osservato che la “pubblicità finanziaria ... altro non è che uno dei possibili modi della sollecitazione”⁽⁷²⁾.

Il prospetto, tuttavia, si distingue da qualsiasi altro messaggio pubblicitario sul piano strutturale: esso deve avere i contenuti tassativamente previsti dagli artt. 5 ss. reg. Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 e modificati recentemente con reg. 15232 del 29 novembre 2005. Per il prospetto vale la più stringente disciplina speciale dettata dallo stesso art. 94 tuf e dagli artt. 5 ss. reg. Consob n. 11971 cit. Mentre, più in generale la distinzione tra messaggio pubblicitario diverso dal prospetto e “sollecitazione all’investimento” in senso, per così dire, “tecnico”, corre sul filo della sostanza del messaggio rivolto al pubblico: la “sollecitazione” è configurabile in quel messaggio rivolto al pubblico che contenga informazioni così complete sull’operazione che l’adesione del destinatario dell’offerta è sufficiente per ritenere concluso il contratto tra emittente e risparmiatore⁽⁷³⁾.

La prima osservazione suggerita dall’art. 182 cap è quella relativa ai soggetti tenuti ad osservare la disciplina in esso contenuta: essa, infatti, è rivolta, non solo alle “imprese di assicurazione”, ma anche agli “intermediari assicurativi” che intendessero procedere autonomamente ad inizia-

⁷⁰) Cfr. UBERTAZZI, *La pubblicità nel mercato mobiliare*, in *Riv. Soc.*, 1985, 1233 ss.; AUTERI, *op. cit.*, , 4.

⁷¹) COSTI, *op. cit.*, 49.

⁷²) ANNUNZIATA, *op. cit.*, 306.

⁷³) Negli stessi termini CAFAGGI, *op. cit.*, 453, delinea la differenza tra messaggio pubblicitario e “offerta fatta direttamente al pubblico”.

tive pubblicitarie dei prodotti e servizi da essi distribuiti ⁽⁷⁴⁾. In altre parole, sia i “soggetti produttori di prodotti assicurativi”, sia i “soggetti collocatori” dei prodotti stessi ⁽⁷⁵⁾ sono tenuti alla applicazione della regola generale posta dall’art. 182 cap sopra riprodotto. Questa esplicita estensione non v’è nel caso dei prodotti finanziari ...

Altro requisito della pubblicità del prodotto assicurativo che ha sicuri addentellati con la disciplina della pubblicità contenuta nel codice del consumo è quello della “trasparenza”, ossia della riconoscibilità della pubblicità come tale (cfr. art. 23 codice del consumo). Dispone, infatti, l’art. 182⁷ cap che “l’ISVAP, con regolamento, stabilisce i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell’informazione”.

Il riferimento prima formulato al diritto “fondamentale” del consumatore ad una pubblicità corretta previsto dall’art. 2 cdc non ha solo un rilievo sistematico: invero, il contenuto minimo che può ragionevolmente riconoscersi alla qualifica di “fondamentale” assegnata dalla legge al “diritto ad una corretta pubblicità”, riconosciuto “*ai consumatori ed agli utenti*”, consiste quanto meno nel legittimare ciascun “consumatore” ed “utente” a far valere i casi di pubblicità non “corretta” sia in sede amministrativa di fronte all’Isvap – competente in via generale a ricevere reclami dalle “persone fisiche e giuridiche, nonché [dalle] associazioni riconosciute per la rappresentanza degli interessi dei consumatori (art. 7 cap) – come pure di fronte alla Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (sulla cui competenza in materia v. *infra*), sia di fronte alla autorità giudiziaria.

Codice del consumo e codice delle assicurazioni sono assolutamente coerenti e complementari nel pretendere, il primo, una “pubblicità corretta”, configurata, come si è detto, quale oggetto di un diritto “fondamentale” del consumatore (v. ancora art. 2 cdc); mentre, il secondo pone le basi per delineare i criteri utili per determinare le condizioni alle quali deve improntarsi la ricostruzione, ad opera delle autorità di vigilanza, come del giudice, della nozione di “pubblicità corretta” in ambito assicurativo: le indicazioni offerte dall’art. 182 cap sono che l’informazione contenuta nel messaggio pubblicitario sia “corretta” e che il contenuto del messaggio pubblicitario sia conforme al conte-

⁷⁴) Gli “intermediari assicurativi” sono gli agenti di assicurazione, i mediatori di assicurazione e di riassicurazione, le banche, gli intermediari finanziari inseriti nell’elenco di cui all’art. 107 del d. lgs. n. 385/93, le società di intermediazione mobiliare, “i soggetti addetti all’intermediazione, quali i dipendenti, i collaboratori, i produttori e gli altri incaricati” dei precedenti, nonché “i produttori diretti che, anche in via sussidiaria rispetto all’attività svolta a titolo principale, esercitano l’intermediazione assicurativa nei rami vita e nei rami infortuni e malattia per conto e sotto la piena responsabilità di un’impresa di assicurazione e che operano senza obblighi di orario o di risultato esclusivamente per l’impresa medesima” (v. art. 109 cap). Tutte queste persone fisiche e giuridiche – iscritte nell’apposito registro tenuto dall’Isvap – svolgono “attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa”, la quale consiste “nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall’incarico intermediario, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all’esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati”.

⁷⁵) Sulla distinzione tra “soggetti produttori di prodotti assicurativi” e “soggetti collocatori” dei prodotti stessi v. COTTERLI, *La raccolta del risparmio tra banche ed assicurazioni: la nuova disciplina*, in *Banca, impresa società*, 2006, 29 ss., 37.

nuto della nota informativa di cui all'art. 185 cap (sulla quale v. *infra*), e alle condizioni di contratto che disciplinano in concreto i prodotti assicurativi pubblicizzati.

Non si deve cadere nell'errore di ritenere che la formulazione complessiva dell'art. 182¹ cap scada in una sorta di tautologia, per la quale, in realtà, la "informazione corretta" sia necessariamente quella conforme alla nota informativa predetta e alle condizioni contrattuali. In realtà, è possibile assegnare obiettivi diversi alle due espressioni presenti del primo comma dell'art. 182 cap: più precisamente, la prescrizione secondo la quale la pubblicità dei prodotti assicurativi deve essere effettuata "avendo riguardo alla correttezza dell'informazione" sembra riferibile al rapporto tra l'impresa o l'intermediario che procedono alla pubblicità, ed i concorrenti. In altre parole, il requisito della "correttezza dell'informazione" sembra preordinato a scongiurare ipotesi di concorrenza sleale secondo le fattispecie delineate dai nn. 2 e 3 dell'art. 2598 c.c. Invece, il requisito della conformità del messaggio promozionale alla nota informativa e alle condizioni contrattuali sembra volto soprattutto alla tutela dei consumatori.

Costituisce, pertanto, "pubblicità ingannevole" quel messaggio pubblicitario che, relativamente ad un prodotto assicurativo, non sia conforme alla nota informativa prevista dall'art. 185 cap o alle condizioni generali di contratto (⁷⁶).

Deve, peraltro, aggiungersi che l'art. 182 cap non esclude l'applicazione dell'art. 21 cdc. Più chiaramente: si è detto fin qui che la pubblicità di un prodotto assicurativo che violi l'art. 182 cap, in quanto contenente un'informazione non "corretta" o non conforme alla nota informativa e/o alle condizioni generali di contratto, è una "pubblicità ingannevole". Questa circostanza non esclude che la pubblicità del prodotto assicurativo possa ritenersi ingannevole anche alla stregua dei più ampi criteri dettati dall'art. 21 cdc.

