

Лоренцо МЕЦЦАСОМА

Университет Перуджа, Университетская площадь, Перуджа, 06123, Италия.
<https://orcid.org/0000-0002-9790-1301>

доктор юридических наук, профессор, Председатель Центра правовых исследований о правах потребителей, Провинция Умбрия, Перуджа, Италия. E-mail: mezzalor@unipg.it

«ПРОЗРАЧНОСТЬ» И «ДОСТОИНСТВА» В РАСПРЕДЕЛЕНИИ СТРАХОВЫХ ПРОДУКТОВ

Аннотация

В статье анализируются понятия «прозрачность» и «интересы, достойные защиты» в свете нового итальянского судебного решения о применении закона о страховом договоре. В последние годы эти концепции все чаще используются Кассационным судом Италии для определения действительности договорных положений, чрезмерно непропорциональных в интересах профессиональной контрактной стороны. Автор поддерживает необходимость обеспечения полной защиты более слабой стороны договора страхования, помимо укрепления официальных гарантий, которые уже давно известны и используются, а также путем введения новых существенных гарантий защиты. Действительно, прозрачность в своем формальном смысле, похоже, больше не может обеспечить надлежащую защиту потребителей на сложном и структурированном рынке, на таком как страховой.

Ключевые слова: *принципы права, правовая культура, защита потребителей, закон о страховом договоре, кассационный суд, официальные гарантии, покрытие ущерба*

International law

Lorenzo Mezzasoma

Piazza dell'Università, 06123 Perugia PG

<https://orcid.org/0000-0002-9790-1301>

Doctor, Professor of Civil Law, University of Perugia, Italy,

Chair of the Centre of Law Studies on Consumer Rights

E-mail: mezzalor@unipg.it

“TRANSPARENCY” AND “WORTHINESS” IN THE DISTRIBUTION OF INSURANCE PRODUCTS

Abstract

The article presents the concepts of “transparency” and “interests worthy of protection” in the light of the new Italian court ruling on the application of insurance contract law. In the last few years these concepts are increasingly used by the Italian Court of Cassation to determine the validity of contractual regulations which are excessively disproportionate for the benefit of the professional contractual party. The author supports the need to ensure the full protection of the weaker party to the insurance contract not only by the strengthening of formal safeguards which are already long known and used but also through the introduction of new substantial means of legal protection. In point of fact the transparency in its formal sense does not seem to be able to

ensure a proper consumer protection in a complex and structured market such as the insurance one anymore.

Keywords: *principles of law, legal culture, consumer protection, law on the insurance contract, the Court of Cassation, the official guarantee coverage for damage*

1. La complessità dei mercati regolamentati ha posto evidenti problematiche sotto il profilo della tutela dei contraenti che tentano di realizzare i propri interessi – non sempre di natura patrimoniale – proprio attraverso l’accesso a tali segmenti economici. Il proliferare di normative di settore volte a regolare il rapporto che lega il cliente ai soggetti che, quali intermediari, si frappongono fra il mercato ed il destinatario finale dello stesso, hanno sicuramente inciso in maniera positiva sul livello di protezione del contraente debole pur risultando, però, non del tutto soddisfacenti. L’opacità dei mercati, la loro complessità, l’intrinseca incomprensibilità di determinati prodotti hanno stimolato e facilitato condotte fraudolente da parte dei soggetti professionali che, di fatto, hanno permesso agli stessi di aggirare – a volte impunemente – le suddette norme di settore [1]. Ciò ha reso sempre più necessario un ritorno ai principi del diritto stimolato da una crescente cultura giuridica vicina a quelle concezioni che riformulano l’autonomia negoziale assegnandole una disciplina funzionale alla realizzazione del ruolo strumentale che ogni contratto è chiamato ad assolvere nel moderno sistema giuridico-ordinamentale [2].

Sotto tale profilo, se da un lato permane l’idea di una autonomia negoziale quale luogo ideale nel quale la libertà delle parti può generare i più disparati regolamenti negoziali funzionali alla realizzazione dei privati interessi [3], dall’altro non si guardano più quali ipotesi eccezionali le disposizioni di settore che – in maniera più o meno incisiva – limitano la libertà delle parti [4] e sembra consolidarsi in maniera sempre più chiara l’idea per cui la regolamentazione negoziale non possa ritenersi affidata esclusivamente alle disposizioni ordinarie [5].

In tale mutato conteso, l’indiscriminata libertà che si riconosceva alle parti in funzione dell’intangibilità del «valore» dell’autonomia privata [6] entra profondamente in crisi sotto la spinta di quanti tendono a porre l’accento sulla funzione che l’autonomia negoziale riveste nei moderni sistemi di diritto e che determina che la stessa sia qualificabile quale mezzo per permettere alle parti di realizzare i propri interessi – anche privati e personali – ma funzionalizzando il singolo atto di autonomia alla realizzazione dei valori e dei principi apicali del nostro ordinamento cristallizzati in norme di rango superiore [7]. In tale quadro, quindi, l’interesse che le parti perseguono è sì individuale ma mai potrà essere egoistico e controfunzionale.

Questa evoluzione risulta fortemente debitrice del progressivo affermarsi degli orientamenti volti a vedere le norme costituzionali non più quali disposizioni programmatiche e, in quanto tali, prive di immediati effetti diretti ma, al contrario, quali norme precettive [8] e cogenti nei rapporti interprivatistici [9]. In quanto norme direttamente efficaci [10], quindi, le disposizioni costituzionali rappresentano dei limiti immediati all’esercizio dell’autonomia

privata alla quale impongono di conformarsi ai valori previsti al livello apicale [11].

Tale evoluzione è stata colta, ormai in maniera solida, in tema di controllo causale dei contratti [12] in relazione al quale, il passaggio da un'accezione della causa intesa come funzione economico-sociale [13] ad una causa concreta intesa quale funzione economico-individuale [14], ha permesso di vedere nella causa uno strumento per verificare l'effettiva aderenza del negozio all'assetto assiologico dell'ordinamento [15].

Un controllo di meritevolezza degli interessi che, proprio perché effettuato in relazione alla causa in concreto, permette al giudice di valutarlo tenendo in considerazione tutte le circostanze, gli interessi e le finalità che caratterizzano la singola negoziazione e di pervenire, quindi, ad un sindacato estremamente incisivo e che è in grado di penetrare in profondità nella singola negoziazione apprezzandone tutte le sfumature [16].

Tale tipologia di controllo, espressamente enunciato dall'art. 1322, comma 2, c.c., nonostante alcune voci dissenzienti [17], viene oggi distinto dal controllo di liceità poiché manifesterebbero due esigenze sanzionatorie completamente distinte e non sovrapponibili [18]. Mentre infatti il controllo di liceità si concretizza in un giudizio negativo consistente nella verifica della non contrarietà del contratto a norme imperative, ordine pubblico e buon costume [19], quello di meritevolezza appare invece caratterizzato dall'esigenza di verificare in positivo se la singola negoziazione si uniformi ai principi ed ai valori ordinamentali e se, cioè, cooperi attivamente al progresso del sistema [20].