Il rilievo appena formulato, tendente a sottolineare l'immanente applicazione al prodotto assicurativo delle disposizioni sulla pubblicità contenute nel codice del consumo, introduce il discorso – assai problematico - sulla competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a conoscere delle violazioni in materia di pubblicità da parte delle imprese assicurative e degli intermediari.

⁷⁶) La non conformità del messaggio alle effettive condizioni contrattuali è stata d'altra parte, già ritenuta "pubblicità ingannevole" dalla Autorità garante della concorrenza: v., ad esempio, dec. 24 luglio 2003, n. 12276, in *Giust. civ.*, 2004, I, 578, secondo la quale "È ingannevole il messaggio pubblicitario diffuso via Internet che prospetti un servizio gratuito di scaricamento sul computer di brani musicali, omettendo di esplicitare con chiarezza ed autonoma evidenza, fin dal primo contatto pubblicitario, quali siano e in che cosa consistano gli oneri previsti dalle condizioni generali di contratto per il servizio reclamizzato (nella specie il messaggio non riportava alcuna informazione circa il fatto che l'adesione al contratto comportava l'immediata disconnessione dell'utente dalla rete del proprio fornitore di accesso ad Internet e l'automatico instradamento del traffico al numero telefonico a valore aggiunto «settecentonove», i cui costi - onerosi - erano indicati soltanto all'interno dell'ultima finestra con barra di scorrimento laterale, con caratteri di piccole dimensioni, ed inoltre ometteva di informare della necessità di un apposito intervento dell'utente per disinstallare il programma di connessione, destinato altrimenti a permanere stabilmente nel sistema operativo)"

Sul punto il quadro normativo si presenta frastagliato e la disciplina che in concreto sembra derivarne assai farraginosa.

E' utile prendere le mosse dal raffronto dell'art. 182 cap con l'art. 26 cdc. L'art. 182, comma 4, 5 e 6, dispone che "L'ISVAP sospende in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, la diffusione della pubblicità in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. 5. L'ISVAP vieta la diffusione della pubblicità in caso di accertata violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. 6. L'ISVAP vieta la commercializzazione dei prodotti in caso di mancata ottemperanza ai provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 secondo quanto previsto all'articolo 184, comma 2". Per parte sua l'art. 26 cdc dispone che "I concorrenti, i consumatori, le loro associazioni ed organizzazioni, il Ministro delle attività produttive, nonché ogni altra pubblica amministrazione che ne abbia interesse in relazione ai propri compiti istituzionali, anche su denuncia del pubblico, possono chiedere all'Autorità [garante della concorrenza] che siano inibiti gli atti di pubblicità ingannevole o di pubblicità comparativa ritenuta illecita ai sensi della presente sezione, che sia inibita la loro continuazione e che ne siano eliminati gli effetti".

Dal confronto delle riportate disposizioni sembra evincersi quanto segue: I) l'Isvap – evidentemente d'ufficio o su reclamo proposto ai sensi dell'art. 7 cap - può sospendere temporaneamente in via cautelare e vietare definitivamente la diffusione della pubblicità rispettivamente per sospetta o accertata "violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza"; II) la Autorità garante della concorrenza è competente ad inibire "gli atti di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa ritenuta illecita". Ciò premesso, occorre aggiungere che le fattispecie sanzionate nelle due norme non coincidono o almeno non coincidono necessariamente: infatti, le fattispecie di "violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza" della pubblicità previste dal codice delle assicurazioni non corrispondono agli "atti di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa ritenuta illecita" di cui al codice del consumo. E ciò quanto meno per il fatto che i casi previsti dall'art. 21 cdc non sono sempre sussumibili nelle ipotesi di cui all'art. 182; in quest'ultimo, poi, la fattispecie di pubblicità comparativa non è presa in considerazione; nessuna norma poi esonera le imprese di assicurazione e gli intermediari (almeno quelli di cui alle lett. a, b, d, e) dalla applicazione degli artt. 19 ss. cdc; nessuna norma esclude il potere della autorità garante per la concorrenza in caso di "pubblicità ingannevole" o "pubblicità comparativa illecita" da parte delle imprese di assicurazione; però se "la tutela dell'informazione e della protezione dei consumatori" "nel settore assicurativo" è assegnata all'Isvap (artt. 3 e 5 cap), e se la pubblicità corretta fa parte dei diritti fondamentali del consumatore, allora la materia della pubblicità per via induttiva deve ritenersi assegnata esclusivamente all'Isvap e la locuzione "correttezza dell'informazione" di

cui all'art. 182 deve essere interpretata alla stregua dell'art. 21 e 22 cdc questo per non creare una disparità di trattamento. Resta fermo che i poteri dell'Isvap in materia di pubblicità non coincidono con quelli dell'antitrust, dal momento che l'Isvap ha potere di vigilanza solo su imprese e intermediari del settore, mentre l'antitrust può intervenire sull'operatore pubblicitario in genere (art. 20 lett. d); salvo regolamento non si vede potere di comminare sanzioni pecuniarie. Per i prodotti finanziari si applicano le norme del codice del consumo (e la consob ha poteri sono con riguardo all'art. 101 tuf), mentre per i prodotti assicurativi esiste una confusa disciplina speciale.

Le incertezze che gravano sulla disciplina della pubblicità dei prodotti assicurativi, divengono ancor più gravi quando si porga attenzione ai fini che devono ormai riconoscersi alla disciplina della pubblicità.

6. *Le informazioni "precontrattuali" dovute dall'intermediario ex artt. 120 cap e 49 reg. Isvap* – Ai sensi dell'art. 49 reg. Isvap n. 5/2006 l'intermediario assicurativo, "in occasione del primo contatto con il contraente", consegna al medesimo un documento scritto contenente il riepilogo dei principali obblighi di comportamento cui l'intermediario stesso è tenuto per effetto delle disposizioni contenute nel codice delle assicurazioni e del regolamento n. 5 del 2006. Un modello di detto documento è stato predisposto dall'Isvap in allegato al regolamento citato. Il contenuto del modello redatto dall'Isvap ripercorre di fatto la struttura dell'art. 49 reg. ed esso può essere sostanzialmente scomposto in tre parti: in una prima parte sono trascritte le regole di comportamento imposte agli intermediari dagli artt. 120 cap e 49¹ reg. (v. *infra* § ...), finalizzate, in definitiva, come si vedrà, a consentire al cliente "di effettuare scelte consapevoli e rispondenti alle proprie esigenze". La seconda parte richiama – un po' tautologicamente - all'attenzione del cliente l'obbligo dell'intermediario di consegnargli copia di tutta la documentazione precontrattuale e contrattuale prevista dalla legge e comunque di copia del contratto e di tutti gli atti sottoscritti dal cliente. La terza parte del modello fa riferimento al divieto per l'intermediario di ricevere dal cliente denaro contante o assegni intestati all'intermediario stesso, con la sola eccezione degli assegni intestati all'intermediario per l'appunto "nella sua qualità" di intermediario assicurativo. La sola eccezione a tale proibizione - prevista per gli intermediari assicurativi dalla normativa in esame, ma non per i promotori finanziari (cfr. art. 96⁶ reg. Consob n. 11522/98) – è costituita dalla possibilità per gli intermediari di ricevere in denaro contante i premi per la responsabilità civile auto e per gli altri contratti col limite annuo di cinquecento euro a contratto.

A questa tipologia di informazioni vanno accostate quelle previste dal secondo comma dell'art. 120 cap, così come ribadite e precisate dall'art. 50 reg. Isvap, le quali cronologicamente debbono seguire quelle prima elencate (da fornirsi, come si ricorderà, "al primo contatto con il con-

traente”), ma debbono, comunque, essere date “prima della conclusione del contratto e in caso di successive modifiche di rilievo o di rinnovo”.

L’art. 120 cap prevede che, per l’appunto “prima della conclusione del contratto e in caso di successive modifiche di rilievo o di rinnovo”, gli intermediari assicurativi informino il cliente “a) se forniscono consulenze fondate su una analisi imparziale, dovendo in tal caso le proprie valutazioni fondarsi su un numero sufficientemente ampio di contratti disponibili sul mercato, al fine di consigliare il prodotto idoneo a soddisfare le richieste del contraente; b) se propongono determinati prodotti in virtù di un obbligo contrattuale con una o più imprese di assicurazione, dovendo in tal caso comunicare la denominazione di tali imprese; c) se propongono determinati prodotti in assenza di obblighi contrattuali con imprese di assicurazione, nel qual caso essi comunicano, su richiesta del cliente, la denominazione delle imprese di assicurazione con le quali hanno o potrebbero avere rapporti d'affari, fermo restando l'obbligo di avvisare il contraente del diritto di richiedere tali informazioni” (77).

Quel che accomuna le informazioni precontrattuali fin qui elencate è il loro fine. Esse sono, infatti, dirette a porre il consumatore in grado di valutare l’eventuale interesse che l’intermediario possa avere a che il consumatore stesso acquisti un determinato prodotto assicurativo in luogo di un altro. In altre parole, le informazioni di cui all’art. 120² cap sono dirette alla *disclosure* di eventuali conflitti di interesse che possono determinarsi tra il cliente, il consumatore del “prodotto assicurativo”, e l’intermediario.

I rilievi appena formulati in ordine al fine cui sono preordinate le informazioni sopra elencate, pongono in luce il soggetto tenuto a fornire le informazioni medesime: esse rappresentano l’oggetto di un’obbligazione gravante in proprio sull’intermediario assicurativo – vale a dire sulla persona fisica o giuridica che presenta o propone al cliente prodotti assicurativi o che offre al cliente stesso consulenze su prodotti assicurativi (v. art. 106 cap) - e non sull’impresa di assicurazioni che diverrà controparte del cliente una volta concluso il contratto.

Ne segue che la qualificazione di “precontrattuale” assegnata dalla rubrica dell’art. 120 cap alle informative sopra passate in rassegna non può essere intesa nel senso, per così dire, “tecnico” di informazioni dovute al cliente, nell’ambito della formazione del contratto, in applicazione

⁷⁷) Riguardo alle ipotesi di “consulenze fondate su una analisi imparziale” deve rammentarsi che, allo stato, i promotori finanziari, a differenza degli “intermediari assicurativi”, iscritti al relativo albo non possono svolgere “l’attività di consulenza di cui all’articolo 1, comma 6, lettera f), del Testo Unico, salvo il caso che l’attività sia svolta per conto del soggetto abilitato per il quale opera o di altro soggetto appartenente al medesimo gruppo” (art. 94¹ lett. a, reg. consob n. 11522). L’introduzione della “consulenza in materia di investimenti” – vale a dire “la prestazione di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo ad una o più operazioni relative a strumenti finanziari” – avverrà con il decreto di recepimento della Direttiva 2004/39/CEE: v. artt. 5 *bis* e 18 *bis* della “ipotesi di modifica del decreto legislativo 58/98”, messa a punto dal Dipartimento del Tesoro e diffusa il 3 marzo 2007.

Sul tema della consulenza v. FABRIZIO, MUSILE TANZI, *Il servizio di consulenza. Applicazioni, costi, benefici ed evoluzione nel private banking in Italia*, in *Banca impresa società*, 2005, 261 ss.

dell'obbligo di condurre le trattative in buona fede posto a carico di su ciascuna parte dall'art. 1337 c.c. Questo inquadramento sistematico dell'informativa in discorso non è corretto proprio perché soggetto obbligato all'informativa medesima è l'intermediario, il quale non è destinato ad essere parte dell'eventuale contratto di assicurazione concluso solo in un secondo momento dal cliente: invero, se e quando il contratto si concluderà, esso vedrà, quale controparte del cliente, l'impresa di assicurazioni e non l'intermediario assicurativo, che, invece, la legge configura espressamente quale soggetto obbligato a fornire le informazioni in discorso. In altre parole, le informazioni suddette sono dovute da un soggetto, l'intermediario assicurativo, che è destinato ad essere e rimanere terzo rispetto al contratto in formazione.

Né conclusioni diverse potrebbero essere autorizzate dalla circostanza che sia l'art. 120 cap, sia l'art. 49 reg. designano l'avente diritto alle informazioni in esame con la parola "contraente". Deve, infatti, escludersi che a tale locuzione possa assegnarsi il significato di parte di un contratto da concludersi o già concluso con l'intermediario assicurativo. A conferma dell'impossibilità di assegnare un tale significato alla locuzione "contraente", presente negli artt. 120 cap e 49 reg. cit., può osservarsi che dette disposizioni rappresentano la realizzazione nel diritto interno dell'art. 12 Dir. CEE 2002/92, sull'intermediazione assicurativa, la quale prescrive che destinatario delle informazioni di cui agli artt. 120 cap e 49 reg. sia "il consumatore", con ciò utilizzando una nozione sicuramente neutra e tale da escludere qualsiasi dubbio. La locuzione comunitaria è sicuramente rilevante per l'interprete delle disposizioni attuative di quelle europee, atteso che le norme comunitarie non solo costituiscono fonti concorrenti con quelle interne nella formazione del diritto dei singoli Stati dell'Unione Europea, ma sono, altresì, parametro per l'interpretazione delle corrispondenti norme interne⁽⁷⁸⁾. Senza considerare, infine, un ulteriore aspetto: l'art. 12 della Direttiva cit. riproduce esattamente le successive norme di diritto interno; è, in altre parole, una disposizione molto dettagliata e, in quanto tale, come noto, direttamente applicabile nell'ordinamento interno: non possono, dunque, darsi dubbi sulla circostanza che la parola "contraente" contenuta negli artt. 120 cap e 49 reg. debba intendersi come "consumatore". Si prescinde, dunque, dalla preesistenza di un vincolo contrattuale.

Tutto ciò aiuta a comprendere meglio la portata ed il ruolo degli obblighi di informativa esaminati in questo paragrafo. Aver chiarito l'impossibilità di far riferimento agli artt. 1337 e 1338 c.c., e più in generale alla responsabilità precontrattuale, consente di percepire con maggior consapevolezza che sarebbe generico ed in definitiva inappropriato sostenere che questi obblighi mirino a tutelare la libertà negoziale del consumatore dalla possibilità di subire coartazioni ed inganni, riconducendo, così, la fattispecie nell'alveo della responsabilità precontrattuale.

⁷⁸) Cfr. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto privato europeo*², a cura di LIPARI, cit., I, 98 ss., 215 ss.