2. Tale giudizio è utilizzato sempre con maggior frequenza per sindacare la validità di regolamenti contrattuali eccessivamente sproporzionati e che nascondono un sostanziale disequilibrio che si converte nella realizzazione di pregiudizi non indifferenti per il contraente debole. Non è un caso, infatti, che la necessità di sottoporre ad una attenta verifica l'autonomia negoziale e gli interessi che attraverso l'esercizio della stessa si tentano di realizzare, sia stata percepita soprattutto nell'ambito di tutte quelle negoziazioni che avvengono in settori particolarmente sensibili in quanto coinvolgono – e possono pregiudicare – valori di primario rilievo all'interno del nostro sistema di diritto. Il riferimento è, ovviamente, ai mercati finanziari nei quali, nonostante la presenza di disposizioni di settore, la tutela del cliente viene oramai spesso veicolata dall'applicazione dei principi ordinamentali.

Tale rilievo chiama inevitabilmente i distributori di prodotti bancari, assicurativi e finanziari di compiere una più attenta valutazione circa il concreto assetto degli interessi di cui risultano titolari i contraenti.

Così, per fare un esempio su tutti, il controllo di meritevolezza è stato utilizzato per sindacare la validità dei contratti *swap* che, proposti ai clienti quali contratti volti a coprire il rischio dell'oscillazione dei tassi variabili, si rivelavano invece negoziazioni caratterizzate dall'alta speculatività e dannosità per il cliente. La possibilità di apprezzare la concreta ed evidente incapacità della negoziazione ad assolvere alla dichiarata finalità di copertura ha spinto i giudici a dichiararne la nullità per immeritevolezza della causa [21]. In tali circostanze, il

giudizio valoriale negativo che riceve la negoziazione non risulta dovuto al fatto che la stessa non abbia apportato vantaggi al contraente – essendo tale circostanza del tutto normale e possibile nelle negoziazioni finanziarie che sono intrinsecamente caratterizzate da un certo grado di rischio – ma dall’incapacità strutturale del contratto a realizzare l’interesse che aveva spinto il cliente – normalmente sollecitato da parte dell’intermediario – a concludere quella tipologia di contratto poi rivelatasi favorevole esclusivamente per il professionista. La conformazione di tali contratti, infatti, determinava uno spostamento dell’alea negoziale esclusivamente in capo alla parte debole esprimendo, per tal via, una conformazione immeritevole dei privati interessi [22].

Appare infatti evidente come una struttura negoziale di tal genere si pone in aperto contrasto non solo con l’art. 2 cost. nella misura in cui penalizzando in maniera unilaterale e certa uno dei contraenti viola il principio personalista e solidarista, ma anche con l’art. 3 cost. (principio di uguaglianza) e l’art. 47 cost. (tutela del risparmio).

Allo stesso modo, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di applicare i suddetti principi ai contratti c.d. *four you* nei quali l’alea negoziale veniva dall’intermediario spostata integralmente ed esclusivamente sul cliente al dettaglio. La complessa operazione negoziale, infatti, prevede l’erogazione di un mutuo da parte dell’intermediario in favore del cliente che l’intermediario stesso utilizza direttamente per acquistare titoli per conto della propria controparte. Contestualmente, i titoli acquistati venivano costituiti in pegno da parte dell’intermediario a garanzia del pagamento, da parte del cliente, delle rate del mutuo. La durata trentennale dell’operazione rendeva, poi, del tutto aleatorio – ed estremamente lontano nel tempo – l’eventuale liquidazione dell’investimento a fronte di un immediato e sicuro guadagno dell’intermediario sul mutuo e sulle commissioni [23]. L’assenza di equilibrio veniva ulteriormente aggravata, nel caso di specie, dal fatto che tali prodotti venivano pubblicizzati e proposti al pubblico quali forme previdenziali alternative a basso rischio con ciò distorcendo completamente la realtà dei fatti ed inducendo il cliente all’acquisto. Appare evidente, come riscontrato dalla giurisprudenza, l’utilizzo distorto dell’autonomia negoziale che viene ad essere effettuato nei casi di specie nonostante la formale aderenza di tali investimenti alle relative disposizioni di settore. Basti infatti segnalare come la concessione di un finanziamento per l’acquisto di prodotti finanziari rientra pienamente nella definizione di «servizi accessori» che possono essere forniti da parte dell’intermediario e, in quanto tali, sarebbero pienamente leciti. La particolare modalità in cui si estrinseca l’autonomia negoziale, però, rende evidente lo squilibrio negoziale che la stessa crea e l’illegittimo sacrificio degli interessi del cliente. Proprio tali considerazioni hanno spinto la giurisprudenza a ritenere tale tipologia di negoziazione «non è meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., ponendosi in contrasto con i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 cost. sulla tutela del risparmio e l’incentivo delle forme di previdenza, anche privata» [24].

3. Non deve tuttavia pensarsi che il giudizio di meritevolezza sia qualcosa da

riferire esclusivamente al contratto nella sua interezza potendo invece essere predicato anche per singole disposizioni negoziali che entrino in conflitto con i suddetti principi e valori. Proprio in ambito assicurativo il tema è diventato di centrale importanza a seguito di un importante arresto delle Sezioni unite [25] che si sono pronunciate sull'astratta validità delle c.d. clausole *claims made* [26].

Come noto, le suddette clausole inserite ormai frequentemente nei contratti assicurativi, rappresentano una deviazione dallo schema legale c.d. *loss occurrence*: mentre in condizioni normali la polizza assicurativa contro i danni copre tutti i sinistri assicurati che avvengano nel periodo di vigenza del contratto stesso, per effetto della clausola *claims made* il contratto coprirà esclusivamente i sinistri relativamente ai quali la richiesta di risarcimento pervenga durante la vigenza della polizza.

Il panorama delle *clausole claims made*, va subito detto, non si compone di un'unica tipologia di clausola e la concreta conformazione che di volta in volta la stessa va ad assumere condiziona profondamente il giudizio sulle stesse. La casistica permette infatti di distinguere fra clausole *claims made* pure, nelle quali vengono coperti sinistri verificatisi prima della conclusione del contratto (entro un limite temporale stabilito pattiziamente) purché denunciati durante la vigenza del contratto, e clausole *claims made* spurie o miste nelle quali verranno indennizzati i sinistri la cui richiesta di indennizzo pervenga per la prima volta durante la vigenza del contratto e che si siano anche verificati nello stesso lasso temporale. A volte, poi, le polizze modellate attraverso una clausola *claims made* possono prevedere la c.d. garanzia postuma che permette all'assicurato di ottenere l'indennizzo anche se la richiesta risarcitoria pervenga dopo la cessazione degli effetti del contratto purché, però, entro il limite temporale previsto in polizza.

Le posizioni degli interpreti circa l'ammissibilità delle suddette clausole si sono chiaramente divise fra quanti, pur con diverse motivazioni, ne hanno sostenuto la validità [27] e quanti, al contrario, si sono mostrati maggiormente propensi a sanzionare con la nullità la disposizione negoziale *claims made* [28].

Senza entrare nel tema relativo alla qualificabilità di tali clausole come vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c.c. e, in quanto tali, assoggettate alla doppia sottoscrizione [29], la sentenza delle Sezioni unite di cui si è poco sopra dato atto, si sofferma proprio sulla validità di tali clausole.

La posizione assunta dalle sezioni unite, pur non essendo del tutto nuova in giurisprudenza [30] e non fornendo una risposta unitaria ma fortemente dipendente dalle circostanze del caso concreto, dichiara l'astratta validità delle clausole *claims made* richiamando però l'attenzione del giudice verso la necessità di sottoporle ad un sindacato di meritevolezza.