Si diceva che questo sarebbe un approccio inappropriato al tema. Invero, gli obblighi in discorso traggono spunto dal nodo fondamentale di tutta questa normativa, come pure di tutta la normativa di protezione del consumatore: la debolezza di questi, le asimmetrie informative che ne inficiano un efficace esercizio della libertà negoziale. Come si vedrà meglio nei prossimi paragrafi, il legislatore comunitario ed il legislatore nazionale pongono a carico dell'intermediario l'onere di supportare il consumatore nella scelta del prodotto maggiormente adeguato alle sue esigenze. Sono i rapporti peculiari di un rapporto di agency. se inquadrati in quest'ultimo contesto, gli obblighi di informazione sopra passati in rassegna si rivelano per quello che effettivamente sono, vale a dire obblighi informativi finalizzati a porre il cliente (il c.d. *principal*) di valutare in modo adeguato l'operato dell'intermediario (*agent*).

7. *Le informazioni sul contratto dovute al cliente: la "nota informativa"* – Le informazioni sopra esaminate hanno il fine di porre il cliente in condizione di valutare l'eventuale interesse dell'intermediario assicurativo a orientare le scelte del cliente stesso e – come si è sottolineato - a stretto rigore non possono essere qualificate "precontrattuali", se non nel senso che esse devono sicuramente essere date, non solo e non tanto prima della conclusione di qualsiasi contratto, ma addirittura "in occasione del primo contatto con il contraente".

Assolutamente diverse dalle precedenti sono le informazioni che saranno passate in rassegna in questo paragrafo. Esse mirano a far sì che il cliente sottoscriva il contratto solo dopo aver avuto la concreta possibilità di conoscerne ed apprezzarne il contenuto. Alla prestazione di queste informazioni sul contenuto del contratto sono tenuti, con disposizioni distinte, sia l'impresa di assicurazione, vale a dire l'eventuale controparte del cliente, sia il c.d. "intermediario assicurativo", vale a dire, come si ricorderà, il soggetto che procede al collocamento e alla distribuzione del prodotto assicurativo. In definitiva, con queste informazioni la normativa di settore mira a porre rimedio ad un problema di scarsa conoscenza, da parte dei clienti, del contenuto dei contratti assicurativi in concreto conclusi, che sono, come noto, particolarmente complesse, dal momento che si distinguono solitamente in quattro parti: *condizioni generali*, che contengono le modalità di funzionamento del contratto, ai diritti e agli obblighi comuni a tutti i contratti di assicurazione. Oltre alle condizioni generali, i contratti assicurativi presentano *condizioni speciali*, riferite alla specificità del rischio oggetto di assicurazione; vi sono, poi, *condizioni particolari*, eventualmente concordate tra le parti ed infine le c.d. *dichiarazioni*, le quali sono rese su un documento separato ed hanno ad oggetto "l'identificazione, la quantificazione e la delimitazione" del rischio trasferito con il contratto ⁽⁷⁹⁾.

⁷⁹) ANOLLI, LOCATELLI, *op. cit.*, 151 s.

In passato, la complessità e l'oscurità dei contratti di assicurazione sono state spesso lamentate dalla dottrina e l'Isvap ha cercato di porvi rimedio con la circ. 551/D del 1 marzo 2005, avente ad oggetto la trasparenza dei contratti di assicurazione sulla vita, la quale ha, per certi versi, anticipato l'art. 185 cap⁽⁸⁰⁾.

Più precisamente, dall'impresa assicuratrice il cliente ha diritto di ricevere, prima della conclusione del contratto, le condizioni di assicurazione e una “nota informativa”, contenente “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*” (art. 185² cap)⁽⁸¹⁾.

Il contenuto della “nota informativa” non è lasciato alla discrezione delle imprese assicurative, che – non è inutile ribadirlo - sono le sole destinatarie dell'obbligo di predisporre la “nota informativa” stessa. Il terzo comma dell'art. 185 cap stabilisce che “l'ISVAP disciplina, con regolamento, il contenuto e lo schema della nota informativa 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 ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo all'organismo o all'autorità eventualmente competente”. Attraverso questo elenco, dunque, lo stesso codice delle assicurazioni indica quali sono le “informazioni necessarie ... affinché il contraente e l'assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali”.

Come si è già accennato, alla “nota informativa” sono assegnati due obiettivi: il primo è quello di consentire al cliente di formulare “un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali”; il secondo obiettivo della “nota informativa” è quello di consentire al cliente di formulare, “ove opportuno” in relazione al contratto in concreto concluso, “un fondato giudizio ... sulla situazione patrimoniale dell'impresa”. Si tratta all'evidenza di un obiettivo velleitario: un “fondato giudizio” sulla situazione patrimoniale di un'impresa assicurativa postula le competenze tecniche necessarie per leggere e comprendere i dati economici dell'impresa stessa, le quali ben difficilmente potranno essere possedute dal normale cliente, alla cui protezione è demandata la normativa in esame. Non si

⁸⁰) Sulla circolare citata nel testo v. COTTERLI, *op. cit.*, 36 ss.

⁸¹) Evidente l'assonanza funzionale e strutturale esistente tra “la “nota informativa” relativa ai “prodotti assicurativi” ed il “prospetto” relativo ai “prodotti finanziari” soggetti alla disciplina dello “appello al pubblico risparmio”. Infatti, secondo l'art. 94² tuf “il prospetto contiene le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dei prodotti finanziari e degli emittenti, sono *necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti*”.

vede, poi, come una qualsiasi impresa assicurativa possa redigere una “nota informativa” tale da lasciare intravedere segnali oscuri sulla situazione patrimoniale dell’impresa stessa.

La “nota informativa” si configura come un documento – fornito direttamente in forma cartacea o in via informatica, ma comunque tale da potersi versare su “supporto durevole ed accessibile per il contraente” (art. redatto dall’impresa assicurativa in relazione a ciascun prodotto assicurativo sulla base di un modello predisposto dall’Isvap

8. *segue: le informazioni sui contratti dei c.d. “rami vita”* – Oltre a quanto previsto relativamente ai prodotti assicurativi in genere, l’art. 185 cap dispone che “informazioni supplementari” possono essere “determinate” dall’Isvap per “la piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto” concluso nell’ambito dei “rami vita” dal I al V, così come elencati dall’art. 2 cap⁽⁸²⁾.

Per una parte di questi contratti, tuttavia, a seguito delle modifiche introdotte al testi unico della finanza nel 2005 e nel 2006 si delinea una complessa ripartizione di competenza tra Isvap e Consob. Infatti, alcuni di questi contratti, e precisamente “le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V” del citato art. 2 cap, costituiscono – come si ricorderà: v. § 1 - i “prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione” (v. anche per una maggiore delimitazione dei contratti interessati la neo introdotta lett. *w-bis*, art. 1¹, tuf).

Relativamente a questi contratti – si ripete: per le sole “polizze ed operazioni” di cui ai predetti rami vita III e V e con l’esclusione prevista nella lett. *w.bis* citata) - competente a disciplinare con regolamento “il comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori, anche tenuto conto dell’esigenza di ridurre al minimo i conflitti di interessi”, nonché “gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi”, è ora la Consob, “sentita la Banca d’Italia” (v. combinato disposto degli artt. 25 *bis*, comma 2, e 6, comma 2, tuf).

Come si vede, il quadro si presenta assai movimentato: inizialmente per tutti i contratti dei “rami vita” dal I al V la disciplina introdotta a settembre del 2005 dall’art. 185 cap prevede che l’Isvap sia competente per determinare, oltre “al contenuto e allo schema” della nota informativa (v. infatti art. 185, comma 3, cap), le “informazioni supplementari necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo a costi, rischi e ... conflitti di interesse” (v. ancora art. 185 cap).

⁸²) Per comodità del lettore si riporta ancora una volta la parte dell’art. 2 cap, nella quale sono esplicitate le tipologie di contratti in esame nel testo: “Nei rami vita la classificazione per ramo è la seguente: I. le assicurazioni sulla durata della vita umana; II. le assicurazioni di nuzialità e di natalità; III. le assicurazioni, di cui ai rami I e II, 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; IV. l’assicurazione malattia e l’assicurazione contro il rischio di non autosufficienza che siano garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili, per il rischio di invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità; V. le operazioni di capitalizzazione”.

Tre mesi dopo, nel dicembre 2005, per alcuni di questi contratti del ramo vita, ed in particolare per i contratti di cui ai rami III e V (vale a dire assicurazioni le cui prestazioni principali sono collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio e operazioni di capitalizzazione), interviene il già più volte richiamato art. 25 *bis* tuf, il quale – riguardo ai contratti appena ricordati – assegna alla Consob il potere di vigilanza regolamentare fissato nel comma 2 dell’art. 6 tuf. Ne segue che, per assicurazioni con prestazioni collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio e per le operazioni di capitalizzazione, la Consob ha, tra l’altro, il potere di disciplinare “il comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori, anche tenuto conto dell’esigenza di ridurre al minimo i conflitti di interessi” (lett. *b*, art. 6² tuf), nonché “gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi” (lett. *c*, art. 6² tuf).

Si pone, pertanto, il problema di stabilire il rapporto tra l’art. 185, comma 4, del codice delle assicurazioni e gli artt. 25 *bis* e 6 tuf: per la prima disposizione dovrebbe essere l’Isvap a individuare le informazioni necessarie perché i consumatori comprendano le caratteristiche essenziali dei contratti in discorso; per le ultime due disposizioni, invece, obblighi informativi e, più in generale, norme di comportamento nel collocamento di tali contratti devono essere emanate dalla Consob.

In mancanza di un’espressa abrogazione *in parte qua* dell’art. 185 cap la soluzione non sembra univoca: se non si vuole percorrere la soluzione apparentemente più semplice, secondo la quale la norma successiva (l’art. 25 tuf nelle sue cangianti versioni) ha modificato *in parte qua* l’art. 185 cap, occorre immaginare un assai farraginoso rapporto tra dette disposizioni: relativamente ai contratti in discorso (le polizze e la operazioni di capitalizzazione dei “rami vita” III e V) dovrebbe temersi per fermo che la Consob “è competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti” (art. 5, comma 3, tuf, espressamente richiamato dall’art. 25 *bis* tuf), ossia la Consob avrebbe il potere di stabilire quando e come devono essere prestate ai clienti quelle informazioni sui contratti, il contenuto delle quali sarebbe in concreto determinato dall’Isvap ai sensi del quarto comma dell’art. 185 cap.

Quest’ultima interpretazione, benché a rigore non esclusa dal tenore letterale dell’art. 25 *bis*, comma 2, tuf, da luogo ad un sistema particolarmente farraginoso. Sembra, pertanto, preferibile ritenere che la Consob è l’unica Autorità di vigilanza competente a disciplinare e controllare la trasparenza dei contratti e la condotta verso gli investitori da parte delle imprese di assicurazione relativamente ai prodotti di cui alla lett. *w-bis*, art. 1, comma 1, tuf. E questo sembra anche essere stato il disegno del legislatore.

Ciò, tuttavia, non significa che siano risolti tutti i problemi: infatti, non esistono norme che impediscano agli “intermediari assicurativi” di distribuire i “prodotti assicurativi”, ivi compresi i “prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione” e non esistono norme che assoggettino gli

“intermediari assicurativi” alla vigilanza e ai poteri della Consob relativamente ai “prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione”.

Anche sotto questo aspetto è necessaria un’analisi attenta delle disposizioni vigenti. Secondo quanto si è già detto, gli “intermediari assicurativi” sono le persona fisiche e giuridiche che provvedono alla presentare, a proporre, a prestare assistenza e consulenza ed eventualmente, a seconda degli accordi intercorsi con le imprese di assicurazione, a concludere contratti relativi a “prodotti assicurativi” (art. 106 cap). Questi ultimi – è bene ricordarlo ancora una volta – comprendono, ai sensi della lett. *ss*, art. 1 cap, “tutti i contratti emessi da imprese di assicurazione nell’esercizio delle attività rientranti nei rami vita o nei rami danni come definiti all’articolo 2” del codice delle assicurazioni riportato nelle pagine precedenti.

Ne segue che, secondo il codice delle assicurazioni gli “intermediari assicurativi” possono presentare proporre, prestare consulenza ecc. per tutti i “prodotti assicurativi”, ivi compresi quei particolari “prodotti assicurativi” che rientrano nei “rami vita” III e V.

Su questo impianto del codice delle assicurazioni non incidono le modifiche introdotte al testo unico della finanza tra la fine del 2005 e la fine del 2006. Infatti, dette modifiche hanno rilevanza all’interno della disciplina posta dallo stesso testo unico della finanza e non incidono, in mancanza di norme espresse su soggetti, quali gli “intermediari assicurativi”, che sono assolutamente estranei a quella disciplina e mai menzionati dal d. lgs. n. 58/98. Così, mentre le imprese di assicurazione sono attratte nella disciplina per gli espressi riferimenti ad esse contenuti nel d. lgs. n. 58/98, altrettanto non può dirsi per gli “intermediari assicurativi”, con il duplice risultato che questi ultimi rimangono perfettamente legittimati a distribuire tutti i prodotti che rientrano nella nozione di “prodotto assicurativo” secondo il codice delle assicurazioni; e che gli “intermediari assicurativi” medesimi non sono assoggettati ai poteri di vigilanza della Consob, atteso che l’art. 25 *bis* *tuf* prescrive tale soggezione solo per le imprese di assicurazione e non per gli “intermediari assicurativi”.

Da questo vicolo cieco si può uscire solo se la Consob nella normativa regolamentare di sua competenza, inserirà un’apposita disposizione che imponga alle imprese di assicurazione di estendere – in pratica per contratto – agli intermediari assicurativi l’osservanza delle prescrizioni emesse dalla Consob per il collocamento e la distribuzione dei prodotti assicurativi dei “rami vita” III e V.

Alcuni spunti sul possibile contenuto della “nota informativa” sono, peraltro, offerti dall’art. 49⁴ *reg.*, secondo il quale “gli intermediari, prima della sottoscrizione di una proposta o, qualora non prevista, di un contratto di assicurazione, forniscono al contraente informazioni tali da consentire a quest’ultimo di effettuare scelte consapevoli e rispondenti alle proprie esigenze. A tal fine, in funzione della complessità del contratto offerto, illustrano al contraente le caratteristiche, la durata, i costi e i limiti della copertura, gli eventuali rischi finanziari connessi alla sottoscrizione ed ogni al-

tro elemento utile a fornire un'informativa completa e corretta". Dunque, caratteristiche, durata, costi, limiti della copertura ed eventuali rischi finanziari costituiscono i parametri minimi sui quali misurare "un'informativa completa e corretta".