Pur scartando l'opinione di quanti hanno ritenuto invalide le suddette clausole in quanto illecite per contrasto con l'art. 1917, comma 1, c.c. [31], le Sezioni unite rimettono di fatto ai giudici di merito la valutazione circa l'aderenza delle suddette clausole alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ma non si esimono, pur sommariamente, dall'individuare quelli che possono essere gli elementi da valutare al fine di adempiere la suddetta verifica.

Ciò che sembra guidare la penna dei giudici è la necessità di garantire un equilibrio all'interno del contratto di assicurazione che potrebbe venire fortemente compromesso dall'inclusione di determinate clausole *claims made* all'interno di determinate situazioni di fatto in cui viene a trovarsi l'assicurato. Un giudizio di meritevolezza che deve essere realizzato non soltanto avendo in considerazione la posizione del soggetto assicurato ma anche la funzione che l'ordinamento assegna alla conclusione del contratto di assicurazione che, come pare evidente, è quello di garantire al soggetto danneggiato la più ampia ed integrale copertura del danno subito [32].

Così, ad esempio, si manifesta un forte giudizio negativo verso le clausole *claims made* c.dd. spurie o miste le quali determinano, infatti, una forte compressione dei sinistri indennizzabili che non reca alcun vantaggio apprezzabile per l'assicurato. Altro elemento che viene valorizzato è la presenza di asimmetrie informative nonché di tutti gli altri elementi di fatto che possano incidere su tale giudizio e, fra questi, anche l'entità del premio pagato [33].

E sembra che le altre circostanze del caso concreto di cui parlano le Sezioni unite della Cassazione possano evidentemente incidere sul giudizio valoriale da attribuire alle clausole in parola. Come può non notarsi, ad esempio, l'immeritevolezza di una clausola *claims made* – anche pura – che venga inserita in un contratto rc professionale stipulato da un soggetto che inizia proprio in quel momento ad esercitare la relativa professione assicurata e che, pertanto, sicuramente non corre alcun rischio circa il fatto di aver prodotto danni prima della conclusione del contratto di assicurazione [34].

Tutto ciò manifesta l'opportunità di un sindacato di meritevolezza che travalichi gli spazi angusti riservati a quello di liceità per permettere all'interprete un apprezzamento valoriale dell'autonomia privata che, ove dovesse dare esito negativo, porterà a sindacare la validità di quella parte del contratto che si dimostri in contrasto con l'assetto assiologico dell'ordinamento.

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, sembra del tutto opportuna la necessità di circoscrivere in tale circostanza gli effetti della nullità alla sola clausola immeritevole. Appare infatti evidente come desumere l'invalidità dell'intero contratto di assicurazione determinerebbe una sostanziale frustrazione degli interessi dell'assicurato che, per aver concluso un contratto immeritevole, si troverà sprovvisto di qualunque garanzia assicurativa avendo, quale magra consolazione, la possibilità di ripetere i premi *medio tempore* pagati.

Merita dunque pieno apprezzamento l'orientamento sul punto espresso dalle Sezioni unite [35] che circoscrive l'effetto della nullità alle sole clausole *claim made* – ove da una valutazione concreta delle circostanze le stesse dovessero risultare immeritevoli – con contestuale applicazione della regola dell'art. 1917, comma 1, c.c. che, imponendo all'assicuratore di coprire i sinistri che si verificano “durante il tempo dell'assicurazione» converte il contratto nella classica tipologia *loss occurrence*.

4. Questa particolare attenzione verso la necessità di garantire una tutela sostanziale ai soggetti maggiormente bisognosi di protezione si registra, parimenti, nell'evoluzione subita dalla disciplina della trasparenza. La

complessità ormai raggiunta dalle negoziazioni che si svolgono all'interno del mercato in generale, e dei mercati regolamentati in particolare [36], hanno reso evidente come la conoscenza - da intendersi quale necessaria e reale comprensione degli effetti giuridici e delle conseguenze che scaturiscono dagli atti che si compiono - sia diventato un problema da risolvere al livello normativo. Secondo le ricostruzioni più accreditate delle problematiche connesse alla tutela del contraente debole [37], infatti, la «consapevolezza» risulta elemento indispensabile al fine di combattere l'intrinseca incapacità del contraente debole - che, normalmente, si limita ad aderire ad un regolamento negoziale unilateralmente predisposto da parte della controparte professionale- di comprendere le caratteristiche dei prodotti e dei servizi che acquista; il contenuto giuridico/economico dell'accordo nonché gli effetti che una certa negoziazione determina nella propria sfera giuridica.

Il profilo degli obblighi di informazione è stato, infatti, sempre trascurato dal diritto civile «classico» che anzi, soprattutto per quanto concerne i rapporti economici, si fondava sul principio per cui le informazioni sono un «bene» da mantenere il più possibile riservato in modo da escludere qualunque altro soggetto dalla libera fruizione delle stesse.

Vero è che tali obblighi informativi potevano, mediatamente, ricavarsi da una interpretazione evolutiva del principio di correttezza che, dominando l'intero dipanarsi delle negoziazioni, racchiudeva in sé anche l'obbligo delle parti di portare a conoscenza dell'altra tutti quegli elementi non altrimenti rinvenibili che potevano risultare rilevanti ai fini della conclusione dell'affare ma, è altrettanto vero, che all'interno del codice civile non si riscontrava - e non si riscontra tutt'ora - alcun obbligo specifico di informare [38].

La nuova struttura assunta dal mercato, tuttavia, ha elevato le informazioni a vero e proprio bene giuridico [39] assegnando ad una corretta regolazione delle stesse la realizzazione di un equilibrio negoziale fortemente posto in pericolo dalla genetica disuguaglianza di forza contrattuale fra le parti. Ci si è resi conto, cioè, che la corretta circolazione delle informazioni può condizionare in senso positivo o negativo la buona riuscita di una certa negoziazione intendendo per «buona riuscita» l'effettiva realizzazione degli interessi che le parti intendevano realizzare attraverso l'incontro delle rispettive volontà [40].

Una circolazione della «conoscenza» [41] che è stata forzosamente indotta, come noto, attraverso la previsione di stringenti e sostanziosi oneri informativi sia da parte del legislatore europeo che, in sede di recepimento delle direttive comunitarie, da parte di quello nazionale. L'idea che ispira tale fenomeno normativo è quella di imporre a colui che detiene informazioni (contraente forte) di metterle a disposizione della propria controparte (contraente debole) che, proprio per effetto della sua debolezza non è in grado di reperirle autonomamente. Tutto ciò accade anche quando le informazioni fornite da parte del professionista possano astrattamente risultare controproducenti per lo stesso che, lucrando sulla conclusione del maggior numero di contratti, «mette a nudo» i propri prodotti e servizi con il rischio di far perdere agli stessi quell'attrattiva che probabilmente avevano per il potenziale acquirente.

Appare però evidente come, in realtà, al centro dell'interesse del legislatore vi sia non il trasferimento dell'informazione in sé e per sé considerata ma, come sopra accennato, della «conoscenza» che deriverebbe al destinatario della stessa dall'aver concretamente rielaborato una certa informazione ed estrapolato dalla stessa il dato giuridicamente e/o economicamente rilevante ai fini della specifica negoziazione.

Ciò che si intende dire è che l'onere informativo, isolato dal contesto, è elemento del tutto inutile al fine di realizzare l'effetto sperato se non viene ad essere affiancato da ulteriori strumenti normativi che rendano maggiormente probabile che dal trasferimento di informazioni derivi l'acquisizione di «conoscenze».