In realtà, non è semplice, né, a ben vedere, corretto fissare in un criterio unico ed astratto la "quantità" di informazione di volta in volta dovuta al cliente. In proposito, occorre richiamare quanto si è detto in apertura relativamente alla variabilità del prodotto assicurativo e soprattutto del prodotto finanziario in genere. In coerenza con quelle osservazioni iniziali saranno "la complessità del contratto offerto" (e v. per l'appunto lo stesso art. 49⁴ cit.) e la professionalità dell'intermediario assicurativo a stabilire le caratteristiche dell'informazione dovute al cliente nel singolo caso concreto.

Valgono, ovviamente, anche per i prodotti assicurativi le regole generali sulla qualità delle informazioni stabilite dal codice del consumo: in particolare, l'art. 5³ del codice del consumo stabilisce che "le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore"

9. Il momento centrale della protezione del consumatore di prodotti assicurativi è simile agli aspetti fondamentali della protezione del risparmiatore, quale è delineata, in particolare, nella disciplina dello svolgimento dei servizi di investimento. È utile tracciarne immediatamente uno schizzo di carattere generale, per poi scendere nei particolari delle specifiche regole.

La vendita dei "prodotti assicurativi", come pure lo svolgimento dei servizi di investimento, sono caratterizzati dal fatto che alle controparti dei clienti, ossia, rispettivamente, agli "intermediari assicurativi" e, nei servizi di investimento, ai "soggetti abilitati", è espressamente assegnato l'obbligo specifico di perseguire gli interessi dei clienti: questa è l'obbligazione centrale e peculiare posta a carico degli intermediari.

Funzionali al perseguimento di questa finalità di fondo sono altri obblighi posti esplicitamente a carico degli intermediari: ad essi è, innanzi tutto, fatto espresso obbligo di fornire ai clienti stessi una dettagliata informazione sulle specifiche caratteristiche dell'operazione di assicurazione o dell'operazione finanziaria che, in concreto, il cliente si accinga a compiere. Se il fine ultimo rimane – come si è detto – il perseguimento degli interessi dei clienti, il fine immediato della dettagliata opera di informazione posta a carico degli intermediari è – secondo quanto si è già accennato nel precedente paragrafo – quello di porre il cliente stesso in condizione di "pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali" (art. 185² cap), ovvero di avere "piena comprensione delle

caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo ai costi ed ai rischi del contratto” (art. 185⁴ cap).

Complementare e, al tempo stesso, funzionale a questo obbligo di prestare informazioni al cliente è un altro obbligo posto a carico dell’intermediario: quello di informarsi sulle “esigenze assicurative” del cliente (art. 183¹ cap: “nell’offerta e nell’esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: ... b) *acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ...*”; e v. anche fin d’ora l’art. 52¹ reg. Isvap n. 5/2006). Detto anche *Know your customer rule*, questo obbligo si specifica nella prestazione dei servizi di investimento sia nella norma di primo livello, secondo la quale “nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: ... b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti” (art. 21, tuf), sia nella norma emanata dalla Consob, secondo la quale “prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti e dell’inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati, gli intermediari autorizzati devono a) chiedere all’investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio ...” (art. 28, reg. consob n. 11522/98).

A sua volta, la *Know your customer rule*, così introdotta nell’ordinamento italiano, è funzionale alla compiuta realizzazione di una regola ulteriore, la quale è destinata a svolgere una sorta di ruolo di chiusura nel sistema che qui si è venuto sinteticamente declinando nei suoi snodi fondamentali: questa regola di chiusura si struttura – almeno nei servizi di investimento – in un vero e proprio divieto: “gli intermediari autorizzati si astengono dall’effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione” (art. 29¹ reg. consob n. 11522 cit.). La regola è presente anche nella disciplina dei prodotti assicurativi, ma la relativa disposizione contiene accenti meno netti di quelli, invece, utilizzati dal riportato art. 29 in relazione ai servizi di investimento. Dispone, infatti, l’art. 52² reg. Isvap n. 5/2006: “*in ogni caso, gli intermediari sono tenuti a proporre o consigliare contratti adeguati in relazione alle esigenze di copertura assicurativa e previdenziale del contraente*”.

Nelle prossime pagine ci si soffermerà sul differente tenore letterale esibito, rispettivamente dall’art. 29 reg. consob cit. e dall’art. 52 reg. Isvap, e ci si soffermerà altresì sulla differente portata suggerita dal differente tenore letterale delle sue disposizioni.

Per il momento sono più urgenti alcune considerazioni a corollario della disciplina appena esposta nelle sue linee generali. Deve, in particolare, notarsi come il legislatore non si è accontentato di fissare a favore del risparmiatore, come pure del consumatore del prodotto assicurativo (locuzione, quest’ultima, sostanzialmente coincidente con la prima, secondo quanto si è detto *supra*) det-

tagliati diritti a ricevere una vasta ed analitica informativa sugli strumenti finanziari o sui prodotti assicurativi. E il legislatore non si è accontentato neppure di prefiggere a questa informativa un fine immediato tanto incisivo da riflettersi anche sul contenuto concreto di detta informativa: quest'ultima, infatti, deve essere preordinata a far sì che il risparmiatore/consumatore di prodotti assicurativi consegua nozioni tali da poter effettuare scelte consapevoli nell'ambito dell'offerta che gli viene sottoposta.

Tutto ciò, si diceva, non è sembrato sufficiente al legislatore, il quale ha elevato la tutela del risparmiatore/consumatore di prodotti assicurativi ad una soglia superiore, vietando all'intermediario di porre in essere quelle operazioni che, secondo la esperienza e la competenza professionale dell'intermediario stesso, fossero "inadeguate" alle esigenze manifestate dallo stesso risparmiatore o comunque fossero allo stesso oggettivamente riferibili. In altre parole, il divieto di porre in essere operazioni inadeguate completa e, al tempo stesso, esalta il senso di quell'obbligazione di curare gli interessi del cliente che si è vista essere caratterizzante e peculiare della situazione soggettiva ritagliata dalla normativa in analisi a carico degli intermediari.

La sintesi, appena formulata, della disciplina dettata a proposito della prestazione dei servizi di investimento e della vendita dei "prodotti assicurativi" induce a due considerazioni ulteriori.

La prima di queste considerazioni riguarda il contesto giuridico nel quale si collocano gli obblighi posti a carico degli intermediari allorché svolgono le loro attività istituzionali. Possono ormai ritenersi definitivamente superati i dubbi che a suo tempo travagliarono la dottrina in ordine alla circostanza se gli obblighi suddetti avessero natura contrattuale o extracontrattuale o se il loro inquadramento rendesse necessario ripensare alla categoria dei "quasi-contratti" (v. su contratto e impresa qualcosa sulla responsabilità da contatto sociale). In realtà, il dubbio è stato risolto dalla dottrina recente e dalla giurisprudenza, nel senso che le regole in questione rappresentano le obbligazioni e comunque gli effetti direttamente nascenti dalla conclusione di quel "contratto-quadro" che, destinato a dettare le regole di base per la prestazione dei servizi di investimento, rappresenta altresì il primo ed il più importante tra quei "contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento" cui fa riferimento l'art. 23 tuf, ed il cui contenuto indeclinabile è fissato dall'art. 30, reg. consob n. 11522, dove, tra l'altro, è specificato che detto contratto ha ad oggetto per l'appunto, i "servizi e le loro caratteristiche" ⁽⁸³⁾.

Sarebbe errato ritenere che la recente disciplina dei "prodotti assicurativi" non partecipi della natura contrattuale pacificamente riconosciuta alle regole dettate in tema di prestazione dei servizi di investimento. È vero, infatti, che nella disciplina recente non si ravvisano spunti di diritto positivo idonei a far intravedere l'esistenza di "contratto-quadro", nel quale iscrivere la concreta presta-

⁸³) Per la dottrina recente v. per tutti GUIZZI, *op. cit.*,

zione dei vari servizi di investimento ed accessori. È parimenti vero, tuttavia, che l'Isvap – in esercizio di quel vero e proprio potere in tale senso assegnatogli dall'art. 183² cap – ha integrato con chiarezza le “regole di comportamento” dettate dalla norma di primo livello, imponendo con il riportato art. 48² lett. a), reg. n. 5/2006, a carico degli intermediari un'espressa obbligazione di perseguire al meglio (letteralmente: “*alle migliori condizioni possibili*”) gli interessi dei potenziali clienti: quest'obbligazione è più che sufficiente a far qualificare come “contrattuale” la responsabilità per l'eventuale inadempimento delle regole di condotta funzionali all'adempimento dell'obbligazione primaria di perseguire l'interesse del cliente.

Né, d'altra parte, sarebbe possibile intravedere nella norma da ultimo cennata i cromosomi dell'art. 2043 c.c. Invero, alla matrice del *neminem laedere* sembra più corretto collegare la diversa regola dettata dall'art. 47, lett. d, reg. Isvap, secondo la quale “nello svolgimento dell'attività d'intermediazione ed in particolare nell'offerta dei contratti di assicurazione e nella gestione del rapporto contrattuale, gli intermediari devono ... d) *agire in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti e degli assicurati*”.

La seconda considerazione suggerita dalla riassunta disciplina della prestazione dei servizi di investimento e della vendita dei “prodotti assicurativi” è direttamente connessa alla prima. Infatti, una volta acquisito che la suddetta disciplina ha un'incontestata

Porterebbe troppo lontano soffermarsi a valutare a fondo la congruenza di un tale riferimento nella prestazione dei servizi assicurativi, come pure nella prestazione dei servizi di investimento, della cui analogia con i primi sotto il profilo economico già si è fatto cenno. In questa sede ci si può solo limitare al seguente accenno: le regole relative alla formazione del contratto, al pari di tutto l'impianto codicistico della disciplina dei contratti in generale, muove dal presupposto – prima ancora che ottocentesco, di stampo giusnaturalistico ed illuministico⁸⁴ - della sostanziale parità delle parti nella formazione del regolamento contrattuale, nella conoscenza dell'oggetto del contratto e nella elaborazione delle ofelimità che inducono ciascuna parte al contratto stesso. Questo – come noto – è il tratto distintivo della disciplina delle obbligazioni e dei contratti predisposta dal codice civile vigente ed è su questo metro che dovrebbe misurarsi l'eventuale distanza che separa i contratti conclusi nel mercato finanziario da quelli immaginati dal legislatore del 1942 negli artt. 1321 ss. c.c. (⁸⁵).

⁸⁴ v. Giuseppe rossi, 51

⁸⁵) La dottrina, invece, muove per lo più dall'assunto che i principi distintivi della disciplina civilistica dei contratti in generale siano quelli della “libertà di mercato e della responsabile autodeterminazione di chi nel mercato opera” (v. ad es. tra molti CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, 18) e su questo assunto perviene ovviamente alla conclusione che i contratti del mercato finanziario non si ispirano a principi diversi; per una diversa impostazione v. invece GUIZZI, cit..

Su questa linea sono ordinati tutti gli istituti della disciplina codicistica del contratto. Come si accennato, non è questa la sede per una analisi approfondita: qui è sufficiente ricordare come ormai da tempo la dottrina è percorsa da dubbi – più o meno approfonditi a seconda delle occasioni – circa l’effettiva rispondenza del modello contrattuale corrente nella prassi con le categorie ed i dogmi tramandati dalla dogmatica civilistica⁽⁸⁶⁾. Ai presenti fini, in luogo dell’esempio ricorrente delle condizioni contrattuali standardizzate, è maggiormente significativo richiamare molto brevemente la tematica connessa alla “buona fede” e all’errore.

La regola secondo la quale le parti debbono comportarsi secondo “buona fede”, è ormai pacificamente declinata in più sensi. Innanzi tutto, si ritiene che ciascuna parte è legittimata a proteggere la propria persona ed i propri beni da comportamenti “scorretti” altrui, posti in essere sia nella fase della formazione, sia nella fase di esecuzione del contratto⁽⁸⁷⁾. Maggiormente significativa in questa sede è una seconda regola ricavata dal principio di buona fede nell’ambito dell’impianto codicistico del contratto, vale a dire la regola secondo la quale ciascuna parte è chiamata a salvaguardare l’interesse ragionevolmente connesso al contratto dalla controparte entro il limite dello “apprezzabile sacrificio”. Più precisamente, si ritiene che “la buona fede nell’esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto dall’art. 2 cost.) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell’interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell’interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”⁽⁸⁸⁾.

Dunque, nella prospettiva codicistica la cura degli interessi della controparte è in definitiva marginale e si configura quale obbligazione aggiuntiva di ciascuna parte, che rimane, invece, assolutamente legittimata al perseguimento innanzi tutto dell’interesse proprio. Al contrario, nella disciplina dei contratti del mercato finanziario “la cura degli interessi dei clienti” rappresenta testualmente l’obbligo precipuo e primario degli intermediari: l’art. 21 lett. a tuf, infatti, dispone che “Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori *i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell’interesse dei clienti e per l’integrità dei mercati*”. Questa

⁸⁶) V., tra molti BESSONE, ALPA, ROPPO, PRANDI, *Disciplina del mercato, controllo sociale dell’impresa, tutela del consumatore. Problemi e prospettive di politica del diritto*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, cit., 197 ss.; recentemente v. anche un autore cauto come Mengoni, 17 e 19 s., “In ogni caso la legislazione speciale sulla protezione del consumatore è destinata a incidere profondamente sugli assetti del nostro ordinamento privatistico, mettendo in questione la stessa direttiva fondamentale della codificazione del 1942, cioè l’unificazione del diritto privato”.

⁸⁷) Cfr. MENGONI, *op. cit.*, 9;

⁸⁸) Cass. 30 luglio 2004, n. 14605, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *contratto in genere*, n. 302; e v. anche MENGONI, *op. cit.*, 9 s.

prestazione degli intermediari è centrale nel sistema edificato sulla base della Direttiva 93/22/CEE non meno che nel sistema delineato dalla Direttiva 2004/39/CEE del 21 aprile 2004, secondo la quale “gli stati membri prescrivono che le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento e/o, se del caso, servizi accessori ai clienti, agiscano ... per servire al meglio gli interessi dei loro clienti” (art. 19, comma 1).

Un discorso non dissimile vale per gli obblighi di informazione: nella disciplina generale dei contratti un obbligo di informazione di ciascuna parte a favore dell'altra è ammesso solo allorché il contraente non informato non sia in grado di procurarsi con l'ordinaria diligenza l'informazione rilevante nella fattispecie: sul punto è eloquente e decisivo l'art. 1338 c.c., laddove fa riferimento alla necessità dell'assenza di colpa da parte del contraente non informato. Al contrario, nei contratti conclusi nell'ambito dei servizi di investimento, l'obbligo dell'intermediario di fornire informazioni alla controparte è un'obbligazione caratterizzante della posizione contrattuale dell'intermediario stesso. Più precisamente, l'obbligazione predetta non è un'obbligazione secondaria, confinata di preferenza nell'ambito precontrattuale, ma costituisce l'oggetto specifico di quel contratto intercorrente tra intermediario e cliente, che ha ad oggetto la fornitura del primo al secondo dei servizi di investimento. E non si pone neppure un problema di “colpa” o di diligenza del normale cliente nell'acquisire le informazioni non prestate dall'intermediario: se il cliente non rientra tra le categorie di “professionisti” espressamente elencate dalla norma (v. art. 31 delib. Consob n. 11522/98), l'ordinamento presume *juris et de jure* che il cliente non sia in grado di acquisire informazioni corrette sul “bene” dedotto in quei particolari contratti.