Proprio da qui, quindi, il ruolo modernamente assunto dal principio di trasparenza [42] quale regola generale attraverso la quale conformare i processi divulgativi delle informazioni alle esigenze funzionali per le quali gli stessi sono previsti. Solo una corretta percezione del contenuto di un determinato atto negoziale può, infatti, trasformare una «informazione» in «conoscenza» ed il contraente disinformato in controparte consapevole e cosciente [43].

5. Esempio di come l'intera regolamentazione del diritto dei contratti si modifichi proprio sulla base dell'esigenza di rendere maggiormente penetranti le informazioni, può essere rintracciato nel nuovo ruolo assegnato alla forma del contratto. Nella legislazione speciale a tutela del contraente debole si è registrata, infatti, una incisiva proliferazione di vincoli formali i quali, però, si discostano significativamente dai precetti di forma previsti nel codice civile [44].

Nonostante la forma vincolata sia chiaramente elemento già esistente all'interno della suddetta disciplina, il legislatore del '42 sembrava aver assegnato alla necessaria redazione per iscritto di determinati contratti esclusivamente la funzione – pur importante – di garanzia di certezza del traffico commerciale. Non è un caso, infatti, che l'art. 1350 c.c. – che elenca una nutrita serie di contratti che devono farsi per iscritto sotto pena di nullità –, si riferisca principalmente a negozi che hanno ad oggetto o il trasferimento di diritti reali su beni immobili o la costituzione di obbligazioni particolarmente incisive su beni immobili (come, ad es., la locazione ultrannuale). La ragione di ciò andava ricercata nel fatto che, al tempo dell'emanazione del codice civile, fossero proprio questi i contratti che avevano la maggiore incidenza sotto il profilo economico e, di conseguenza, quelli che necessitavano di essere sottoposti a maggior controllo [45].

Attualmente, però, le modifiche che hanno riguardato l'economia - che non vede più nel mercato immobiliare il principale elemento di ricchezza che, al contrario, viene rintracciato nel rapido scambio di beni mobili e servizi –, hanno spinto il legislatore ad estendere i precetti formali anche a tipologie di negoziazione prima realizzabili informalmente [46].

La peculiarità del fenomeno, tuttavia, non è esclusivamente quantitativa ma abbraccia in maniera principale proprio l'aspetto qualitativo dei suddetti oneri formali. Ed infatti, alla comune funzione – già presente negli oneri codicistici della medesima natura - di garantire la certezza dei traffici giuridici si sommano,

all'interno dei vincoli neoformali, evidenti funzioni informative che lungi dal manifestarsi nella mera fase della conclusione del contratto, emergono con forza anche nella fase precontrattuale delle trattative [47].

Sotto il profilo funzionale, la ragione che ha comportato tale estensione del vincolo formale ad una molteplicità di ulteriori negozi, va rintracciata proprio nella capacità dello scritto di essere vettore di informazioni maggiormente chiare e verificabili [48]. Il fatto che la parte debole del rapporto negoziale entri nella disponibilità di un testo redatto su un supporto durevole il quale contiene al suo interno il complesso dei diritti, dei doveri scaturenti dal contratto nonché delle condizioni alle quali un determinato bene o servizio viene ad essere offerto, rappresenta strumento ormai indispensabile non solo per dare piena ed integrale conoscenza al consumatore dei suddetti aspetti, ma anche per garantire allo stesso la possibilità di accertare che l'esecuzione del contratto da parte del professionista sia esatta e pienamente corrispondente a quanto pattuito.

Sotto il profilo dell'estensione dei suddetti vincoli, la peculiarità si rintraccia, per l'appunto, nel fatto che oggetto di formalizzazione non è più esclusivamente il contratto in sé, ma anche le informazioni che obbligatoriamente il professionista deve fornire al consumatore prima della conclusione del contratto.

Tale ampliamento dell'incidenza dei vincoli formali non deve assolutamente stupire se viene ad essere analizzata alla luce della funzione oggi assolta dagli stessi oneri. Se infatti, come detto, lo scopo è quello di garantire una piena informazione al consumatore, è chiaro che l'esigenza di cristallizzare i dati di maggior rilievo su un supporto stabile, duraturo e chiaro, si registri soprattutto nella fase precontrattuale. In tale momento, infatti, il consumatore sviluppa progressivamente quel processo di formazione della propria volontà che lo porterà, in ultima istanza, a decidere se concludere o meno un certo negozio [49].

Non è un caso, infatti, che tutti i negozi per i quali sono stati introdotti vincoli neoformali, risultano interessati da dettagliati e puntuali oneri informativi precontrattuali da assolvere necessariamente attraverso la consegna da parte del professionista di documenti informativi scritti.

Va da ultimo sottolineato come tutti tali oneri formali – siano essi previsti nella fase contrattuale o precontrattuale – sono costantemente affiancati dalla previsione di oneri di chiarezza e comprensibilità che rendono evidente come i due profili (quello formale e quello contenutistico) cooperino al raggiungimento del medesimo obiettivo: generare un flusso comprensibile ed intelligibile di informazioni.

6. Appare allora rilevante il nuovo ruolo assegnato modernamente alla trasparenza che, informando di sé l'intero sistema di regolamentazione dei contratti, tenta di trasformare il contraente debole da mero soggetto che subisce il mercato in un contraente che, al contrario, orienta il mercato attraverso le proprie scelte consapevoli.

Ciò è quello che accade anche nel moderno diritto delle assicurazioni in cui la sempre crescente complessità delle negoziazioni, unita ad una evidente sproporzione fra le posizioni contrattuali dei soggetti coinvolti, ha imposto non solo l'espressa affermazione nel codice delle assicurazioni del principio di

correttezza e trasparenza, ma anche l'accurata predisposizione di schematici oneri informativi che dovrebbero arrivare a colmare il gap cognitivo fra i contraenti.

Sotto il primo profilo, è l'art. 185 c. ass. che, nel disciplinare le «Regole di comportamento» alle quali sono assoggettati gli intermediari assicurativi, pone alla lett. *a* quello di «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati» ed alla lett. *b* quello di «acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che (gli assicurati) siano sempre adeguatamente informati».

Una informazione, quindi, bidirezionale [50] che si concretizza non solo nella fornitura di determinate informazioni ma anche – e forse soprattutto – nella captazione da parte dell'intermediario di dati relativi al cliente che permettano al professionista di conoscere le caratteristiche della parte debole e, per tal via, modulare le proprie condotte sulle specifiche caratteristiche dell'assicurato.

Condotta che, sotto il profilo più propriamente informativo, trova una sua dettagliata specificazione nel Regolamento IVASS 26 maggio 2010, n. 35 - come modificato con Regolamento 16 luglio 2013, n. 7 [51] -, nel quale si rinviene una dettagliata disciplina delle informazioni che tiene conto delle multiformi sembianze che assume modernamente il contratto di assicurazione e le modalità di collocazione degli stessi sul mercato. Così alla regolamentazione delle informazioni da fornire nel ramo danni e nel ramo vita – con ulteriore diversificazione, in tale ultimo caso, per le polizze finanziarie del ramo II e V -, si affianca una disciplina con evidenti finalità protettive che prescrive le modalità attraverso le quali può correttamente avvenire la pubblicità di prodotti assicurativi.

La rilevanza del profilo informativo viene ribadita, da ultimo, nella direttiva 2016/97/UE sulla distribuzione dei prodotti assicurativi (c.d. IDD2) che delinea un ampio numero di informazioni che il professionista deve fornire al cliente al quale intende proporre un determinato prodotto assicurativo. La nuova direttiva, il cui termine di recepimento è fissato per il 23 febbraio 2018, affida alle informazioni non solo il ruolo di rendere consapevole il cliente circa le caratteristiche essenziali del prodotto assicurativo e della propria controparte (art. 18), ma anche l'emersione di tutti quei fenomeni che, se non conosciuti da parte del cliente, potrebbero esporre a seri rischi quest'ultimo soggetto. Così, ad esempio, all'art. 19 della direttiva sono evidenziati oneri informativi volti a portare a conoscenza dell'assicurato tutti i possibili conflitti di interesse che la propria controparte potrebbe avere. La direttiva da ultimo menzionata non trascura, parimenti, di disciplinare le modalità attraverso cui le suddette informazioni devono essere comunicate al cliente (art. 23) tornando a ribadire l'esigenza della loro cristallizzazione su un supporto durevole – preferibilmente cartaceo -; la necessità che venga rispettato il requisito della chiarezza e della comprensibilità e, da ultimo, della lingua. Anche in questo caso, come detto in precedenza, l'attenzione del legislatore non si pone esclusivamente sul «che cosa» comunicare ma anche sul «come» determinati contenuti devono essere

trasmessi al fine di permettere all'informazione di generare effettiva consapevolezza.

Va tuttavia segnalato come a tale classica accezione della trasparenza, intesa principalmente quale chiarezza e comprensibilità dell'atto - sia esso negoziale o prenegoziale - con evidenti finalità di *disclosure* e di comprensibilità del linguaggio giuridico, sembra oggi affiancarsi un nuovo ed ulteriore significato da attribuire al tema. Ad una trasparenza in senso formale viene sempre più frequentemente affiancata la previsione di disposizioni che vedono il suddetto principio in senso sostanziale e tale, cioè, da fuoriuscire dal mero atto per proiettarsi nel solco dell'attività d'impresa.

La consapevolezza ormai definitivamente acquisita circa l'irrazionalità che caratterizza le scelte economiche di un determinato cliente anche nel caso in cui lo stesso abbia ricevuto correttamente le informazioni prescritte (trasparenza formale) [52], è elemento ormai inconfutabilmente presente in tutte quelle relazioni economiche che si inquadrano all'interno di mercati particolarmente complessi e nei quali, cioè, si registra una sostanziale incomprensibilità, data la loro complessità, dei prodotti o dei servizi offerti ai clienti al dettaglio. Proprio tale irrimediabile incomprensibilità costituisce un *vulnus* alla capacità della trasparenza (in senso formale) ad essere efficace strumento protettivo non riuscendo, in tali concrete circostanze, a fare dell'atto uno strumento di trasferimento efficace di «conoscenza» [53].

Ed è proprio sotto tale aspetto che la trasparenza assume una nuova sembianza risultando principio ispiratore di una molteplicità di disposizioni che, pur avendo l'obiettivo di rimuovere le opacità che caratterizzano il mercato di riferimento, tentano di farlo non già attraverso una disciplina trasparente dell'atto, bensì attraverso una regolamentazione trasparente dell'attività [54].

Quello che si vuole dire è che «opaca» non può essere solo la negoziazione, ma anche la stessa condotta del professionista potrebbe non rispettare quei parametri di chiarezza e comprensibilità che assicurano un cristallino dipanarsi dei rapporti intermediario/cliente. Proprio partendo da tale presupposto anche la corretta regolamentazione delle condotte degli intermediaria, ove contribuisca a rimuovere quel grado di opacità che a volte le caratterizza, può trovare la sua giustificazione proprio nel principio di trasparenza [55].

Interesse del legislatore è, quindi, anche quello di imporre ai professionisti la tenuta di condotte scevre da qualunque grado di oscurità che possa garantire spazi occulti di manovra che gli stessi possano utilizzare per operare con modalità non conformi all'interesse della controparte e per perseguire finalità non in linea con il ruolo che l'ordinamento affida agli stessi all'interno dei mercati [56].

Tale tendenza, da tempo segnalata all'interno dei mercati finanziari [57], non sembra assolutamente estranea neanche al mercato assicurativo. Paradigmatica, in tal senso, appare la normativa relativa al del conflitto di interessi disciplinata, nelle sue caratteristiche essenziali, dall'art. 183, comma 1, lett. c, c. ass. che, in maniera estremamente chiara impone all'intermediario assicurativo di «organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò

sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio». Se è evidente che la presenza di un interesse confliggente con quello del cliente possa deviare la condotta dell'intermediario verso la realizzazione di risultati non in linea con la «missione» che l'ordinamento attribuisce agli operatori professionali del settore, è altrettanto chiaro come la presenza di interessi «occulti» rappresenti l'espressione di una condotta poco cristallina dell'intermediario nei confronti del cliente che, proprio per effetto della suddetta regolamentazione, l'ordinamento tenta di scongiurare.

Trasparenza, quindi, non vuol dire solo obbligare il professionista a «parlare chiaro» ma anche proibire all'intermediario di tenere condotte che, proprio per effetto della loro opacità, potrebbero nascondere condotte opportunistiche e, in ultima istanza, lesive dell'interesse del cliente.

In conclusione, appare chiara ormai la consapevolezza degli interpreti verso l'esigenza di arrivare a garantire una piena tutela del contraente debole sia attraverso il potenziamento di tutele formali - già da tempo conosciute ed utilizzate - ma anche attraverso l'introduzione di nuovi presidi sostanziali di tutela. La trasparenza in senso formale, cioè, non sembra da sola in grado di scongiurare i possibili profili di disequilibrio che oggi si manifestano soprattutto all'interno di mercati complessi e strutturati quale quello assicurativo. Ciò lascia emergere la necessità di stimolare una più marcata valutazione sostanziale dell'accordo che, se condotta con equilibrio e coraggio, può davvero determinare un riequilibrio sostanziale delle posizioni negoziali.

Tutto questo manifesta l'emersione di nuove sfide soprattutto per i distributori dei prodotti bancari, assicurativi e finanziari che saranno costretti a valutare le concrete esigenze delle proprie controparti realizzando l'obbligo di servire al meglio gli interessi della clientela. Sotto tale profilo, il canale distributivo bancario di prodotti assicurativi, con la sua crescente espansione, sembra effettivamente un punto di osservazione privilegiato condensando al proprio interno la distribuzione di tutte e tre le tipologie di prodotti appartenenti ai mercati finanziari. La banca, sotto il profilo distributivo, appare essere sempre più il punto di incontro dei tre mercati regolamentati e luogo, quindi, di mediazione fra le distinte normative che manifestano, con sempre maggiore evidenza, un percorso di avvicinamento e numerosi punti di contatto.

References:

1. Su tali profili, v. G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 992 ss.
2. Sul punto, preliminarmente, G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *ID.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 15 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 25 ss.; D. D'ANGELO, *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2605 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2007,

p. 325 ss.; G. ALPA, Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi, in Riv. crit. dir. priv., 2008, p. 571 ss.; M. PENNASILICO, Art. 1322, in Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di G. Perlingieri, 3^a ed., Napoli, 2011, p. 372 ss.; L. MEZZASOMA, El contrato de compravenda y la protección del consumidor, Relazione tenuta presso l'Università di Salamanca, 5 febbraio 2013; G. PALERMO, L'autonomia negoziale nella recente legislazione, in Giur. it., 2015, p. 491 ss.; G. VILLANACCI, Interesse lecito e interesse meritevole di tutela: i limiti sostanziali all'autonomia negoziale, in Pers. merc., 2016, p. 8 ss.

3. F. CRISCUOLO, Autonomia negoziale e autonomia contrattuale, in Tratt. dir. civ. CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 1 ss.; L. MEZZASOMA, La protección del contraente débil en la legislación italiana, in Rev. jur. daños, 2/2012, in www.ijeditores.com.ar; S. PATTI, Autonomia e diritto privato europeo, in Contr. impr., 2013, p. 633 ss.; L. FERRAJOLI, Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità, in Giust. civ., 2014, p. 27 ss.

4. Su tale tendenza, in generale, R. CLARIZIA, Nuovi limiti all'autonomia contrattuale delle parti, in F. RUSCELLO (a cura di), Studi in onore di Davide Messinetti, I, Napoli, 2008, p. 271 ss. Si pensi, in particolare, alle importanti limitazioni all'autonomia negoziale imposte all'interno delle disposizioni a tutela del consumatore. In dottrina, fra tanti, G. SMORTO, Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica, in Contr., 2008, p. 723 ss.; F. CRISCUOLO, o.c., p. 56 ss.; A. SPADAFORA, Il demiurgo del contratto alla ricerca del "giusto prezzo", in Giust. civ., 2011, p. 1113 ss.; E. CAPOBIANCO, La tutela del contraente consumidor en el derecho italo-europeo, in Pers. merc., 2015, p. 10 ss.; L. MEZZASOMA, Rapporti con la clientela e clausole vessatorie, in V. TROIANO e R. MOTRONI (a cura di), La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati, Padova, 2016, p. 81 ss.

5. P. PERLINGIERI, Profili istituzionali del diritto civile, Napoli 1975, p. 70; ID., Profili del diritto civile, 3^a ed., Napoli 1994, p. 242; ID., Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 334 ss.

6. Cfr., G. STOLFI, Teoria del negozio giuridico, Padova, 1947, p. X ss.; F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1957, p. 109

7. Pur con diverse sfumature, mettono in relazione il principio di autonomia negoziale con i parametri costituzionali, F. MESSINEO, Il contratto in generale, I, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1973, p. 42; F. GALGANO, Negozio giuridico (dottrine generali), in Enc. dir., XXVII, Milano, 1977, p. 948; G. ALPA, Libertà contrattuale e tutela costituzionale, in Riv. crit. dir. priv., 1995, p. 35 ss.; L. MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, in Banca borsa tit. cred., 1997, I, p. 1 ss.; ESPOSITO, Profili costituzionali dell'autonomia privata, Padova, 2003, p. 93 ss.; A. LISERRE, Costituzione e autonomia contrattuale, in Corr. giur., 2008, p. 153 ss.; ID., Costituzione e autonomia contrattuale, in Jus, 2008, p. 83 ss.; MASTORILLI, Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa, in Riv. crit. dir. priv., 2010, p. 117 ss.; P. RESCIGNO, Autonomia dei privati, in Riv. crit. dir. priv., 2012, p. 15 ss.; E. NAVARRETTA, Diritto civile e diritto costituzionale, in Riv. dir. civ., 2012, I, p. 666 ss.; L. MEZZASOMA, Disciplina del contratto, tutela del contraente mas debil y valor constitucional, in Derecho privado y constitucion, 2015, p. 187 ss.

8. P. PERLINGIERI, Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, Rass. dir. civ., 1980, p. 95 ss.; ID., Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica, in Riv. dir. civ., 2010, p. 332 ss.

9. P. PERLINGIERI, Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss.; ID., Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, cit., p. 543 ss. e, da ultimo, in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 271 ss.

10. P. PERLINGIERI, La personalità umana nell'ordinamento giuridico, Napoli, 1972, p. 131 s.; ID., Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 112 ss. (già in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.); ID., Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione», in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.; ID., Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, cit., p. 543 ss.

11. P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, cit., p. 535 ss.

12. M. GIORGIANNI, Causa (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; G. ALPA, Causa e tipo, in *Vita not.*, 1997, p. 3 ss.; ID., La causa e il tipo, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I, I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Milano, 2006, p. 541 ss.; M. DELL'UTRI, Art. 1343, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, 7ª ed., Milano, 2008, p. 2450 ss.; ROLLA, Causa in astratto e causa in concreto, Padova, 2008, p. 66 ss.

13. E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, p. 114 ss.; ID., Causa del negozio giuridico, in *Novss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 386; F. MESSINEO, Contratto (dir. priv.), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 825 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, o.c., p. 172 ss. Per la risalente giurisprudenza, Cass., 16 novembre 1979, n. 5953, in www.dejure.it; Cass., 3 giugno 1980, n. 3621, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2138; Cass., 11 agosto 1980, n. 4921, in www.dejure.it; Cass., 29 gennaio 1983, n. 826, *ivi*.

14. G.B. FERRI, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966, p. 98 ss.; ID., Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 127 ss.; ID., Motivi presupposizione e l'idea di meritevolezza, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, Napoli, 2009, p. 55; ID., Il problema della causa del negozio giuridico, in N. LIPARI (a cura di), *Rosario Nicolò*, Napoli, 2011, p. 165; V. ROPPO, Causa tipica, motivo irrilevante, contratto illecito, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2379; ID., Il contratto, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2011, p. 343 ss.; D. CARUSI, La disciplina della causa, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. contr. Rescigno*, II, Torino, 1999, p. 536 ss.; U. BRECCIA, Causa, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XII, Torino, 1999, p. 1 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, Il contratto, 2ª ed., Milano, 2000, p. 452 ss.; In giurisprudenza, Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1985; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in www.dejure.it; Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, *ivi*; Trib. Arezzo, 28 giugno 2011, *ivi*; Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, *ivi*.

15. F. ROSSI, La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 573 s. Al contrario, la precedente accezione della causa portava gli interpreti a limitarsi a verificare se il singolo contratto risultasse espressione dei tipi negoziali espressamente disciplinati dalla legge. La critica formulata a tale impostazione si fondava proprio sull'incapacità della stessa di riuscire a distinguere il tipo dalla causa del negozio. Su tali profili, diffusamente, B. IZZI, La causa del contratto come funzione economico-individuale, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1193 ss.

16. M.A. URCIUOLI, Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 764: «Respinta la tradizionale identificazione della causa con la funzione astratta ed immutabile del tipo negoziale, ogni interesse essenziale nell'economia dell'affare viene necessariamente a confluire nello schema causale dell'atto di autonomia concretamente posto in essere».

17. Su tali orientamenti, cfr., G.B. FERRI, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, cit., p. 129 ss.; ID., Ancóra in tema di meritevolezza dell'interesse, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 8 ss.; V. ROPPO, Contratto, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 118 ss.; ID., Il contratto, cit., p. 346; A. GUARNIERI, Meritevolezza dell'interesse, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 324 ss.; ID., Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 ss.; G. GABRIELLI, Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari, *ivi*, 2007, I, p. 321 ss. In giurisprudenza, propendono per tale soluzione, Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce Contratto in generale, c. 602, n. 56; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Contr.*, 2004, p. 801; Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 616; Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Notariato*, 2008, p. 251; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giur. it.*, 2010, p. 2038, con nota di F. ROCCHIO, Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite.

18. Distinguono il giudizio di liceità da quello di meritevolezza, pur non assumendo nei confronti di quest'ultimo le medesime posizioni, U. MAJELLO, I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 493 ss.; C.M. BIANCA, Contratto europeo e principio causalista, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di Studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara, Milano, 2005, 401 ss.; G. SICCHIERO, La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico, in *Contr. e impr.*, 2004, 545; P. PERLINGIERI e P. FEMIA, Nozioni introduttive e principi del diritto civile, Napoli, 2004, 99 s.; P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, cit., p. 346 ss.; ID., I giuristi e la Costituzione italiana ancóra da attuare, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, p. 93 ss. In giurisprudenza, App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 81; Cass., 23 febbraio 2004, n. 3545, in *Rass. dir. econ. sport*, 2006, p. 203, con nota di INDRACCOLO, La cessione del calciatore tra legge dello Stato e disposizioni federali; Trib. Torino, 27 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1184; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not.*, 2009, p. 1441.

19. A. CATAUDELLA, Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata, in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 165. Sul controllo di liceità, v. diffusamente M.B. CHITO, Art. 1343, in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, cit., p. 2450 ss.; F. MAIOLO, Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 3 ss.; A. FEDERICO, Art. 1343, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, cit., p. 553 ss.; E. NAVARRETTA, Art. 1343, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarra e Orestano, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 577 ss.; F. ADDIS, Art. 1343, in *Codice civile commentato*, a cura di C. Bonilini, M. Confortini e G. Granelli, cit., p. 2962 ss.

20. Come notato da autorevole dottrina, tale controllo deve essere effettuato tanto sulla scorta del criterio quantitativo della proporzionalità degli interessi in gioco, quanto su quelli qualitativi dell'adeguatezza e della ragionevolezza degli

stessi. In questo senso, M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata, Napoli, 2011, p. 156 ss. Ritiene che il giudizio di meritevolezza si estrinsechi in un bilanciamento dei valori in gioco, R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 982 s. Sui rapporti fra principio di ragionevolezza e controllo di meritevolezza, v. E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 200 ss. In senso contrario, però, vi è chi ritiene che tale giudizio di meritevolezza debba essere svolto tenendo quale parametro le valutazioni che su quel determinato atto negoziale viene espresso in ambito internazionale. In questo senso, F. GALGANO, *La giurisprudenza della società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 363; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 97. In senso critico rispetto a tale ricostruzione volta a vedere il controllo di meritevolezza in chiave di utilità economica piuttosto che di valutazione assiologicamente orientata dell'autonomia negoziale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 338 s.

21. App. Milano, 18 settembre 2013, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 278; Trib. Roma 8 gennaio 2016, in www.dejure.it.

22. Trib. Trento, 7 maggio 2015, in www.dejure.it.

23. App. Napoli, 10 marzo 2013, in *Il foro napoletano*, 2015, p. 513; Trib. Salerno, 20 febbraio 2015, in www.dejure.it; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in www.dejure.it.

24. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

25. Cass. sez. un. 6 maggio 2016 n. 9140, in www.dejure.it.

26. A.C. NAZZARO, *Le clausole "Claims Made" nel nuovo contesto del Decreto Ministeriale 22 settembre 2016, Relazione al Convegno «Responsabilità dell'avvocato e assicurazioni obbligatorie. Profili civilistici e deontologici»*, Firenze 14 dicembre 2016; ID., *L'assicurazione e il mercato nella composizione degli interessi in gioco (Editoriale)*, in *Dir. merc. assic. fin.*, 2016, p. 249 ss.

27.¹ Cfr. le opinioni di C. LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 864 ss.; I. PARTENZA, *Assicurazioni di rc delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Assicurazioni*, 2010, p. 673 ss.; B. TASSONE, *Clausola claims made, professionisti e terzo contratto*, in *Danno resp.*, 2012, p. 717 ss.

28. S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, p. 701 ss.; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, Padova, 2013, p. 38.

29. Le Sezioni unite ritengono che le clausole claims made non abbiano l'effetto di ridurre la responsabilità dell'assicurazione per i sinistri occorsi ma che realizzino la funzione di delineare in maniera diversa l'oggetto dell'assicurazione circoscrivendo temporalmente i sinistri indennizzabili. In quanto clausola che non incide sulla responsabilità delle parti, dunque, le clausole claims made non devono ritenersi assoggettate al disposto di cui all'art. 1341 c.c.

30. Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, p. 438; Trib. Napoli, 11 febbraio 2010, in *Assicurazioni*, 2011, p. 131.

31. Tale norma, riferita espressamente all'assicurazione danni, impone all'assicuratore «tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto». La disposizione, facendo riferimento ad un indennizzo che riguarda i fatti accaduti durante il tempo

dell'assicurazione, sembrerebbe escludere la possibilità di individuare altrimenti l'oggetto della polizza assicurativa danni.

32. Insiste su tale profilo, A.C. NAZZARO, *Il contratto di assicurazione: la clausola claims made*, Relazione tenuta al Convegno «Le Corti fiorentine: dialogo fra giurisprudenza e dottrina», Firenze, 4 novembre 2016.

33. Cfr., sul punto, U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni unite*, in *Contratti*, 2016, p. 753 ss.

34. Su tali profili, v. G. BERTI DE MARINIS, *Adeguatezza del prodotto ed equilibrio negoziale nella tutela del professionista assicurato. Qualche riflessione a prima lettura sul D.M. 22 settembre 2016*, in corso di pubblicazione in *Studi in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017.

35. Cass. sez. un. 6 maggio 2016 n. 9140, cit.

36. Sull'evoluzione dei mercati, A ZITO, *Mercati (regolamentazione dei)*, in *Enc. dir.*, *Annali III*, Milano, 2010, p. 805 ss.

37. Da ult., in generale, sulla rilevanza della tutela del contraente debole, L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.

38. G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, cit., p. 992 s.

39. V. ZENO ZENCOVICH e F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in *Dir. info.*, 2008, p. 142, ove fanno notare: «Si parla oggi con sempre maggiore frequenza ed intensità di “economia della conoscenza”, sottolineando come la complessità dei contesti nei quali gli agenti economici sono chiamati ad operare impongano loro investimenti e capacità di carattere cognitivo, necessarie per lo sfruttamento competitivo delle risorse a disposizione».

40. Sul punto, V. ZENO ZENCOVICH e G.B. SANDICCHI, *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 971 ss.

41. Si veda, W. CESARINI SFORZA, *Conoscenza*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1957, p. 107 s., il quale evidenzia come tale funzione di «conoscenza» era assolta nei sistemi arcaici da quelle élite di soggetti che tramandavano un diritto fatto di consuetudini ed usi. Cfr., pure, S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 124 ss., dalla cui voce enciclopedica si evince che, in passato, ciò che veniva comunemente associato sotto un profilo giuridico all'idea di «conoscenza» era più che altro quello di «segretezza» delle informazioni delle quali si era in possesso. L'obbligo che oggi definiremmo di «disclosure» rappresentava, al contrario, l'eccezione.

42. Cfr., preliminarmente, le considerazioni di S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali V*, Milano, 2012, p. 1280 ss. Va segnalato come la dottrina ha posto opportunamente l'accento sulle molteplici e varie conseguenze che possono derivare da una violazione delle regole di trasparenza al livello negoziale. Sul punto, su tutti, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 1996, passim.

43. In merito, si rinvia alle considerazioni di A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 31 ss.

44. Cfr., V. RIZZO, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in R. FAVALE e B. MARUCCI (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli, 2003, p. 620 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e fra imprese e consumatori*, in *Trattato Lipari*, III, Padova, 2003, p. 48 ss.; S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto, appunti per una voce*, in *Studi senesi*, CXVI, 2004, p. 116; F. DI GIOVANNI, *La*

forma, in E. GABRIELLI (a cura di), I contratti in generale, II, in Trattato Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, p. 767 ss.; U. BRECCIA, La forma, in Tratt. Roppo, I, Milano, 2006, p. 535 ss.; V. VENOSTA, Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 872 ss.; L. MODICA, Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo, Milano, 2008, p. 119 ss.

45. Su cui, diffusamente, A. LISERRE, Forma, in *Il contratto in generale*, XIII, in Tratt. dir. priv. Bessone, Torino, 1999, p. 402; A. BARENGHI, art. 1350, in Codice civile, diretto da P. Rescigno, I, 7^a ed., Milano, 2008, p. 2474 ss.; R. FAVALE, sub Art. 1350, in G. PERLINGIERI (a cura di), Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, 3^a ed., Napoli, 2010, p. 590 ss.; S. PAGLIANTINI, sub Art. 1350, in *Dei contratti in generale*, II, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Comm. cod. civ.* Utet, Torino, 2011, p. 5 ss.; F. ADDIS, sub Art. 1350, in Codice civile commentato, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e G. Granelli, 4^a ed., Torino, 2012, p. 3027 ss.

46. Notano un distacco delle nuove disposizioni in tema di forma rispetto a quelle contenute nel codice civile, N. IRTI, *Idola libertatis*, Tre esercizi sul formalismo, Milano, 1985, p. 28 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 79 ss. Per qualche considerazione generale sulla rinnovata tendenza al formalismo, si veda anche G. ALPA, *La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 461 ss.

47. Su come tale evoluzione sia stata ampiamente influenzata dalla normativa comunitaria, v. G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, in Tratt. Bessone, XXVI, Torino, 2006, p. 796 ss.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, p. 205 ss.; P.M. PUTTI, *I contratti del consumatore*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, I, in Trattato Ajani-Benacchio, III, Torino, 2009, p. 360 ss.

48. Su tutti, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

49. In generale, in merito alla rilevanza delle statuizioni che impongono oneri informativi al fine di rendere il mercato più equilibrato, v., fra gli altri, L. FERRONI, *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, p. 566; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 558; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, *ivi*, 2004, p. 349 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 651 ss.; F. RICCI, *Libertà e responsabilità nei contratti telematici*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 828 ss.

50. Evidenziano la bidirezionalità delle informazioni G.G. LUCIANI, *Gli obblighi informativi "passivi" ed "attivi" degli intermediari finanziari*, in L. DI NELLA (a cura di), *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, Napoli, 2007, p. 52 ss.; E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 246 ss.

51. Si segnala, sul punto, il Documento di consultazione n. 10 del 2016 che propone ulteriori modifiche al Regolamento n. 35 del 2010.

52. Esprimono dubbi sulla effettiva capacità delle informazioni a rendere il cliente edotto e consapevole degli effetti delle proprie negoziazioni, F.S. COSTANTINO, *L'attuazione della direttiva MiFID in Italia: note minime sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese di investimento nella normativa secondaria*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 62; L. PURRUPA, *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella*

prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio, in Banca borsa tit. cred., 2013, p. 229. Sul punto, sempre attuali le considerazioni di V. RIZZO, Art. 1469-quater. Forma e interpretazione, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore, Padova, 1999, p. 1190 ss. Sull'esigenza di stimolare il potenziamento di una educazione finanziaria basata non esclusivamente sull'aspetto informativo quanto su quello dello stimolo a tenere condotte di investimento «sane» ed equilibrate, U. MORERA, Nuove prospettive per l'educazione finanziaria, in Foro it., 2015, V, c. 125 ss. In un'ottica più generale, segnala tale problematica F. MARINELLI, Scienza e storia del diritto civile, Roma-Bari, 2012, p. 223, ove segnala come «la contrattazione assume dunque un senso diverso da quello che era stato costruito nel corso dei secoli da generazioni di giuristi, non più il luogo in cui si incontrano contraenti razionali, informati correttamente e ben consapevoli dei propri impegni, ma luogo in cui la produzione condiziona gli acquirenti indirizzando gli acquisti verso settori più redditizi, senza alcun rispetto per i valori della dignità dell'uomo e della sua autonomia, che diviene sempre meno libera e consapevole».

53. Riferimenti in tal senso, in B. INZITARI, Sanzioni Consob per l'attività in derivati: organizzazione, procedure e controlli quali parametri della nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle c.d. "rimodulazioni", in Giur. it., 2009, p. 1693 ss.

54. La dottrina ha già notato e puntualizzato come l'attenzione del legislatore si stia progressivamente spostando dalla disciplina del rapporto a quella dell'attività. Su tale problematica, U. MINNECI, Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto alla disciplina dell'attività, in Banca borsa tit. cred., 2012, I, p. 568 ss.

55. F. ANNUNZIATA, Regole generali di comportamento degli intermediari, in G. FERRARINI e P. MARCHETTI (a cura di), La riforma dei mercati finanziari, Milano, 1998, p. 110 ss. Più di recente, evidenzia una stretta interrelazione fra obblighi di condotta e vincoli organizzativi imposti all'intermediario, P. LUCANTONI, Le regole di condotta degli intermediari finanziari, in E. GABRIELLI e R. LENER (a cura di), I contratti del mercato finanziario, in Tratt. contr. Rescigno e Gabrielli, cit., p. 258 s., ove fa notare come «i doveri di diligenza, correttezza e trasparenza sembrano, nella giurisprudenza teorica e pratica tradursi nell'obbligo di dotarsi di un'organizzazione adeguata che consente l'efficiente svolgimento dei servizi finanziari. In altre parole, la prestazione dell'intermediario si qualifica non soltanto per il comportamento finale costituito dalla sua attività con il cliente, ma anche per il modo in cui, all'interno dell'impresa/intermediario è stata «organizzata, predisposta e procedimentalizzata» l'attività finanziaria con la clientela».

56. Sul punto, pur riferendosi in generale a tutti gli obblighi di condotta, v. R. RODORF, Società di intermediazione mobiliare (SIM), in Enc. dir., Agg. V, Milano, 2001, p. 1051, secondo il quale: «Significativo, anzitutto, è che i criteri generali cui i soggetti abilitati debbono attenersi nella prestazione dei servizi di investimento siano enunciati dall'art. 21 d.lg. n. 58 del 1998, all'inizio del capo dedicato, appunto, allo svolgimento di tali servizi, e che in quel medesimo capo figurino poi anche norme sulla forma e sul contenuto dei contratti (art. 23), nonché disposizioni destinate a riflettersi sui modi organizzativi interni della società (art. 22): a riprova del fatto che quei principi generali di comportamento debbono improntare non solo l'attività esecutiva degli specifici obblighi contrattuali assunti dall'intermediario, ma anche la stessa predisposizione dei contratti e gli aspetti organizzativi dell'impresa».

57. L. MEZZASOMA, Mertievolezza e trasparenza nei contratti finanziari, in V. TROIANO e R. MOTRONI (a cura di), Nuove frontiere della finanza: operatività, supervisione, tutela giurisdizionale, in corso di pubblicazione.