I rilievi fin qui formulati dimostrano che i contratti del mercato finanziario esibiscono una forte impronta di discontinuità rispetto ai principi che regolano i contratti nel codice civile. Detto elemento di discontinuità è ulteriormente rafforzato se si sofferma l'attenzione alla disciplina dell'errore. L'errore di una parte, la sua mancata o inesatta conoscenza della natura e dell'oggetto del contratto è configurato dal codice come una situazione eccezionale, patologica – per l'appunto un vizio - rilevante giuridicamente solo se conosciuta dall'altro contraente. Nei contratti del mercato finanziario – e segnatamente nei contratti conclusi in quel particolare segmento del mercato finanziario costituito dall'intermediazione finanziaria – invece, la mancata conoscenza da parte del cliente dell'oggetto del contratto, ossia dello strumento finanziario o del prodotto finanziario, è assunta come situazione assolutamente fisiologica, tanto che – come si è detto – un obbligo di informazione, diretto per l'appunto a superare la situazione di non conoscenza o di errore da parte del cliente, è strutturalmente posto a carico dell'intermediario.

Non è possibile in questa sede arricchire ulteriormente queste considerazioni. Esse sono, peraltro, sufficienti ad intravedere alcune conclusioni: innanzi tutto, vi sono le premesse per rileggere

criticamente l'affermazione secondo la quale la disciplina dei contratti conclusi nell'ambito dei servizi di investimento sarebbe coerente con i principi di fondo della disciplina codicistica dei contratti. In realtà, nei contratti predetti il legislatore muove dal presupposto di una sensibile disuguaglianza tra le parti e detta una conseguente disciplina; invece, la disciplina codicistica del contratto muove dal presupposto della eguaglianza dei contraenti.

Se si vuole, può anche associarsi la teoria del contratto, che si è detta "ottocentesca", di impianto illuminista, alla raffigurazione del mercato formulata in pieno XIX secolo dall'economista Lèon Walras sul paradigma dell'equilibrio generale: gli attori di questo mercato – al pari dei contraenti dei codici europei di quello stesso secolo, come del codice del 1942 – sono soggetti perfettamente informati, che si pongono nei loro rapporti su base perfettamente paritaria. Al contrario, la disciplina recente dei contratti e delle attività del mercato finanziario è direttamente correlata alla c.d. "economia dell'informazione"⁸⁹, è frutto dell'insegnamento di George Akerlof e dei suoi successori⁹⁰, che hanno descritto un mercato – e, dunque, un contratto – caratterizzato dalla disparità delle sul paino delle competenze e delle informazioni decisive sul contratto medesimo.

Ne segue che regole e principi del codice non possono essere automaticamente versati nei contratti del mercato finanziario.

Una diretta applicazione di quest'ultima affermazione può aversi nel caso dell'informazione c.d. "precontrattuale" dalla quale ha preso le mosse il discorso sopra formulato. Si è detto in precedenza fin dal primo incontro tra cliente ed intermediario assicurativo quest'ultimo deve consegnare al primo un documento contenete il riepilogo degli obblighi di comportamento posti a carico dell'intemrmediario

Altre considerazioni strettamente connesse con quelle formulate nelle righe precedenti riguardano la misura in cui è possibile estendere le considerazioni predette alla vendita dei prodotti assicurativi.

Ciò vale per i contratti conclusi nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento (v. infatti art. 21, lett. a, tuf), mentre è meno evidente nella disciplina del collocamento dei prodotti assicurativi, nella quale non si rinviene una norma perfettamente analoga all'art. 21 lett. a tuf. Infatti, la lett. a dell'art. 183 cap prescrive che "nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati ...". Questa norma è, poi, testualmente replicata dall'art. 47, lett. a del regolamento Isvap n. 5/2006, mentre non sembra avere una portata analoga all'art. 21 lett. a tuf, l'art. 47 lett. d dello stesso regolamento, secondo il quale "nello svolgimento dell'attività

⁸⁹) Dato assolutamente pacifico presso gli economisti: v. ad es. ONADO, *op. cit.*, 205 ss.; MORELLI, *Informazione ed efficienza nella teoria dell'intermediazione finanziaria*, in *Banca, impresa, società*, 1996, 65 ss.

⁹⁰) Per una rassegna di saggi v. SALTARI (cur.), *Informazione e teoria economica*, Bologna, 1990.

d'intermediazione ed in particolare nell'offerta dei contratti di assicurazione e nella gestione del rapporto contrattuale, gli intermediari devono: ... d) agire in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti e degli assicurati". Quest'ultima disposizione, anzi, sembra talmente priva di una sua portata normativa da apparire quasi ovvia, nella parte in cui sembra procedere ad una sorta di specificazione del precetto del *neminem laedere*, atteso che, in definitiva, raccomanda agli intermediari di non danneggiare deliberatamente o colposamente le loro controparti.

Sulla falsariga di quanto previsto a proposito dei contratti bancari, il recente legislatore del mercato assicurativo si è soffermato sulla pubblicità. Con una significativa differenza, peraltro: mentre, la disciplina prevista dall'art. 116, d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, sotto la rubrica "*pubblicità*", prevede una pubblicità obbligatoria in quanto preordinata a garantire la conoscibilità delle condizioni economiche minime e massime praticate da ciascun intermediario per ogni operazione e a facilitare il consumatore nell'operazione di confronto con l'offerta degli altri intermediari, il tempo non sembra passato invano per la disciplina della pubblicità dei prodotti assicurativi.

Più precisamente, è possibile distinguere due profili diversi nella disciplina della pubblicità. Un primo profilo di disciplina è analogo a quello previsto nel testo unico bancario. Infatti, l'art. 131¹ cap prevede che "*al fine di garantire la trasparenza e la concorrenzialità delle offerte dei servizi assicurativi, nonché un'adeguata informazione ai soggetti che devono adempiere all'obbligo di assicurazione dei veicoli e dei natanti, le imprese mettono a disposizione del pubblico, presso ogni punto di vendita e nei siti internet, la nota informativa e le condizioni di contratto praticate nel territorio della Repubblica*". Il secondo comma dello stesso art. 131 aggiunge: "*la pubblicità dei premi e' attuata mediante preventivi personalizzati rilasciati presso ogni punto di vendita dell'impresa di assicurazione, nonché mediante siti internet che permettono di ricevere il medesimo preventivo per i veicoli e per i natanti individuati nel regolamento di attuazione*".

Dunque, gli obblighi relativi alla pubblicità dei prodotti assicurativi sono stati distinti sulla base della natura delle condizioni da rendere pubbliche, secondo una partizione risalente alla legge n. 54 del 1992 sulla "trasparenza delle operazioni bancarie". Più precisamente, si sono separate le condizioni c.d. "normative" dalle condizioni c.d. "economiche"

: