

UNIVERSITA' CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea in Giurisprudenza



LA TUTELA DEI CLIENTI
NEL MERCATO ASSICURATIVO

TESI DI LAUREA di:
Asia Domenica Odorisio
Matr. N° 4200770

Relatore: Chiar.mo Pierpaolo MARANO

Anno Accademico 2017/2018

*« Itaca ti ha dato il bel viaggio,
senza di lei mai ti saresti messo
in viaggio: che cos'altro ti aspetti?
E se la trovi povera, non per questo Itaca ti avrà deluso.
Fatto ormai savio, con tutta la tua esperienza addosso
già tu avrai capito ciò che Itaca vuole significare. »*

K. Kavafis

*Ai miei genitori, Ugo e Gemma,
per le due grandi eredità che mi hanno lasciato:
le radici e le ali.*

A mio fratello Antonio.

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE: IL CONCETTO DI ASIMMETRIA INFORMATIVA DALLA

1. La figura del contraente debole	7
1.1. I contratti asimmetrici.....	11
1.1.2. Contratto asimmetrico e terzo contratto.....	17
1.1.3. Precisazioni sui confini della categoria del contratto asimmetrico	23
2. Obblighi precontrattuali	27
3. La debolezza dell'aderente nella contrattazione standardizzata	31
4. La trasparenza dell'informazione.....	36
5. Forma informativa.....	45

CAPITOLO II

DALLA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE ALLA PROTEZIONE DEL CLIENTE

1. Il consumatore <i>démodé</i>	54
2. Contrattazione asimmetrica tra imprese: dalla protezione del consumatore alla protezione dell'impresa "debole".....	65
2.1. Riferimenti sul piano europeo: Le pratiche commerciali sleali	67
3. Dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente	75

3.1. Sul piano dell'ordinamento interno: i Decreti Bersani.....	81
4. Il consumatore assicurato	84
5. La tutela dell'assicurato tra codice civile e codice delle assicurazioni	98

CAPITOLO III
LA INSURANCE DISTRIBUTION DIRECTIVE
E LA PROTEZIONE DEL CLIENTE

1. Dalla IMD alla IDD: percorso evolutivo.....	106
2. IDD: Obblighi di informazione e regole di condotta	113
2.1. La tutela dell'investitore in prodotti finanziari assicurativi.....	117
2.2. La Product Oversight Governance	124
3. MIFID II e IDD : discipline a confronto	126
4. Recepimento della IDD in Italia	132
5. Raccordo tra principi già esistenti nell'ordinamento e novità introdotte	136

Conclusioni	139
--------------------------	------------

Bibliografia	145
---------------------------	------------

INTRODUZIONE

«*La cultura moderna improntata al mercato non avrebbe persone da coltivare ma solo clienti da sedurre*¹».

L'evoluzione dei mercati, le nuove tecnologie e la stessa dimensione multiculturale vanno a definire la c.d. "*società dei consumi*". L'agenda europea ha tra i suoi obiettivi la protezione di quello che è il soggetto passivo di questa mercificazione, ma allo stesso tempo attore nel mercato: il consumatore. Nel descrivere l'attività del consumatore, il grado di sovranità che esercita nell'agire è continuamente messo in dubbio². Da un lato i consumatori sono descritti come soggetti sedotti da promesse fraudolente, dall'altro lato, sullo strascico del liberalismo, si attribuisce ad essi la razionalità e la capacità di autodeterminarsi nell'economia consumistica. In tale contesto il baricentro è comunque rappresentato dalla relazione tra i consumatori e gli oggetti di consumo. In un mercato mercificato, obiettivo primario della politica europea, è la protezione e la valorizzazione della soggettività degli operatori che interagiscono nello stesso. Se la soggettività si esplica nel potere decisionale, allora è necessario che le scelte compiute siano realmente adeguate ai bisogni e non che i bisogni siano veicolati attraverso messaggi fuorvianti. Le discipline di quei settori (assicurativo, bancario, finanziario), che per la complessità dei prodotti offerti si rivelano particolarmente ostici, sono sempre più proiettate nel porre l'attenzione sulla figura dell'intermediario, quale soggetto professionale che, nell'instaurare un rapporto diretto con l'utente, veicola le informazioni in

¹ Z. BAUMANN, *Capitalismo parassitario*, Bari, Laterza, 2011, 35 .

² Così Z. BAUMANN, *Consumo dunque sono*, Bari, Laterza, 2010, il quale specifica che nel descrivere l'attività del consumatore «il grado di sovranità del soggetto è continuamente messo in questione e in dubbio. Il consumatore oscilla tra due estremi: tra l'essere vittima o eroe della modernità».

modo da carpire le reali esigenze dello stesso e, come un sarto, cucire abiti che si adeguino perfettamente alla figura.

Questa tesi ha l'obiettivo di cercare di capire *de iure condendo* in quale direzione stia virando il nostro ordinamento giuridico.

Chi è il cliente assicurativo? Questo lavoro cercherà di rispondere a questo interrogativo, al perché essi meritino di essere tutelati indipendentemente dal loro *status* soggettivo, e quale sia lo specifico fattore di asimmetria che li rende deboli di fronte la controparte. Il diritto dei contratti, preso atto delle specifiche esigenze della contemporaneità, sembra superare i tradizionali dogmi introducendo previsioni talvolta dedicate alla tutela dei consumatori, talora alle imprese deboli e altre volte ancora genericamente ai clienti di una più forte controparte professionale. In questa regolamentazione frammentaria, che tende ad estendere certe protezioni pensate per la figura del consumatore ad altri soggetti ritenuti ugualmente deboli, si può scorgere una *ratio* comune, fondativa di un nuovo paradigma contrattuale. Tutte le debolezze che il mercato è in grado di generare, tutte le asimmetrie fisiologiche, confluiscono in un paradigma unitario che è in grado di contenerle tutte: il contratto asimmetrico. Vi sono parti che meritano di essere tutelate non tanto per il fatto di essere persone fisiche, che agiscono per fini che non rientrano nel quadro delle loro attività professionali, ma per essere genericamente "clienti" che si collocano sul lato della domanda.

Questo elaborato è volto a porre l'attenzione sulle linee di un percorso che dimostri come la protezione della parte debole nei rapporti di mercato tenda a scavalcare l'area delle relazioni consumistiche (B2C), passando attraverso il cavalcavia della protezione della parte debole nei contratti tra imprenditori (B2B), per estendersi a ulteriori soggetti (S2C). L'indagine verrà svolta esaminando nello specifico il settore assicurativo,

esempio emblematico di una contrattazione in cui le parti non sono dotate di pari potere contrattuale. In materia assicurativa i rapporti possono essere sia B2C sia B2B. Se una parte è necessariamente l'impresa assicurativa l'altra parte può essere sia un consumatore che un'impresa che un soggetto che non rientri nelle due categorie. Da qui la necessità di protezione del *cliente*, che è un *outsider* rispetto alla prestazione caratteristica a prescindere dalla qualificazione soggettiva e dalle ragioni per cui è sul mercato.

La legislazione comunitaria è sempre più orientata alla protezione del cliente, e nel perimetro dell'attività assicurativa su questo *trend* si colloca anche la nuova direttiva, la *Insurance Distribution Directive* (IDD). La direttiva utilizza un approccio che guarda alla natura dell'attività, criterio che nel linguaggio inglese viene definito *base activity approach*. Questa direttiva tende a rafforzare la posizione dell'assicurato: se l'attività è assicurativa, a prescindere dal canale di distribuzione, trova applicazione. Il legislatore comunitario ha incrementato le regole di tutela e di comportamento che devono essere osservate nella relazione tra i distributori (intermediari e imprese) e clienti al punto vendita.

I

CAPITOLO I:

LA TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE:

IL CONCETTO DI ASIMMETRIA INFORMATIVA

SOMMARIO: 1. La figura del contraente debole –1.1. I contratti asimmetrici – 1.1.2. Contratto asimmetrico e terzo contratto –1.1.3. Precisazioni sui confini della categoria del contratto asimmetrico –2. Obblighi precontrattuali –3. La debolezza dell'aderente nella contrattazione standardizzata –4. La trasparenza dell'informazione. –5. Forma informativa.

1. La figura del contraente debole

Negli ultimi decenni dell'Ottocento la c.d. idea “classica” del contratto viene messa alla prova da una realtà caratterizzata da grandi disuguaglianze sociali, in cui la parità delle parti posta a fondamento della disciplina codicistica non trova riscontro nella realtà. Il rapporto contrattuale che il codice disegna è incentrato sul dogma della volontà (art. 1321 c.c.): le parti sono libere di decidere se ed in che modo le proprie sfere giuridiche debbano essere incise dal contratto ³.

Alla base del codice e dell'esaltazione della volontà umana vi è un significato ideologico- politico ben preciso: il modello da cui prende le orme il codice è un modello di società borghese che si vuole porre in netta contrapposizione rispetto alla società dell'*ancien régime*. Se la società dell'*ancien régime* era una società rigida, in cui gli individui appartenevano per nascita a ceti con conseguenze sia sul piano economico che su quello giuridico, la moderna società borghese libera gli individui dalle catene dello *status*. La politica ottocentesca del *laissez-faire* esalta la libertà dell'uomo, che può autodeterminarsi a prescindere dal proprio *status*. Questa

³ V. V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, 35 ss.

concezione entra in crisi con l'affermarsi e lo svilupparsi del capitalismo e dei fenomeni della massificazione e standardizzazione del contratto. In un contesto economico, dotato di una complessità sempre maggiore, cominciano a moltiplicarsi gli interventi pubblici, che per proteggere l'interesse delle categorie sociali deboli limitano la libertà contrattuale. La libertà di iniziativa economica (art 41 Cost.) deve essere bilanciata con il corretto svolgimento della dinamica degli equilibri contrattuali, nel cui ambito deve essere evitata ogni condotta abusiva del contraente forte.

Nel discorso generale sul contratto entra una nuova esigenza: quella di offrire una forma di aiuto alla parte “*debole*” del contratto. Se a livello teorico tutti i contraenti sono in una posizione paritaria dalla quale cercano di ottenere vantaggi economici o condizioni contrattuali favorevoli, nella pratica in numerose ipotesi le parti non sono sullo stesso piano e le forze in gioco sono sbilanciate in favore di una delle due: al contraente debole si contrappone il contraente forte.

La figura del “contraente debole ” era sconosciuta al codice del 1942, il legislatore del '42 presupponeva una parità tra le posizioni delle parti non prevedendo disposizioni che fornissero una tutela differenziata per le stesse. Il linguaggio del codice considera il soggetto giuridico come un soggetto senza *status*, un soggetto che non faccia riferimento ad una categoria sociale in ossequio al principio di uguaglianza nella sua concezione formalistica⁴.

La parte che si trova a subire una disparità contrattuale è quella che viene identificata come contraente debole. Tuttavia la distinzione tra contraente debole e contraente forte non è un'etichetta evidente con la quale le parti si identificano. Si tratta di una consapevolezza, anche unilaterale, di

⁴ Sul tema A.NICOLUSSI , *I Consumatori*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Atti del Convegno Palermo, 7-8 luglio 2006, Milano, Giuffrè , 2008, 399 ss.

non poter far leva su particolari poteri contrattuali. È inevitabile che vi sia una certa pressione dal punto di vista delle condizioni che si possono ottenere e dell'effettiva forza negoziale, per cui per una delle due parti la stipula del contratto risulti imprescindibile per il raggiungimento di un determinato obiettivo, mentre per l'altra la singola situazione non è imprescindibile potendo contare su altri contraenti.

“Debole” pertanto può essere definito il contraente *vittima dei fallimenti dell'autonomia privata* (fattori che intaccano le condizioni soggettive per un regolare esercizio dell'autonomia privata dando luogo a pregiudizievoli asimmetrie) ⁵. Un fulgido esempio del contraente debole è quello del consumatore, ma la tutela predisposta a favore della parte debole del contratto non è solo quella consumistica, potendo prendere atto all'interno della legislazione di molteplici normative di protezione: si pensi al *Testo Unico Bancario* di cui al D.lgs. 1 settembre 1993, n.385 (di seguito TUB) , o al *Testo unico in materia di intermediazione finanziaria* di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998 n.58 (di seguito TUF).

Il contratto non rimane separato dalle preoccupazioni di carattere sociale del legislatore, che comincia ad introdurre una serie di norme volte alla salvaguardia della parte debole. La fase di esordio della normativa “protezionistica” viene fatta risalire all'introduzione delle regole a tutela del lavoro subordinato, L. 20 maggio 1970, n.300 ⁶. L'esigenza di una protezione della parte debole emerge in questo settore caratterizzato dalla soggezione del lavoratore al potere di direzione ed organizzazione del rapporto da parte del proprio datore di lavoro.

⁵ Sul tema v. ROPPO, “*Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*”, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 169.

⁶ A. NICOLUSSI (nt.4), 400. «Se proprio si deve far breccia nell'indifferenziazione soggettiva , lo si fa con riguardo al lavoro, valore riconosciuto da tutti gli approcci culturali più diffusi ».

L'entrata in vigore del D.lgs. 6 settembre 2005 n.206 (d'ora in avanti Codice del Consumo) ha attribuito rilevanza alla figura del consumatore, elevando lo *status* a presupposto per l'applicazione di una disciplina protettiva nei confronti della parte professionale e generando il fenomeno del "secondo contratto".

Il legislatore con l'introduzione della disciplina di cui L.18 giugno 1998, n.192, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, compie un passo ulteriore⁷ intervenendo nei rapporti tra parti apparentemente pari e dotate del medesimo potere contrattuale (in quanto appartenenti entrambe allo stesso *status* imprenditoriale) ma che concretamente nell'elaborazione del regolamento contrattuale possono non trovarsi in una situazione di parità (e da qui la derivazione della nozione suggestiva di "terzo contratto")⁸.

Questo breve *excursus* normativo ci permette di sottolineare come la sensibilità del legislatore stia andando sempre più verso una presa di coscienza delle situazioni di debolezza, in ossequio dei principi costituzionali di solidarietà sociale (art.2 Cost.), proponendosi di raggiungere una condizione di eguaglianza sostanziale tra le parti contrattuali (art. 3, co. 2, Cost.). Il fine perseguito è quello di consentire una contrattazione che non sia espressione della sopraffazione di una parte a danno dell'altra.

Questa premessa permette di comprendere come "La dottrina generale del contratto" e la centralità del contratto di diritto comune disciplinata nel codice civile risulti ad oggi *dèmodè* e incapace di regolare il diversificarsi della realtà.

I vari interventi del legislatore vanno a intaccare l'idea della intangibilità dell'autonomia privata, della c.d. "*sanctity of contract*".

⁷ C.M. BIANCA, *Il contratto*, III, Milano, Giuffrè, 2000, 396. A seguito dell'emanazione della normativa della subfornitura si sarebbe affermata una tendenza più ampia «verso una generalizzata tutela del contraente debole».

⁸ V. *infra* CAPI § 1.1.2.

1.1 I contratti asimmetrici

La debolezza viene elevata a “*fattore d’attivazione*”⁹ di una disciplina contrattuale differente da quella di diritto comune. A partire dal nuovo millennio nel lessico della dottrina si inizia a diffondere la locuzione di “contratto asimmetrico”¹⁰, volendo definire un nuovo paradigma culturale, un nuovo modello delineato da tratti fisionomici comuni ad una pluralità di fattispecie normative di derivazione comunitaria dissonanti rispetto al diritto comune. L’aggettivo asimmetrico sta ad evidenziare la condizione intrinseca di debolezza di una parte rispetto all’altra. Nell’elaborazione di questa categoria è visibile la tendenza della dottrina e della giurisprudenza europea *ad allargare le maglie della nozione di consumatore*¹¹. Il fine è quello di estendere la normativa protezionistica a soggetti, che anche se non assoggettati al potere di una parte professionale, sono vulnerabili a causa del diverso potere di incidere sul contratto¹².

Questa è la strada adottata a livello europeo nei *Principi di Diritto Europeo dei Contratti* (di seguito PDEC). I PDEC recepiscono l’istanza di protezione della parte debole e l’elaborazione di un modello generale di contratto con asimmetria di potere contrattuale, ma non tipizzano la parte debole nella figura del consumatore o del cliente come presupposto dell’applicazione della disciplina. Il modello di contratto presupposto dai

⁹ A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 372.

¹⁰ Cfr. v. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, IV, 103. Il «nuovo paradigma» è definito: «un modello di contratto governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina del contratto “in genere” consegnataci dagli artt. 1321 e segg. cod. civ., e che possiamo chiamare “contratto di diritto comune”».

¹¹ S. MAZZAMUTO, “*Il contratto: verso una nuova sistematica?*”, in *Europa e dir. priv.*, 2016, III, 597 ss.

¹² Così testualmente F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, VI, 443, «Una definizione di consumatore come quella contenuta nel codice di consumo finisce con l’ignorare l’esistenza di quei soggetti che, pur non rientrando in quella rigida delimitazione soggettiva, si trovano in una situazione di obiettiva debolezza contrattuale rispetto alla controparte professionale con la quale instaurano un rapporto».

PDEC è quello di un regolamento di interessi *suscettibile di rimodellazione nel rispetto dell'equilibrio che era originariamente suo proprio e che viene riguadagnato volta a volta di fronte a situazioni non previste che ne alterino l'assetto tramite un auto-allineamento cui presiede elettivamente la buona fede* ¹³. Quindi è la buona fede che rappresenta lo strumento di eterointegrazione volto a riequilibrare quello squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni causato proprio da una condotta contraria a buona fede e correttezza (art.4:110).

I PDEC introducono anche la fattispecie dell'ingiusto profitto ("*an excessive benefit*") e del vantaggio iniquo di una parte a danno dell'altra , nella quale assume rilievo la situazione di dipendenza o di bisogno della parte svantaggiata di cui la parte avvantaggiata è a conoscenza o avrebbe dovuto esserne a conoscenza (art 4:109).

L'unità della categoria del contratto di diritto comune, garantita da una disciplina generale contenuta nel codice civile ¹⁴, ha visto il suo declino nella perdita di centralità del codice e nell'emergere di una legislazione speciale. Se nella visione codicistica le parti operano su un piano di parità, il contratto asimmetrico è caratterizzato dalla *contrapposizione di due soggetti dotati di diversa forza contrattuale*.

Si è iniziato a parlare di "*decostruzione del contratto di diritto comune*"¹⁵ o di "*decodificazione*" secondo la formula irtiana ¹⁶.

¹³ C. CASTRONOVO , *Manuale di Diritto privato europeo*, 2007, 274.

¹⁴ Concepito come espressione del potere di autoregolare i propri interessi riconosciuto ai privati dall'ordinamento.

¹⁵ A.M. BENEDETTI (nt.9), 370.

¹⁶ N. IRTI , *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999. Sostiene che «l'età della codificazione giunge al tramonto e che è già iniziata l'età della "*decodificazione*" in cui le leggi speciali hanno assunto maggiore importanza». A suo parere, questa decodificazione «è giunta al punto che il codice civile ha già perduto il suo carattere di centralità nel sistema delle fonti: la logica del nostro tempo, testimoniata dalle leggi speciali, non consente più di collocare al centro del sistema il codice civile, ma impone di assumere, come portatori di

L'elaborazione della categoria dei contratti asimmetrici, tuttavia, non trova fondamento in questa frammentazione ma all'opposto, in un dato unificante della produzione normativa che, superata sia la centralità del modello unitario di contratto e la sua *decostruzione*, nuovamente richiama all'unità concettuale di un nuovo paradigma contrattuale¹⁷: paradigma unitario, distinto dalla tradizionale categoria dei contratti di diritto comune, che pur traendo origine dai contratti dei consumatori comprende tutte le fattispecie caratterizzate dall'asimmetria¹⁸ di potere contrattuale delle parti¹⁹.

Il settore che divenne campo d'elezione degli interventi legislativi di matrice europea a tutela del contraente debole fu quello del mercato e dell'impresa poiché l'obiettivo era la creazione di un mercato interno, unico e concorrenziale ed allo stesso tempo in grado di garantire un sufficiente grado di equità sociale²⁰.

autonomi principi, i diversi nuclei delle medesime leggi speciali, che si collegano direttamente alla Costituzione».

¹⁷Così v. ROPPO (nt.10), 139, articola «Il paradigma di un contratto la cui 'forza di legge' risulta notevolmente attenuata (per l'ampia somministrazione di recessi di pentimento, e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza); un contratto in cui la più diffusa impugnabilità è bilanciata da un contenimento forzoso delle conseguenze distruttive dell'impugnazione (nullità relative, nullità solo parziali), un contratto sempre più largamente assoggettato a controlli sull'equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche schiettamente economico [...]; un contratto il cui regime subisce la crescente commistione fra ordini di regole tradizionalmente separati, come le regole di validità e le regole di comportamento/responsabilità».

¹⁸ V. ROPPO (nt.10), 53. Specifica come «Tale asimmetria ovunque si manifesti avrebbe determinato l'emanazione, a protezione della parte che la patisce delle regole costitutive del nuovo paradigma contrattuale».

¹⁹ A. NICOLUSSI (nt.4), 422. Sottolinea come «La debolezza di un contraente, quale ragione di un intervento eteronomo della legge deve specificarsi e qualificarsi attraverso la definizione di una categoria di soggetti che tipicamente manifestano un'esigenza di tutela giustificando su queste basi una deroga all'egualitarismo soggettivo del diritto privato tradizionale».

²⁰ A. M. BENEDETTI (nt.9), 2. Secondo il quale «L'irruzione dell'Europa e delle sue discipline così intrise di mercatismo nel territorio del contratto è stata la prima e più importante causa scatenante di quel «L'irruzione dell'Europa e delle sue discipline così intrise di mercatismo nel territorio del contratto è stata la prima e più importante causa scatenante di quel

Ed infatti il nuovo paradigma è emerso nel campo dei contratti dei consumatori ma poi *manifestando una forza espansiva che lo proietta al di là di quel campo* ²¹.

La dinamica degli affari evidentemente ci consegna molteplici e diverse situazioni in cui il rapporto fra le parti è, in concreto, ben lungi dall'esprimere la parità di forze che, in astratto, dovrebbe costituire garanzia di un'efficiente – se non giusta – dinamica contrattuale. Sono ricomprese non solo le relazioni fra professionista e consumatore, bensì ogni altro e diverso contratto caratterizzato da strutturale asimmetria di poteri, sia esso stipulato fra professionista e non professionista, o fra soggetti entrambi imprenditori e/o professionisti, dei quali (e purché) uno più forte e l'altro, specularmente, più debole.

L'idea di fondo è che nel mercato deve emergere il migliore, che non può però essere tale perché scelto da un contraente inesperto o poco informato o grazie al vantaggio ottenuto tramite comportamenti abusivi a danno dei contraenti.

La presenza di asimmetrie rende il contratto sbilanciato, non tanto dal punto di vista del contenuto né nel rapporto di valore tra prestazione e contro-prestazione quanto rispetto alle posizioni di “forza” e di “debolezza” in cui le parti giungono a concluderlo ²². Da qui l'attenzione a quelle “asimmetrie informative” che possono minare il rapporto tra le parti e che

passaggio dall'unità alla pluralità delle figure di contratto, che è cifra del diritto contrattuale attuale»”.

²¹ V. v. ROPPO (nt.10), 86.

²² S. MAZZAMUTO (nt.11). Il quale rileva come «Il contratto rispecchia, pertanto, la diseguaglianza del potere delle parti di determinarne contenuti e modalità, oltre che prefigurare scenari in sede esecutiva, e ciò non si riallaccia ad una situazione di patologia sociale – com'è quella che, nella disciplina generale del contratto, dà adito alla rescissione o a talune cause di annullamento – ma consegue tutto all'opposto ad una situazione di fisiologia sociale ed è assunto come un elemento dato, di cui, non potendone estirpare le radici, si tenta la correzione degli effetti una volta consacrati nel regolamento contrattuale».

altro non sono che una delle più importanti forme di traduzione delle disuguaglianze sociali ²³.

Secondo Roppo ²⁴, la formula contratti asimmetrici *allude a tutti i contratti in cui si fronteggino due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive “fisiologiche” posizioni di mercato si presenta come asimmetria di tipo fisiologico e non patologico.*

Asimmetrie patologiche possono essere determinate da vizi della volontà, stati di pericolo o bisogno o incapacità di agire.

Le asimmetrie di potere, se patologiche, sono determinate da elementi che esplicano la propria rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente: si tratta dei vizi della volontà e degli

²³ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, Giappichelli, 2018, 38. Specifica

“Le asimmetrie informative presenti ed operanti a svantaggio del consumatore possono essere diversamente classificate. Sono cinque le tipologie di asimmetrie informative che possono connotare la posizione del consumatore.

1 *“asimmetrie informative contingenti”*: connesse alla difficoltà di raccogliere ed elaborare le informazioni. Rappresentano esempi di questa categoria le carenze informative e l'eccesso di informazioni fornite

2 *“asimmetrie valutative strutturali”*: connesse al consumo di prodotti ad elevato contenuto tecnico in cui il consumatore si trova a dover assumere la sua decisione scegliendo tra prodotti complessi

3 *“asimmetrie valutative temporali”*: connesse al ricorrere di un gap tra il momento in cui il consumatore si trova ad acquistare un bene e la manifestazione di performance del bene acquistato

4 *“asimmetrie di transizione”*: si presentano come barriere frapposte dal professionista che vincolano il consumatore non solo nella fase di acquisto ma anche nella fase negoziale con costi di transizione elevati

5 *“asimmetrie dimensionali o negoziali”*: connesse alle forme distorte di concorrenza in cui esiste un disequilibrio tra il potere economico delle controparti, come ad esempio, nel caso dei monopoli.

²⁴ Paradigma forgiato da V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002, 639 ss.

stati di pericolo o di bisogno, che rispettivamente conducono ai rimedi che si trovano già nel codice dell'annullamento e della rescissione ²⁵.

Nel secondo caso, invece, si tratta di asimmetrie derivanti da condizioni fisiologiche inerenti alla stessa struttura del mercato che pongono gli operatori in posizioni differenti generando asimmetrie e sono quelle che rilevano per definire il perimetro di questa nuova categoria.

Le asimmetrie fisiologiche di potere, infatti, a differenza di quelle patologiche, derivano, in termini standardizzati e per intere classi di contraenti, dalle obiettive posizioni occupate sul mercato da ciascuna parte (paradigmatico è l'esempio del consumatore che si trova in una posizione di debolezza rispetto al professionista).

Il legislatore per far fronte a queste asimmetrie fa ricorso sia a strategie informative, che impongono a carico del "contrante forte" obblighi di informazione e più in generale obblighi di condotta, il cui mancato rispetto è capace di incidere sulla validità del contratto.

La diseguale distribuzione delle informazioni tra le parti quanto l'eccesso di informazioni (*c.d. information overloading*)²⁶ incidono sulla capacità del destinatario di compiere scelte razionali. Il rischio concreto è che la comunicazione di una quantità eccessiva di informazioni piuttosto che rendere edotto il destinatario e condurre ad un giudizio consapevole del prodotto conduca in realtà solo ad uno sgravio di responsabilità della parte professionale.

Le regole di informazione sono regole al servizio della trasparenza contrattuale, finalizzate ad una migliore comprensione delle clausole

²⁵ Così V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e asimmetrici*, in V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III, Torino, Giappichelli, 2011.

²⁶ R. NATOLI, "Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione", Milano, Giuffrè, 2012, 17.

contrattuali e a facilitare la comprensibilità del linguaggio economico-giuridico dell'affare. Tuttavia una scelta informata non è sempre sinonimo di una scelta consapevole ²⁷.

1.1.2 Contratto asimmetrico e terzo contratto

Se è vero che abbiamo detto che la categoria del “contratto asimmetrico” tende ad una unificazione delle fattispecie di contraenti fisiologicamente deboli, diversi e autorevoli autori non sono concordi con la teoria del “contratto asimmetrico”.

In un'ottica diversa si osserva come le diverse debolezze che l'ordinamento ha deciso di proteggere presentano delle differenze *riscontrabili* sia nella *ratio* protettiva che nella disciplina legislativa che impedirebbero il loro raggruppamento in una medesima categoria.

Oggi, come rilevato nei paragrafi precedenti, non esiste più il solo contratto di diritto comune, costruito in ossequio al principio di irrilevanza dello *status*²⁸ soggettivo delle parti e alla garanzia della più ampia libertà contrattuale, ma sono state configurate una pluralità di categorie contrattuali, in attuazione di principi di derivazione europea, che limitano fortemente l'autonomia negoziale, al fine di assicurare la protezione di una parte del rapporto e un corretto ed effettivo assetto contrattuale.

²⁷L. ROSSI CARLEO, in E. MINERVINI- L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007, 61. In tal senso «L'informazione è il dato grezzo che per trasformarsi in conoscenza deve essere elaborato».

²⁸A. NICOLUSSI (nt.4), 399. Il quale rileva che «Il linguaggio del codice appartiene alla grande stagione dell'egualitarismo in senso formale che considera il soggetto giuridico in termini astratti come l'uomo senza qualità: un soggetto senza status, senza cioè una categoria sociale di riferimento, secondo una concezione formale del principio di uguaglianza quale interscambialità delle parti nella relazione giuridica».

In particolare, accanto ai contratti disciplinati dalle norme contenute nel codice civile, esistono i contratti dei consumatori e i contratti di impresa asimmetrici che recente dottrina civilistica ha ricondotto ad una nuova categoria, qualificata “terzo contratto”²⁹.

Tuttavia sarebbe corretto non tanto parlare di una nuova categoria ma piuttosto di nuovi paradigmi contrattuali: al “primo contratto”, quello di diritto comune, sono da accostare i paradigmi del “secondo” e “terzo contratto”³⁰.

Frutto di tale elaborazione è stata la proliferazione di numerose normative caratterizzate sempre dall’apporto di protezione ai soggetti deboli, ma posizionati su un piano diverso da quello del rapporto imprenditore-consumatore (rapporti c.d. B2C *Business to Consumer*³¹), poiché nel caso di specie la parte in situazione svantaggiata è un’impresa nei confronti di un’altra impresa (rapporti B2B *Business to Business*). Le normative che andrebbero a costituire la base normativa sono: l’art 9³² della L.18 giugno 1998 n.192 sulla subfornitura che disciplina la figura di abuso di dipendenza economica, la normativa sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, la direttiva 200/35 attuata in Italia dal D.lgs. 9

²⁹R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso della dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, Giappichelli, 2004, a cui si deve la formula di «terzo contratto».

³⁰G. AMADIO, in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Bologna, il Mulino, 2008, IX.

«l’idea è che, dopo essersi rivolta ad un modello di contratto che si immaginava riguardare soggetti ugualmente informati e capaci di scegliere, e dopo aver posto attenzione al contratto stipulato dal consumatore, la legge si sta ora occupando di un terzo modello di contratto, del quale sono parti due imprenditori, l’uno in condizione di dipendenza economica nei confronti dell’altro».

³¹ « Questa regione normativa comprende un regime generale dei contratti con il consumatore concentrati nel codice del consumo e regimi specifici disseminati in altre fonti». Cfr. V. ROPPO (nt.10),170.

³² L’art 9 della legge 192/98 vieta l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova una impresa cliente o fornitrice. L’*iter* della norma mette in evidenza come l’art 9 introduca una disciplina della regolamentazione di portata generale, e cioè non limitata al contratto di subfornitura.

ottobre 2002 n. 231 (con le recenti innovazioni della direttiva 2011/7 trasposta nell'ordinamento con il D.lgs. n. 192/2012), la disciplina sull'affiliazione commerciale *ex* L.6 maggio 2004 n.129³³.

Ulteriore esempio si rinviene nell'art 62, co. 2, della L. n. 27/2012 che regola la relazione contrattuale tra fornitori di prodotti agricoli e agroalimentari acquirenti degli stessi.

Si tratta di una base normativa esigua rispetto a quella che da vita al diritto dei contratti dei consumatori ma il cui minimo comune denominatore è la presenza di rapporti tra imprenditori nei quali una parte subisce pattuizioni svantaggiose a causa di condizioni di partenza asimmetriche. Può sussistere una omogeneità tra le posizioni del subfornitore, del *franchisee*, del creditore delle transazioni commerciali che consentirebbe di raggrupparle in un'unica categoria sistematica la quale così si presenterebbe diversa da quella che ha condotto alla formazione del microsystema consumeristico. A differenza dei contratti B2C, colpiti per definizione da asimmetrie, questo non vale per i contratti B2B che possono anche non essere asimmetrici, possono svolgersi tra professionisti che operano in pari condizioni, non ritenendosi necessario un intervento protettivo.

Quando si parla di terzo contratto si vuole distinguere la specificità del contratto concluso tra un imprenditore forte e un imprenditore debole dal contratto concluso tra soggetti di pari potere contrattuale (“primo contratto” o “contratto tradizionale”) nonché da quello concluso tra un consumatore e un professionista (“secondo contratto”).

³³ F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 46, così « Si consideri, sempre nella prospettiva della tutela del “professionista debole” anche la più recente legge sull'affiliazione commerciale che attraverso l'imposizione di stringenti obblighi di informazione e doveri di comportamento leale e corretto a carico dell'affiliante si schiera dalla parte dell'affiliato considerato il contraente “debole” in quanto sprovvisto di mezzi e del know-how dell'affiliante, economicamente più potente, ed al contempo non equiparabile ad un consumatore, agendo pur sempre nell'ambito di attività imprenditoriale o professionale ».

Se nel “primo contratto” i soggetti si trovano in una posizione di parità e si presume che siano ugualmente informati, nel “secondo” il consumatore è in una posizione di carenza informativa rispetto al professionista, nel “terzo”, invece, la diseguaglianza tra le parti deriva da una situazione di dipendenza economica in cui un soggetto viene a trovarsi rispetto all’altro. Questa diversità di posizioni tra soggetti si riflette anche nel regime giuridico. Il “primo” contratto è disciplinato dal codice civile e finalizzato alla salvaguardia dell’autonomia. Esso interviene tra soggetti che nell’agire contrattuale sono consapevoli che *quisque faber fortunae suae*³⁴ e richiedono un intervento minimo del legislatore, mentre il “secondo”, essendo caratterizzato dalla predisposizione del rapporto da parte del legislatore, richiede un intervento molto più incisivo.

Un argomento a sostegno dell’affermazione della figura del terzo contratto è rappresentato dal sottolineare le differenze sistematiche tra le fattispecie. In entrambe le ipotesi si è in presenza di un contraente in posizione di debolezza contrattuale, ma se nel caso del consumatore la debolezza risiede nell’inesperienza e nella disinformazione³⁵ (ed infatti gli strumenti predisposti dal legislatore sono volti ad eliminare un’asimmetria informativa in ordine al regolamento contrattuale) nei contratti tra imprese l’asimmetria riguarda piuttosto il potere contrattuale tra le parti e la situazione intrinseca di debolezza derivante dalla *dipendenza economica*. Ed infatti l’art 3 della L.6 maggio 2004 n.129 che ha regolamentato il *franchising* ha imposto l’obbligo a carico dell’affiliante, qualora il contratto abbia una durata indeterminata, di garantire un minimo di tempo sufficiente

³⁴Sul tema E. MINERVINI, *Autonomia contrattuale e il terzo contratto*, in *I Contratti*, 2009, V, 493-500.

³⁵G. AMADIO (nt.30), 13. Secondo il quale il consumatore è “debole” poiché «non operando professionalmente nel mercato di riferimento, non può disporre «di conoscenze e informazioni rilevanti per compiere scelte contrattuali pienamente consapevoli».

al fine di consentire il recupero dell'investimento da parte dell'affiliata a tutela dell'affidamento sulla stabilità dell'accordo.

Venendo alla prova dello squilibrio, se nei contratti B2C lo stato di debolezza si presume dalla mancata partecipazione del consumatore alla elaborazione del regolamento contrattuale, predisposto unilateralmente dalla parte professionale, nei contratti B2B si parla piuttosto di "potenziale asimmetria"³⁶. Pertanto lo squilibrio deve essere accertato di volta in volta concretamente³⁷, verificando *ex post* che la parte debole non abbia partecipato alla costruzione del regolamento contrattuale.

Un elemento necessario che deve ricorrere per qualificare come abusiva la condotta dell'impresa "dominante" è l'intenzionalità offensiva della condotta e quindi la verifica in concreto che la condotta non sia rivolta ad una motivazione di logica commerciale. Il carattere intenzionale della condotta deve estrinsecarsi in condotte oggettive rivelatrici del rapporto di dominanza economica, tra cui ad esempio il carattere improvviso del recesso³⁸.

³⁶ Così C. MEDICI, *Clausole vessatorie, cliente-consumatore e cliente-impresa il commento*, in *I Contratti*, 2017, II, 178 ss., nell'argomentare «Mentre il consumatore è soggetto che viene tutelato in forza di una presunzione assoluta in quanto contraente inesperto e che agisce per scopi non professionali, l'imprenditore, ancorché debole è un soggetto che ha accettato di confrontarsi professionalmente con il mercato e al quale si pretende una diligenza qualificata».

³⁷ G. AMADIO (nt.30), 19, «Solo se tale partecipazione sia mancata, o abbia subito una sostanziale restrizione, se la strutturale disparità di posizioni si sia tradotta in concreto nell'alterato esercizio della libertà, lo squilibrio contenutistico potrà costituire indice di un esercizio anomalo dell'autonomia contrattuale».

³⁸ Così, infatti, recitava la previsione contrattuale esaminata da Trib. Roma, 24 gennaio 2017, 17620, in *Giur. Impr.*, la quale in un interessante caso che visto contrapposti RAI c/ CTT S.r.l., ha fatto leva nel carattere arbitrario, ed apparentemente privo di razionali spiegazioni, dell'interruzione brutale e senza preavviso del rapporto mercè l'esercizio del recesso per cui ha l'impresa "dominante" ha omesso ogni spiegazione in merito; ed analogamente, Trib. Milano, 17 giugno 2016, 3636, in *Foro.it*, secondo cui «il recesso *ad nutum*, senza un congruo termine che consenta alla controparte di cercare altri partner commerciali sul mercato, integra abuso del diritto e abuso di dipendenza economica, sottoforma di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in corso».

Questi criteri di controllo della situazione di asimmetria in concreto prendono in considerazione anche elementi esterni al contratto, come ad esempio la situazione di mercato nel quale l'accordo si colloca. Invece nei rapporti B2C rilevano solo gli squilibri normativi generati dallo stato di debolezza del consumatore (L'art. 33 del cod.cons. parla di *significativo squilibrio di diritti e obblighi*) escludendo che la verifica giudiziaria possa sindacare i termini economici delle prestazioni. Ulteriori argomenti a favore attengono ai diversi valori che entrano in gioco e alle diverse tempistiche della contrattazione. Nei contratti conclusi con il consumatore rilevano valori personalistici che fanno capo alla dignità umana mentre l'agire tra imprese è conformato dalla libertà di iniziativa economica e dalla tutela della concorrenza ³⁹.

Mentre lo squilibrio del contratto tra il consumatore e il professionista è connaturato all'essenza del rapporto ed è *ex ante* prevedibile, l'imprenditore debole è solito contrarre negozi di durata e di conseguenza gli abusi si consolidano nella fase successiva all'instaurarsi della relazione commerciale.

Il contratto tra imprese è un contratto di lunga durata e si vuole evitare che l'impresa debole pur di non interrompere i rapporti con l'impresa forte accetti condizioni economiche sfavorevoli che vengano imposte. Si parla di "debolezza sopravvenuta" nella fase di esecuzione per sottolineare come l'impresa sia di fatto prigioniera del rapporto, proprio perché facendo affidamento sull'instaurarsi di detta relazione ha compiuto scelte imprenditoriali. Di conseguenza l'impresa che si trova in una posizione di "dipendenza economica" rispetto la controparte, pur di evitare che quel rapporto venga interrotto, potrebbe accettare condizioni contrattuali

³⁹ Sul tema A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 515-542.

inique per l'impossibilità di reperire alternative nel mercato. Mentre le norme a protezione delle imprese deboli consentono il sindacato sull'equilibrio economico del contratto ⁴⁰, nel caso delle norme a protezione dei consumatori, il sindacato possibile è quello che riguarda l'equilibrio normativo del contratto.

1.1.3 *Precisazioni e confini sulla categoria del contratto asimmetrico*

In conclusione possiamo dire che questa figura del “terzo contratto” sia stata elaborata al fine di compensare un vuoto normativo, ma la scoperta di una “terra di mezzo”⁴¹ tra primo e secondo contratto non ha la capacità di elevarla ad autonoma categoria giuridica. Sebbene siano rinvenibili alcuni aspetti omogenei e costanti nella normativa dei contratti d'impresa⁴², quali ad esempio il neo formalismo, il controllo esterno sul contratto e la predeterminazione del contenuto, ciò non sarebbe sufficiente ad avallare la costruzione di una categoria autonoma poiché tutti gli strumenti di tutela concessi agli imprenditori deboli sono ad essi attribuiti perché sarebbero dei contraenti deboli *tout court*.

⁴⁰ V. A. NICOLUSSI (nt.4), 406. Sull'argomento specifica così «Neppure quel controllo giudiziale camuffato sull'equità del contratto previsto dall'art. 1370 c.c. è indirizzato univocamente ed esplicitamente a favore del consumatore, ma semmai a favore del contraente debole, che può essere lo stesso consumatore ma anche l'impresa non predisponente».

⁴¹ R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, in G. GITTA- G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, il Mulino, 2010.

⁴² G. VILLA, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, in G. GITTA- G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, il Mulino, 2010.

e tale omogeneità è data dall'essere una parte in condizione di dipendenza economica dell'altra per cui subisce le pattuizioni svantaggiose, 113.

In tal senso parlare di terzo contratto vuol dire utilizzare una “*formula magica*”⁴³, una formula evocativa, un prodotto della riflessione scientifica che marca le differenze tra la figura del consumatore e quella dell’imprenditore in condizione di dipendenza economica ma carente sul piano dell’applicazione pratica.

La dottrina ha ritenuto, dopo aver provato la ricerca di una logica propria di queste fattispecie, che l’espressione terzo contratto avrebbe avuto il pregio di aver fatto emergere un’*area di problemi*⁴⁴, prendendo atto dell’esistenza di una specificità dell’asimmetria contrattuale tra le imprese e di squilibri di matrice diversa da quelli che intercorrono tra il consumatore e il professionista.

La soluzione può essere duplice: o la frammentaria disciplina di derivazione europea confluisce in un autonomo paradigma del contratto di impresa debole (“terzo contratto”) che si andrebbe ad affiancare al “primo” e “secondo contratto” o in una ottica di sistematizzazione tali novità vengono fatte confluire in un’unica macrocategoria del contratto con asimmetria di potere contrattuale.

Questo nuovo paradigma del contratto asimmetrico sarebbe idoneo a comprendere al suo interno sia i contratti dei consumatori che quelli tra imprenditori, in quanto sarebbe una figura costruita per raggruppare ogni tipo di squilibrio indipendentemente dalla specifica qualifica soggettiva⁴⁵

⁴³ G. AMADIO (nt.30), 14. Cala nel tema specifico una espressione di R. Wiethölter, *Le formule magiche della scienza giuridica*.

⁴⁴ E. MINERVINI, in *Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, in G. GITTA- G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, il Mulino, 2010, 499.

⁴⁵ Una concezione che prescinda da ogni richiamo alla condizione soggettiva delle parti potrebbe anche essere prospettata: il presupposto sarebbe costituito dall’unico fenomeno degli squilibri economici che consentirebbe di valutare, a livello giuridico, l’esistenza di un abuso a danno di uno dei contraenti. In tal senso C. Cost., 30 giugno 1999, in *Foro.it*, con

delle parti. Dopo una fase di scomposizione e frammentazione delle figure connesse a specifiche posizioni di tutela potrebbe prospettarsi una nuova unità richiamata dal nuovo paradigma.

Questa tendenza trova riscontri sia nell'attuazione di direttive europee ma anche in elaborazioni transazionali.

L'introduzione della figura del turista, ad opera del D.lgs. 79/11 potrebbe fornire sostegno alla nuova categoria ⁴⁶. Nella definizione di turista emerge l'irrelevanza della qualità di persona fisica e della finalità dell'acquisto per scopi estranei all'attività imprenditoriale (requisiti caratterizzanti la figura del consumatore di cui all'art 3 cod.cons.). Il contratto del turismo cavalca l'onda di quella che vuole essere la ricostruzione di una categoria in cui il soggetto debole viene tutelato in quanto estraneo alla prestazione indipendentemente dalla qualificazione soggettiva.

Anche nei Principi di un diritto europeo dei contratti ⁴⁷, elaborati dalla Commissione Lando, non vi è alcun riferimento al rapporto tra consumatori e professionisti ma a quei rapporti caratterizzati da asimmetria nelle posizioni delle parti a prescindere dalla qualificazione soggettiva.

Questa tendenza è percepibile anche nell'elaborazione a cura della Commissione Europea di un *Common frame of reference*.

nota di A. PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di equilibrio contrattuale*, in *Foro.it*, 1999, 3122 ss.

⁴⁶ M. ROMANO, *Squilibri di mercato e tutele dei contraenti*, Torino, Giappichelli, 2013,130. Definisce l'introduzione della figura del turista come "*battesimo del contratto asimmetrico*".

⁴⁷ I *Principles of European Contract Law* sono frutto dell'iniziativa di un professore danese che, già nei primi anni ottanta, si dichiarava pronto a sfidare le diversità presenti nelle tradizioni giuridiche degli Stati europei e ad intraprendere una codificazione di diritto privato. Si tratta, dunque, di una compilazione di principi basata sull'idea di poter individuare un diritto contrattuale comune ai diversi paesi ed incentrata sul metodo comparatistico.

Anche Castronovo⁴⁸ confronta l'art 4:109 PEDC con l'art 9 L.1998 n. 192⁴⁹ in quanto manifestazioni di una tendenza a tutelare i contraenti deboli a prescindere dalla *qualificazione sociale*. L'art 4:109 PEDC (*Excessive benefit or unfair advantage*) disciplina la situazione di bisogno di una parte, situazione nota all'altra parte che ne trae un vantaggio iniquo. Sulla stessa scia dell'Art. 4:109 si pone l'art 3.2.7⁵⁰ (*Gross disparity*) dei Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali che rende impugnabile il contratto che dia all'altra parte un *unjustifiably an excessive benefit*⁵¹.

Sia nei Principi europei che nei Principi *Unidroit* i fattori di asimmetria rilevati nel contesto contrattuale sono fattori che attengono, per lo più, a condizioni che hanno una natura fisiologica più che patologica.

L'unione europea nell'aver eletto il consumatore a destinatario di una disciplina protezionistica ha indotto a credere che il contraente debole sia per definizione il consumatore. Ma anche l'impresa può essere vittima di abusi contrattuali, che nulla hanno a che fare con l'efficienza economica. È quasi un truismo prendere atto che in realtà vi possano essere abusi di potere contrattuale anche in un mercato competitivo⁵². Riconoscere l'esistenza di un ulteriore paradigma contrattuale, una volta preso atto dell'esistenza della possibile presenza di asimmetrie anche nei rapporti B2B, contribuirebbe ad un'ulteriore frammentazione del sistema, dove in realtà, compito del giurista, sarebbe quello di ridurre la complessità dell'ordinamento verso una

⁴⁸ C. CASTRONOVO, *Diritto privato europeo e diritti secondi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, II, 419.

⁴⁹ «Il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce peculiare applicazione di un principio generale che si vorrebbe caratterizzasse l'intero sistema dei rapporti di mercato». In tal senso Cass., 23 luglio 2014, n.16787, in *I Contratti*, 2015, 241.

⁵⁰ L'articolo corrisponde all'art. 3.10 nella versione del 2004.

⁵¹ Cfr. V. ROPPO (nt.10), 88.

⁵² Cfr. C. CASTRONOVO (nt.48), 416.

ricomposizione unitaria e sistematica⁵³. La perdita di centralità del contratto del consumatore trova riscontro su scala transazionale e il diritto contrattuale europeo sembra confermare il passaggio dal contratto con il consumatore al contratto con asimmetria di potere contrattuale⁵⁴.

2. *Obblighi precontrattuali*

Se l'obiettivo è quello di voler prevenire gli effetti negativi della situazione di asimmetria che si determina nei rapporti di mercato si comprende come l'informazione, anzi la corretta informazione e l'informazione trasparente, siano il punto di partenza⁵⁵.

Nel settore dei mercati finanziari l'informazione è presupposto per il loro funzionamento ed il ruolo dei soggetti altamente professionalizzati è quello di fornire agli utenti gli strumenti necessari per interpretare i dati che vengono forniti⁵⁶.

Dall'esigenza di voler ricomporre lo squilibrio informativo tra le parti conseguenza dell'asimmetria informativa che andava a turbare le contrattazioni, seguirono i primi interventi normativi (nella legislazione di derivazione comunitaria) incentrati per lo più sulla fase antecedente alla conclusione dell'operazione allo scopo di rafforzare, attraverso l'imposizione di obblighi informativi, il consenso della parte più debole⁵⁷,

⁵³ Sul tema P. PERLINGERI, *L'ordinamento vigente e i suoi problemi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

⁵⁴ Cfr. V. ROPPO (nt.10), 89.

⁵⁵ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, GIUFFRÈ, 2017, 137. «La disciplina del contratto si fonda sull'assunto che il contraente sia posto nelle condizioni di acquisire un adeguato margine di informazione, di ponderazione, di libertà del decidere, senza i quali la scelta contrattuale sarebbe disfunzionale rispetto al modello economico che essa sottende».

⁵⁶ V. A. BARENGHI (nt.55), 141.

⁵⁷ G. ALPA, *I contratti del consumatore*, Milano, GIUFFRÈ, 2014, 297. Sull'imposizione di obblighi informativi specifica che « La conoscenza delle informazioni rilevanti ed essenziali per la definizione dell'accordo è una circostanza imprescindibile per ripartire tra i contraenti il rischio di errore e per evitare che il consumatore, il risparmiatore o l'investitore siano costretti a subire ed eseguire passivamente la volontà contrattuale della controparte».

un *consenso informato*⁵⁸. Per controbilanciare la debolezza della parte debole si tende ad assicurare la conoscibilità *ex ante* dei termini delle obbligazioni. Le parti nello svolgimento delle trattative devono essere leali e sincere e a tal fine devono scambiarsi tutte le informazioni che rivestono importanza nell'economia dell'affare, abbandonando così il principio del *caveat emptor* (che autorizzava ciascuna parte contrattuale al riserbo intorno alle informazioni possedute). La mancanza di libertà di trattative tra le parti in rapporti asimmetrici viene controbilanciata non solo attraverso gli strumenti predisposti dal codice (la teoria dei vizi di volontà e la buona fede) ma viene rafforzata ulteriormente da meccanismi di protezione basati sulla tipizzazione normativa di contenuti minimi del contratto (procedimenti formativi, trasparenza e formalismi).

L'imposizione di vincoli formali anche nella fase precontrattuale è frutto dell'elezione a modello paradigmatico il contratto standardizzato. Il formalismo previsto nella fase precontrattuale consente così al contraente di acquisire in forma semplice e lineare tutti gli elementi ed informazioni utili e necessarie alla conclusione dell'accordo⁵⁹.

Gli obblighi precontrattuali riguardano quelle informazioni che vanno fornite nella fase che precede la conclusione del contratto. L'informazione collocata nella fase anteriore alla stipulazione consente al destinatario di *avvalersi di uno spatium deliberandi successivo*

⁵⁸ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. ec. Ass.*, 2010, 533. In un inquadramento storico del consenso specifica come «Forse è vero che la questione del consenso informato ha avuto la sua radice nel settore della responsabilità medica ma non è men vero che essa ha trovato un proprio alveo di scorrimento sul terreno dell'analisi economica ove si è incanalata nella veste delle asimmetrie informative che impediscono il pieno dispiegarsi del paradigma della razionalità delle scelte del consumatore».

⁵⁹ Così M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, GIUFFRÈ, 2016, 97, chiarisce come l'ottemperanza degli obblighi informativi mira a sanare il vizio del consenso dovuto all'asimmetria iniziale delle parti contraenti.

all'acquisizione delle informazioni ⁶⁰ nel quale potrà ponderare i termini dell'operazione.

Il tema del diritto all'informazione del contraente non è una materia nascente *ex novo* ma è tema centrale anche nel diritto privato. Nel codice civile la teoria degli obblighi di informazione fa perno sugli articoli 1337 e 1338 c.c., riguardanti la fase delle trattative, e sull'art 1375 c.c. riguardante la fase dell'esecuzione. L'obbligo codicistico dell'informare implica, al di fuori di specifici obblighi legali, che le parti che prendono parte alle trattative, durante tutto il corso delle stesse e nella fase di formazione del contratto (ambito delineato dall'art. 1337 c.c.) si scambino tutte le conoscenze finalizzate a rafforzare le loro scelte e l'adeguatezza di queste rispetto agli obiettivi perseguiti. All'obbligo di informazione corrisponde un onore della parte interessata di acquisire le informazioni usando l'ordinaria diligenza ⁶¹. Le informazioni rese in fase precontrattuale non sono vincolanti ai fini della conclusione del contratto, ma hanno una rilevanza giuridica nel caso in cui esse si sostanzino in un comportamento contrario al generale dovere di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c. idoneo a generare responsabilità ⁶². In realtà con il diffondersi della contrattazione seriale tali articoli si sono mostrati inadeguati a colmare oltre che ad uno squilibrio di forze economiche uno squilibrio di conoscenza. Dal generale dovere di lealtà e correttezza imposto dall'art 1337 c.c. si passa ad obblighi di informazione più incisivi nel definire a priori gli stessi contenuti

⁶⁰ Cfr. M.C. CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, 42.

⁶¹ S. NITTI (nt. 58), 2010, 530. Sull'obbligo di *disclosure* chiarisce che « La *disclosure* non si riferisce a qualsiasi circostanza nota ad una delle parti, e volendo delineare dei confini a tale dovere, si può iniziare considerando che le circostanze che, seppur rilevanti, la parte stessa potrebbe acquisire con l'ordinaria diligenza, non costituiscono *duty of disclosure* ».

⁶² Così C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, in *Il Contratto*, Milano, GIUFFRÈ, 2000, 233, ritiene che l'interesse protetto in tema di responsabilità precontrattuale sia quello della libertà negoziale ovvero la libertà di stipulare o meno un dato contratto. Tutte le ipotesi di responsabilità precontrattuale sono ipotesi in cui il soggetto è leso nell'interesse alla libera esplicazione della sua autonomia negoziale.

dell'informazione. Il legislatore del codice ha scelto tale regola come principio generale, tuttavia è ben noto come vi siano diverse ipotesi in cui l'ordinamento sanziona in modo espresso tali comportamenti predisponendo norme *ad hoc*. Vi sono discipline in cui gli obblighi di informazione a carico del "contraente professionista" sono dilatati in virtù dello squilibrio tra le posizioni dei soggetti.

L'art 124 TUB prescrive che il creditore consegni tale informazioni al contraente tramite *supporto cartaceo e in tempo utile*. L'art 124, co. 5, specifica che il creditore è tenuto altresì a fornire al consumatore i chiarimenti richiesti, in modo che egli possa valutare se il contratto di credito sia adatto alle proprie esigenze.

All'interno dell'Unione gli obblighi generali di informazione sono parte attiva nelle politiche *consumer protection*⁶³. Il *Draft Common Frame of Reference*⁶⁴ (d'ora in poi DCFR) prevede al Libro II, Cap. 3, una sezione che raccoglie i principi sugli obblighi informativi (*information duties*). Le parti sono tenute a comportarsi secondo *good faith* (clausola propria del diritto continentale che può essere tradotta con "buona fede") e *fair dealing* (clausola tipica di *common law*).

La prima e seconda sezione riguardano il comportamento del professionista (*business*). Nel caso in cui la controparte sia un consumatore il professionista è tenuto a fornire tutte le informazioni possibili (*practicable*), se la controparte è un professionista la violazione del dovere si registra nel caso in cui il comportamento sia contrario alla *good commercial practice* (art. II. 3:101, commi 1, 2). Nei PDEC si riviene una

⁶³ Cfr. N. LUCCHI, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Milano, GIUFFRÈ, 2009, 202.

⁶⁴ Elaborati insieme dallo *Study Group on European Contract law* e dall'*Acquis Group* (gruppo di lavoro incaricato dalla stessa Commissione Europea a condurre un'indagine in ordine al modo in cui le direttive in materia di rapporti di consumo siano state attuate nei diversi Stati).

apposita disciplina in materia di *duty of disclosure*. L'art. 4:106 è rubricato *Informazioni inesatte* e l'art. 4:107 *Dolo* (la mancata informazione viene fatta rientrare nelle ipotesi di dolo). Il legislatore europeo ha deciso di porre a carico delle parti un'obbligazione specifica seppur il medesimo risultato poteva essere raggiunto applicando la regola generale della buona fede ⁶⁵.

L'introduzione di obblighi di informazione sempre più pregnanti in realtà non colloca in secondo piano la disciplina di matrice codicistica, ma piuttosto tali obblighi devono essere letti nel senso di ulteriori specificazioni rispetto ai principi generali. Le formule impiegate, nonostante siano più dettagliate degli artt. 1337 e 1338 c.c., contengono clausole generali e tengono conto dello *status* delle parti promuovendo la tutela della parte che si trova nella situazione di svantaggio ⁶⁶.

Ma è solo attraverso la clausola generale di buona fede, nell'accezione di fonte integrativa, che si apre un varco nella rigidità delle disposizioni formali. Per la maggior parte dei contratti inerenti i servizi di investimento gli obblighi informativi sono tipizzati dalla legge, con le relative sanzioni, e non è necessario farli derivare dall'art 1337 che proprio in tal senso funge da fonte integrativa.

3. *La debolezza dell'aderente nella contrattazione standardizzata*

Nella logica del codice civile del 1942, dal punto di vista formale, i contraenti sono considerati dotati della medesima forza contrattuale, in ossequio al principio cardine dell'autonomia contrattuale.

⁶⁵ La scelta dei redattori dei PECL, nel senso di prevedere una disciplina specifica della *disclosure* è l'ulteriore dimostrazione del *trend* europeo verso la trasparenza delle relazioni contrattuali, con lo scopo di fornire la tutela più ampia possibile ai contraenti. Così S. NITTI (nt.58), 538.

⁶⁶ Cfr. G. ALPA (nt.57), 1033.

La figura del “contraente debole ” era sconosciuta al legislatore del 1942 che non si è preoccupato di differenziare le posizioni delle parti attraverso la previsione di una tutela differenziata per le stesse : il concetto di “*pars contractus*” è stato sempre ritenuto privo di qualsiasi connotato soggettivo. Tuttavia tra le *Condizioni generali del contratto* il legislatore introdusse una disciplina per far fronte al fenomeno della c.d. “contrattazione di massa” e che apparentemente sembrava prendere in carico una situazione di fisiologica debolezza di uno dei contraenti. I contratti di massa sono uno dei settori nei quali maggiormente si verificano ipotesi in cui uno dei due contraenti è in una posizione di debolezza ⁶⁷, ed in questo campo il prototipo più esemplare è il contratto di assicurazione. Le modalità di contrattazione non sono più quelle prese in considerazione dal codice civile: il regolamento non viene più predisposto di comune accordo tra le parti, ma viene imposto da una parte (quella dotata di maggiore forza economica) sull'altra ⁶⁸. È naturale che nell'adesione a condizioni generali di contratto venga accentuata una posizione di debolezza negoziale in quanto gli stessi compilatori nella *Relazione al codice civile* sottolinearono come la *ratio* della normativa risiedesse nell'esigenza di *ovviare ad ogni abuso connesso con la pratica dei contratti di adesione* ⁶⁹. Il testo contrattuale non è frutto di una trattativa tra l'impresa e il cliente ma viene elaborato dalla stessa impresa che presenta al cliente un contratto preconfezionato. Il cliente si limita ad “aderire” al contratto standard, lo accetta, senza poter incidere sul contenuto.

⁶⁷ Così M.L. CHIARELLA (nt.59), 68, sul rapporto tra il contratto asimmetrico e la standardizzazione specifica come i contratti per adesione e la contrattazione standardizzata rappresentano il genotipo della contrattazione asimmetrica d'impresa e la loro disciplina riflette le esigenze di tutela del soggetto debole nel contratto.

⁶⁸ Il contenuto dei contratti di massa viene di fatto imposto ai consumatori, i quali aderiscono ad un regolamento che non sono in grado di negoziare e di cui spesso ignorano anche il contenuto. Sul tema M.L. CHIARELLA (nt.59) 343 ss.

⁶⁹ *Relazione al Codice Civile, n.612*. Nella Relazione ministeriale al libro delle obbligazioni, n.78, si legge spiegava «la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengono clausole che mettono i clienti alla mercè dell'imprenditore».

È doveroso specificare come in realtà l'adesione prescinda dalla standardizzazione poiché deriva dalla disuguaglianza di potere contrattuale e si manifesta tutte le volte in cui il contraente debole dipende dall'altra parte e subisce le condizioni contrattuali imposte. Se la debolezza risiede nella disparità di potere contrattuale tra le parti, implicita nella predisposizione unilaterale del regolamento, l'utente non ha altra scelta se non quella di aderire, salvo rinunciare ai servizi e beni offerti.

L'evolversi delle tecniche di contrattazione tra imprese e acquirenti finali e l'incremento dell'uso della tecnica della contrattazione standard hanno posto l'attenzione sulla tutela della volontà contrattuale ⁷⁰. La debolezza del contraente non predisponente risiede *nell'ignoranza dei meccanismi e delle regole preposti ad una specifica tipologia contrattuale, in rapporto alla peculiare modalità di conclusione del contratto* ⁷¹.

Gli articoli 1341 e 1342 c.c. nel disciplinare le condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie pur rappresentando una tappa nel percorso alla tutela del contraente debole, offrono una tutela meramente formale, tutela che più che tutelare la parte debole andava a legittimare la pratica della contrattazione standardizzata ed insufficiente a riequilibrare il regolamento contrattuale ⁷².

Nello specifico gli artt. 1341 e 1342 c.c. tutelano il "contraente debole", nel caso in cui venga stipulato un contratto mediante moduli e

⁷⁰ M.C. CHERUBINI (nt.60), 5, la volontà è minata poiché «Il contraente che aderisce alle condizioni predisposte dall'impresa non partecipa, infatti, alla definizione del regolamento negoziale, e già questo integra una consistente limitazione all'esercizio del potere di autonomia privata».

⁷¹ Cfr. F. ROMEO (nt.12), 444.

⁷² S. NITTI (nt.58), 583. Sull'efficacia della protezione accordata dalle condizioni generali di contratto «esse, a causa della loro eccessiva neutralità rispetto alla natura economica delle parti stesse, non sono risultate idonee a garantire una tutela effettiva delle controparti di Imprese di assicurazione».

formulari, attraverso la presunzione di vessatorietà di determinate clausole, salvo abbiano formato oggetto di specifica sottoscrizione ⁷³.

L'art 1341 c.c., co.1, ricollega l'efficacia delle condizioni generali alla loro conoscibilità secondo un parametro di ordinaria diligenza costituendo una deroga al principio generale secondo il quale il consenso deve cadere su tutto il contratto. L'art.1341, co. 2, prevede che le clausole vessatorie non sortiscano alcun effetto se non appositamente e separatamente sottoscritte dal contraente che non le ha predisposte.

In questo modo si vuole richiamare l'attenzione del contraente sulla gravità delle conseguenze che discendono dall'inserimento di determinate clausole (le clausole onerose sono quelle che aggraviano la posizione dell'aderente e sono comprese all'interno di un elenco tassativo). L'imposizione di un onere di forma permetterebbe che il contraente, nonostante la mancanza di trattative, abbia avuto una effettiva possibilità di conoscenza del testo che gli viene sottoposto per l'accettazione.

L'art. 1342 c.c. introduce un'altra regola: le clausole aggiunte incompatibili con quelle del regolamento prevalgono sulle clausole originarie anche se non vengono eliminate.

Tuttavia l'impianto codicistico non sembra essere sufficientemente in grado di fornire una protezione adeguata al contraente debole. Parte della

⁷³ Sul punto si è espressa la Cass., sez. III civ., 13 aprile 2018, 9182, così « un'alterazione, liberamente scelta, dell'equilibrio economico è accettata dall'ordinamento il quale si preoccupa soltanto da un lato di salvaguardare la correttezza e buona fede nella fase delle trattative contrattuali (art. 1337 e 1338 c.c.) o in pendenza della condizione (art.1358 c.c.) e dall'altro di consentire l'eliminazione di fattispecie negoziali nelle quali qualche fatto abbia influito negativamente sulla formazione o sullo svolgimento del rapporto contrattuale, ma ciò solo in casi tassativamente determinati, come si evince dalla disciplina degli istituti della rescissione (art. 1447 e 1448 c.c.) e della risoluzione per eccessiva onerosità (art.1467 c.c.). Anche lo squilibrio giuridico tra le parti trova una disciplina circoscritta nel codice civile, come può desumersi dagli art. 1341 e 1342 c.c. volti a tutelare il contraente debole nell'ambito dei rapporti contrattuali di mercato mediante la prescrizione di un semplice onere formale, qual è la specifica approvazione scritta».

dottrina ha qualificato tale normativa come posta in essere a protezione delle imprese, in quanto attribuisce validità alle condizioni generali per il solo fatto della loro “conoscibilità”, salvo il fatto in cui si tratti di clausole vessatorie.

L’esigenza di una tutela sostanziale è confluita nella direttiva europea 93/13 relativa alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. Questa disciplina prevede che le clausole che aggravano la posizione dell’aderente e che sono unilateralmente predisposte non sono vincolanti (a prescindere dalla conoscibilità e dall’approvazione per iscritto).

La mancata applicazione della normativa di cui agli artt. 1341 e 1342 cc. agli atti individuali e la mancata applicazione della doppia sottoscrizione alle clausole non contenute nell’elenco di cui all’art. 1341 c.c. limitano la protezione del contraente debole ⁷⁴.

L’inadeguatezza della disciplina è ravvisabile anche nell’indicazione della conoscibilità, secondo il parametro dell’ordinaria diligenza e nella specifica sottoscrizione. La conoscibilità non indicherebbe la probabilità dell’avvenuta conoscenza del contenuto delle condizioni generali quanto la possibilità che questi avrebbe di acquisirne una effettiva conoscenza.

La sottoscrizione ⁷⁵ nella prassi si traduce nell’*apposizione di una firma sotto formule di richiamo a clausole indicate mediante un numero* ⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. A. SCARSO, *Il contraente “debole”*, Torino, Giappichelli, 2006, 127.

⁷⁵ R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro.it*, 1994, 137. Riflettendo sull’impostazione del nostro ordinamento sottolinea come anche se «fra i primi a riconoscere normativamente il fenomeno delle condizioni generali di contratto, il nostro ordinamento ha finito, a fronte del fiorire d’interventi variamente intesi a contrarne la potenziale iniquità, col ritrovarsi in retroguardia, alle prese con una disciplina dall’afflato meramente formale, capace soltanto di garantire la doppia sottoscrizione al buio di clausole pesantemente iugulatorie».

⁷⁶ Cfr. M.C. CHERUBINI (nt.60), 11.

4. La trasparenza dell'informazione

In un contesto in cui il ricorso alla standardizzazione contrattuale è prassi, la necessità di assicurare alla parte debole la conoscenza esatta della contrattazione *in itinere* è volta ad assicurare una corretta formazione della volontà contrattuale.

L'esigenza di colmare il vuoto informativo tra le parti diviene il *fil rouge* di diverse normative, in cui la disciplina degli obblighi informativi e, in particolar modo il richiamo ad informazioni trasparenti, è sempre più presenti e articolato.

Uno degli strumenti per colmare l'asimmetria delle posizioni è proprio la garanzia di un flusso di informazioni dirette al cliente⁷⁷. La trasparenza, nell'accezione in cui indichi la chiarezza opposta all'opacità, è connaturale all'informazione, in quanto la mancanza di chiarezza e comprensibilità⁷⁸ impedisce all'informazione di raggiungere il suo obiettivo, e si esplica⁷⁹ nell'obbligo per il professionista di far conoscere al cliente le condizioni contrattuali. Già nel 1990 Pietro Rescigno la rilevava: *nel vocabolario del nostro tempo la parola "trasparenza" ha una singolare fortuna, come se le si riconoscesse la capacità di investire ed illuminare settori che sembravano connotati dalla impenetrabilità e dal mistero*⁸⁰. La trasparenza contrattuale è sempre stata considerata come uno dei principali

⁷⁸ Sono due i profili rilevanti della trasparenza contrattuale: quello relativo all'esistenza e alla conoscibilità del contratto e quello relativo ad un effettiva comprensibilità. Questi due distinti aspetti della trasparenza contrattuale coincidono nella loro finalità di rendere il contraente aderente informato e consapevole delle scelte effettuate. Sul tema V. E. MORELATO, *Neo formalismo e trasparenza*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 2, 601.

⁷⁹ G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur.it.*, 1992, 3 il quale fa presente che il termine trasparenza nel settore giuridico può assumere vari significati e quando si fa riferimento alla c.d. trasparenza contrattuale significa l'individuazione delle informazioni, dei contenuti negoziali al fine di consentire al cliente di operare le scelte più opportune, di conoscere in ogni momento i contenuti del rapporto negoziale e dei suoi effetti nel corso del tempo.

⁸⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *"Trasparenza" bancaria e diritto "comune" dei contratti*, in *Banc. Bors. tit. cred.*, 1990, I, 127.

doveri comportamentali che le parti sono tenute a rispettare in applicazione dei precetti di correttezza e buona fede in senso oggettivo ⁸¹. Ma la trasparenza, oltre ad indicare la chiarezza nella redazione del contratto, può estendersi e contemplare anche i vincoli di forma ⁸² e obblighi di comportamento. Di conseguenza quando la trasparenza assurge al ruolo di prescrizione sulla forma o contenuto di un accordo la questione deve risolversi rispetto alle conseguenze del mancato rispetto della forma, diversamente, quando assurge a regola di condotta, spetterà all'interprete valutare il rispetto della norma utilizzando uno standard di chiarezza adeguato al caso concreto ⁸³.

Nel recente panorama normativo i richiami alla trasparenza nell'accezione in cui si riferisce all'imposizione di doveri di informazione sono sempre più numerosi. È richiamata in vari contesti, sia in tema di pubblicità che nella fase che dell'attività che precede o segue alla formazione del contratto. Molti dei prodotti e servizi offerti dalle banche, da intermediari finanziari e imprese di assicurazioni sono prodotti che rendono difficoltoso all'utente comprenderne la reale portata e la idoneità a realizzare il suo interesse. Mentre chi acquista un capo di abbigliamento, un appartamento, chi sottoscrive un abbonamento in palestra è in grado di capire se quel prodotto o servizio sia in grado di soddisfare i propri bisogni (e quindi valutare il rapporto qualità- prezzo, la posizione della casa o i

⁸¹ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banc. Borsa. tit. cred.*, 1997, 96. Sul concetto di trasparenza articola così «il termine trasparenza è in realtà un modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata, e deve intendersi come piena conoscibilità delle condizioni contrattuali (...); la trasparenza consiste allora nel dovere per l'imprenditore di far conoscere al cliente le condizioni del contratto, (anche) prima della stipula dello stesso».

⁸² Per i vincoli di forma *infra* CAP I, § 1.5 .

⁸³ Così P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e Impresa*, 2007, VI, 1421, rileva che «Al concetto di trasparenza può essere riconosciuta (..) ovvero di qualità oggettiva del contratto che consiste alternativamente nel rispetto della forma del contratto o delle singole clausole imposte dalla legge, ovvero nella rispondenza ad un determinato standard qualitativo».

servizi offerti dalla palestra) chi acquista un prodotto o servizio complesso non è sempre in grado di vagliarne l'effettiva portata. Ed in ciò si concretizza l'asimmetria informativa ⁸⁴ che pervade i mercati finanziari: all'alta competenza degli operatori professionali che erogano i prodotti è contrapposta l'inesperienza dei contraenti.

Caratteristica di tutte le normative emanate in materia di asimmetria contrattuale è il richiamo agli obblighi di trasparenza gravanti sulla parte forte del rapporto. Questi obblighi hanno a che fare soprattutto con l'informazione precontrattuale che veicola la formazione del consenso ma abbracciano tutte le fasi del rapporto. L'operatore professionale dunque è assoggettato ad obblighi di trasparenza e dunque è tenuto a *modellare la propria azione in funzione delle informazioni che saranno fornite* ⁸⁵.

Per quanto concerne la disciplina consumistica l'art 2, co. 2, codice del consumo, stabilisce che *ai consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali diritti(...) c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità ; e) alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali;*

Anche nei contratti asimmetrici diversi dai contratti del consumatore sulla parte "forte" gravano obblighi di trasparenza ⁸⁶.

Il disposto degli artt. 3 del codice, 5 TUB e 5 TUF individuano nella trasparenza uno degli scopi dell'attività di vigilanza esercitata dalle Autorità di controllo.

⁸⁴ Sul ruolo dell'asimmetria informativa nel diritto europeo: A. DI MAJO , *Libertà contrattuale e dintorni* ,*Riv. crit. d. priv.* , 1995, 17 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2001, 282 ss.

⁸⁵ Cfr. A. DIAMATO, *Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni: commento sistematico*, Milano, GIUFFRÈ, 2006.

⁸⁶ La trasparenza va inquadrata nell'alveo di quelle norme il cui precipuo scopo è quello di garantire l'effettività della tutela del consumatore (ovvero contraente debole) quindi intesa come il mezzo attraverso cui si dovrebbe riuscire a raggiungere un'informazione completa veritiera ed adeguata dell'operazione contrattuale. Così S. NITTI (nt.58), 585.

Richiamo alla trasparenza si ritrova anche tra le linee guida del D.lgs. 9 settembre 2005 n.209, Codice delle Assicurazioni Private (d'ora in poi CAP) e al Capo I del Titolo XIII in materia di *trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*. L'intermediario sia nella fase che precede la conclusione del contratto, sia nella fase dell'esecuzione, è tenuto a *comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati* (art. 183, co. 1, lett. b, CAP). l'art. 183 nel prevedere regole che incidono sul piano della condotta dell'impresa e dell'intermediario introduce un'ulteriore accezione di trasparenza, riferita alle modalità oggettive di svolgimento dell'attività assicurativa, a prescindere dalla costituzione di un rapporto negoziale, di una specifica richiesta del contraente o dell'informazione dovuta perché imposta da altre disposizioni.

L'art 185 ⁸⁷ (*Documentazione informativa*) prevede l'obbligo di redigere il documento informativo standardizzato idoneo a fornire in modo chiaro e semplice le informazioni chiave sui prodotti assicurativi e ad agevolarne la comparabilità. Il formato del documento standardizzato è definito dal regolamento di esecuzione n. 2017/1469 dell'11 agosto 2017 della Commissione europea; eventuali personalizzazioni non possono essere inserite nel documento informativo ma esclusivamente negli altri documenti precontrattuali e contrattuali. Il documento informativo precontrattuale è previsto sia per le polizze danni (art. 185-bis) che per quelle vita (art. 185-ter).

⁸⁷ Articolo sostituito dall'art.1, co. 31, D.lgs. 21 maggio 2018, n.68.

Gli obblighi informativi disciplinati dagli articoli 185, 185-*bis*, 185-*ter*, 186 e 187 rappresentano uno degli strumenti volti a riequilibrare gli squilibri tra operatore professionale assicurativo e contraente.⁸⁸

L'art. 186 CAP introduce il c.d. diritto di interpello, la possibilità per l'impresa di assicurazione di *trasmettere preventivamente all'IVASS la il documento informativo precontrattuale, unitamente alle condizioni di contratto, allo scopo di richiedere un accertamento sulla corretta applicazione degli obblighi di informazione previsti dalle disposizioni.*

L'art 166, co. 1, CAP stabilisce che *il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente (qualsiasi contraente)*⁸⁹ *va redatto in modo chiaro ed esauriente.*

Se ne deduce che il contratto deve essere fatto in forma scritta e che la sua redazione deve essere completa e intelligibile.

L'informazione attribuisce al contraente un maggior potere contrattuale, in quanto gli consente di evitare che l'impresa speculi sugli eventuali "vuoti" informativi, realizzando un riequilibrio del rapporto contrattuale stesso⁹⁰.

La disciplina della protezione dell'assicurato è completata da altre regole del Codice: quelle fissate dall'art 131 in tema di "*trasparenza dei premi e delle condizioni di contratto*" e le disposizioni contenute negli artt. 313,318,319 e 320 che concernono l'apparato sanzionatorio che presidia alla violazione delle disposizioni.

⁸⁸ Cfr. S. NITTI (58), 586. Sono problemi che hanno un unico obiettivo comune e cioè quello di fronteggiare il problema delicato dell'asimmetria informativa tra compagnie di assicurazioni (che predispongono le condizioni di polizza) e clienti (che devono apprendere e comprendere le condizioni appena menzionate).

⁹⁰ M. DE POLI, *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni: commento sistematico*, Milano, GIUFFRÈ, 2006, 864.

Anche all'interno delle normative inerenti ai rapporti di impresa ⁹¹, spiccano delle previsioni che richiamano la trasparenza contrattuale.

Le disposizioni contenute nella L. 129/2004 sull'affiliazione commerciale nello stabilire i contenuti del contratto (art.3) e gli obblighi in capo all'affiliante e all'affiliato (artt. 4-5) e gli obblighi precontrattuali di comportamento (art.6) richiamano il concetto di trasparenza contrattuale.

Il titolo VI del TUB, è dedicato alla *trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti* (le disposizioni del Capo I fanno riferimento a *tutti i clienti*) ⁹².

L'art 21, co. 1, TUF stabilisce che *nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti* (anche in questo caso il riferimento è alla genericità dei clienti) *e per l'integrità dei mercati; b)acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c)utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti.*

Equivalente all'art.21 TUF il CAP all'art 183 dispone 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; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati c)organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in*

⁹¹ V. CAP1, § 1.1.2.

⁹² Il titolo VI si scompone di due capi: uno applicabile indistintamente a tutti i clienti della banca ; l'altro speciale applicabile ai soli consumatori del servizio che si trovino in una posizione di debolezza oggettiva.

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.

Ciò che emerge da queste disposizioni normative è che, a prescindere dell'applicabilità dell'una o dell'altra a seconda del soggetto che colloca il prodotto, sono entrambe ispirate dall'obiettivo di fornire al cliente un'informazione chiara, rendere evidenti le situazioni di conflitto di interessi, evidenziare attraverso una valutazione professionale le scelte adatte al singolo cliente. Emerge come il legislatore nel disciplinare le varie branche del mercato finanziario adotti un approccio unitario. L'individuazione di specifiche regole di condotta tende a garantire una tutela effettiva protesa al raggiungimento di un'informazione che sia *adeguata* alla specificità del singolo contraente ⁹³, segnando un passaggio da una trasparenza formale ad una che sia sostanziale .

La ricognizione di cui sopra ci permette di cogliere come, anche nei settori dei *contratti che hanno ad oggetto i servizi di credito, di investimento e di assicurazione* ⁹⁴, i doveri di informazione anche se non sono da soli sufficienti ad apprestare una tutela adeguata al soggetto debole sono imprescindibili.

Emerge come il rispetto delle obbligazioni di trasparenza, correttezza e diligenza sia rivolto a tutela degli interessi di tutti i contraenti e non solo della singola parte contrattuale⁹⁵.

⁹³ Così F. ROMEO (nt.12), 445, afferma come oggi più che mai non sia sufficiente parlare di informazione *tout court* ma di informazione adeguata, cioè quell'informazione tesa a valorizzare la specificità di ciascuna contrattazione e dunque il profilo di ciascun cliente.

⁹⁴ Cfr. R. NATOLI (nt. 26), 184.

⁹⁵ Cfr. A. DI AMATO, (nt.85), 376 .

Da qui la riscoperta delle clausole generali, per la loro idoneità ad andare oltre gli obblighi di informazione codificati e a regolare i concreti interessi in gioco.

Da una regolazione focalizzata sull'idea del contraente debole capace di compiere scelte razionali se edotto sui termini dell'operazione ad un modello di regolazione che conscia della complessità dei prodotti evidenzia come la tutela del contraente non possa essere basata sulla implementazione delle informazioni fornite ma richieda una cooperazione e un passaggio ad una strategia di impronta più assistenziale .

Se nella disciplina a tutela del consumatore le informazioni sono rese al fine di agevolare la comprensibilità delle condizioni e sono declinate in funzione della trasparenza *nel diritto dei servizi finanziari servono anche ad offrire assistenza ai clienti incapaci di comprendere, ancorché informati, i termini economici- giuridici dell'affare: si assiste ad un processo che porta "oltre la trasparenza" o almeno oltre una certa idea di trasparenza.*

L'individuazione del contratto più adeguato presuppone un dialogo con l'intermediario *finalizzato a far emergere uno spettro quanto più possibile realistico degli effettivi bisogni del cliente (...). In questo caso l'assistenza va oltre la mera informazione*⁹⁶.

Nel codice civile la diligenza (art 1176 c.c.), la buona fede (art 1175 e 1375 c.c.) sono modulate rispetto alle peculiari esigenze del soggetto.

Nel CAP i concetti di diligenza e buona fede sono volti ad assicurare sempre uno standard comportamentale elevato posto che sono strumenti a cui la disciplina normativa attribuisce una *funzione di tutela e di sviluppo del*

⁹⁶Cfr. R. NATOLI (nt.26), 165-166.

mercato all'intera attività degli operatori più che ai distinti assi che essi compiono ⁹⁷.

Pensare di poter risolvere l'asimmetria cognitiva tra intermediario e investitore mediante adempimenti cartacei è pura utopia. Non è sufficiente fornire una mole elevata di informazioni che possono rilevarsi anche incomprensibili per i non addetti ai lavori ⁹⁸.

L'informazione deve essere adeguata⁹⁹, ritaglia sul profilo specifico del cliente. È auspicabile una riscoperta delle clausole generali e questo “*non tanto per una questione di fedeltà alle categorie ordinanti, quanto per l'idoneità delle stesse a regolare in modo coerente ed efficace i concreti interessi in gioco andando oltre gli obblighi di informazione codificati a livello regolamentare*”. Le discipline di settore non sono sempre idonee nel mettere in guardia il contraente debole sul prodotto e necessitano di essere integrati dal principio di buona fede e correttezza. Gli interventi di tutela sono lo strumento attraverso il quale si cerca di ristabilire la parità tra le parti che il processo di *bargaining* non è in condizione di assicurare ¹⁰⁰. In un'ottica sistematica si osserva che il tema della trasparenza suggerisca sia un aggancio con l'impianto normativo di origine comunitario, elaborato in

⁹⁷ Cfr. A. DI AMATO, (nt. 85), 376.

⁹⁸ Sulla funzione della trasparenza, E. MINERVINI (nt.81), 101, argomenta specificando come la trasparenza, per sua natura, non è un valore-fine, bensì un valore-mezzo, giacché è volta al perseguimento di scopi ulteriori: la maggiore chiarezza e ricchezza di informazioni serve a rendere edotto il cliente dei costi e vantaggi, ma non basta, da sola, a scongiurare il pericolo della “sopraffazione” del cliente contraente-debole.

⁹⁹ S. ADDABBO, *Intermediazione assicurativa e cooperazione attuativa nelle dinamiche contrattuali*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2017, II, 255, rileva che «l'adeguatezza che si richiede al contraente forte altro non è che una espressione del generico obbligo di avere il giusto riguardo all'interesse del creditore, obbligo che difatti impone di offrire un servizio od un prodotto idoneo a soddisfare le esigenze del creditore».

¹⁰⁰ M. RABITTI, *La qualità di “consumatore-cliente” nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e Impr.*, 2014,I, 206. Sulla necessità dell'intervento di tutela specifica che «l'obiettivo della regolazione sembra essere quello di introdurre nel mercato, attraverso la specificazione delle clausole generali (trasparenza, informazione, correttezza), elementi di *fairness* che impediscano a chi si trovi in una posizione privilegiata dal punto di vista della conoscenza e dell'esperienza di trarre un vantaggio ingiustificato sulla propria controparte contrattuale».

tema di tutela del consumatore, sia con le norme generali che impongono ai contraenti obblighi di correttezza e buona fede. Questo in quanto attraverso la trasparenza è strumentale rispetto all'obiettivo di ristabilire una parità contrattuale tra i contraenti per mezzo di una maggiore comprensione dei termini contrattuali ¹⁰¹.

5. *Forma informativa*

L'emersione di nuovi paradigmi contrattuali, sulla scorta della progressiva normativa privatistica comunitaria, è congiunta ad una evoluzione formale: l'emersione di forme di nuovo conio introdotte dalla normativa settoriale.

All'emersione della nuova categoria del contratto asimmetrico viene associata l'emersione di una forma informativa con lo scopo di riequilibrare le asimmetrie.

All'interno del panorama delle cd. "forme di protezione", volte ad abbattere quelle asimmetrie che fisiologicamente intercorrono tra operatori professionali e le loro controparti, il requisito formale torna in auge inaugurando l'apertura di una nuova stagione del c.d. "*neo formalismo*" ¹⁰².

Nei paragrafi precedenti ¹⁰³ abbiamo visto che la disciplina volta alla tutela del contraente non è perseguita solamente con l'imposizione di obblighi di informazione ma anche attraverso l'imposizione di vincoli di forma e di prescrizioni di forma-contenuto. Queste prescrizioni sono una

¹⁰¹ In dottrina: M. GAGLIARDI, *Equilibri informativi e diritti fondamentali nel contratto di assicurazione*, in *Diritto Privato Europeo e Diritti Fondamentali*, G. COMANDÈ (a cura di), Torino, Giappichelli, 2004, 181 ss.

¹⁰² L'obbligo di introdurre determinati elementi del regolamento contrattuale nel documento informativo ovvero nel testo dell'accordo rappresenta una delle espressioni più tipiche del neo formalismo negoziale in materia di contrattazione asimmetrica. In tal senso V. A. BARENGHI (nt.55), 156.

¹⁰³ *Supra* CAPI § 2.

ulteriore modalità di concretizzazione degli obblighi di correttezza gravanti sulla parte professionale.

La forma informativa risulta particolarmente pregnante con riferimento ai contratti asimmetrici nel settore bancario, finanziario e assicurativo, in cui si evidenzia un passaggio ulteriore dalla completezza e trasparenza delle informazioni fornite all'adeguatezza contrattuale. Accanto a precetti di forma informativa, forma protettiva del contraente debole, sono statuiti precetti formalistici, consistenti in obblighi di informazione e consegna del documento contrattuale. A titolo esemplificativo si menzionano gli artt. 23 TUF , co. 1, (*I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.*) e 117 TUB , co. 1 (*"I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti"*). La consegna di copia del documento contrattuale, l'introduzione di requisiti di forma scritta (art 125-bis, co. 1, TUB), l'obbligo di contemplare nel documento contrattuale determinate previsioni (artt. 124,125bis, co.7, TUB) rispondono ad una finalità informativa .

Precetti formalistici sono previsti anche per i contratti assicurativi. Gli artt. 1888 c.c., co. 2 (*L'assicuratore è obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto*) e 127 del CAP ,conformemente a quanto previsto dagli artt. 120 e 185 CAP, richiedono la forma scritta *ad probationem*. Con riguardo all'aspetto relativo alle modalità di conclusione dei contratti nel mercato finanziario *le prescrizioni formali sono concepite in funzione dell'interesse di una delle parti* ¹⁰⁴. Il riequilibrio delle asimmetrie, tuttavia, non viene perseguito solo attraverso l'imposizione di obblighi di informazione ma anche attraverso l'indicazione di requisiti di forma e

¹⁰⁴Cfr. v. ROPPO (nt.10), 209.

contenuto del contratto: si parla infatti di *forma informativa*. L'accentuazione del formalismo e il ricorso alla forma scritta sono funzionali non solo ad una tutela effettiva del consenso ¹⁰⁵ ma anche alla finalità di regolazione del mercato e tutela della concorrenza, impedendo che le imprese possano trarre benefici ingiusti dal contratto.

La prescrizione della forma scritta si contrapporrebbe alla tradizionale distinzione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* per la particolare funzione di protezione del cliente (forma *ad informationem*) ¹⁰⁶.

In ossequio all'*iter* di ricostruzione di una categoria unitaria del contratto asimmetrico, ritrovo anche delle contrattazioni B2B , si possono menzionare esempi anche nella normativa di regolazione di rapporti tra soggetti professionali in virtù della funzione protettiva riconosciuta alla forma informativa. A titolo esemplificativo si può citare l'art 2 (Contratto *di subfornitura: forma e contenuto*), co. 5, della legge sulla subfornitura o l'art. 3 (*Forma e contenuto del contratto*) della legge sull'affiliazione commerciale ¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Il difetto del consenso che si mira a prevenire o rispetto al quale si vuole fornire un rimedio è considerato in astratto, in quanto ancorato a fattori di carattere oggettivo (qualità del contraente, tecnica di negoziazione, natura/oggetto del contratto) cui è riconosciuto un potenziale effetto distorsivo della volontà, effetto dal cui concreto accertamento si prescinde. Per ulteriori approfondimenti V. M.C. CHERUBINI (nt.60), 130.

¹⁰⁶ Trib. Novara 2 novembre 2009, in *Giur.it*, 2010, 606, sottolinea così testualmente che il requisito formale richiesto dall'art 23 TUF «si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* in quanto, pur essendo una forma di validità del contratto essa è di protezione per il cliente». Nello stesso senso: Trib. Milano 12 novembre 2013 , in *Nuova. Giur. Civ. comm.*, 2014, 814 ss.; Trib. Alessandria, 27 febbraio 2017, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁷ Le norme consumeristiche costituiscono solo un punto di partenza dell'analisi della *forma ad informationem* da cui si possono desumere principi di carattere generale applicabili al contratto asimmetrico in senso lato. In tal senso V. E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, GIUFFRÈ, 2018.

Nella teoria generale del contratto il requisito della forma fa riferimento ad una modalità di espressione del volere, vigendo il principio della libertà di forma ¹⁰⁸.

Con riferimento ai nuovi fenomeni contrattuali, derivanti dallo sviluppo dei mercati, si parla di un ritorno al “formalismo negoziale” o “neo formalismo” ¹⁰⁹ ma stavolta a tutela non di entrambi i contraenti posti su un piano di parità, ma specificamente ad uno di essi, reputato “debole”. Nella logica codicistica, la prescrizione di una forma solenne regolerebbe problemi che attengono all'imputazione della volontà dichiarata e all'adeguata ponderazione di negozi aventi ad oggetto determinate tipologie di beni, come gli immobili. Nella disciplina del mercato finanziario, invece, movendo dalla constatazione di una posizione non paritaria dei contraenti, i requisiti di forma sono imposti al fine di proteggere il cliente quale parte debole ¹¹⁰. Nella prospettiva del c.d. neo formalismo ¹¹¹, e in particolar modo nella disciplina del contratto asimmetrico, alla forma viene affidata una funzione diversa: svolge una funzione informativa. Il ricorso ai vincoli formali, derogando alla aformalità degli scambi come fattore di facilitazione degli scambi ¹¹², permette di verificare se sia stato rispettato il contenuto informativo previsto e richiama l'attenzione sulle conseguenze giuridiche ed economiche che da esso discendono, e nel rendere immediatamente

¹⁰⁸ La funzione consiste nel tutelare le parti rispetto al tipo di atto, o risponde alla funzione di tutela dei terzi in tema di pubblicità degli atti.

¹⁰⁹ Sul c.d. neo formalismo, cfr., L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, GIUFFRÈ, 2008, 119; V. BUONCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 122 ss.

¹¹⁰ In tal senso Cass., sez. I civ., 27 Aprile 2017, 10447;

¹¹¹ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, Cedam, 1997. L'espressione neo formalismo è stata coniata da Irti per esprimere la tendenza del legislatore ad attribuire rilevanza giuridica a certi atti solamente in quanto realizzati nelle forme previste dalla legge.

¹¹² Si assiste, limitatamente ai contratti asimmetrici, alla paradossale rottura - rispetto alla dottrina classica- dell'aformalità degli scambi quale fattore sinergico della facilitazione e sviluppo degli scambi commerciali: principio dell'aformalità che resta, confinato ai contratti simmetrici soggetti alla *lex mercatoria*. Cfr. E. TOSI (nt.107), 50.

percettibili gli elementi del contratto. Finalità della forma vincolata, in quanto manifestazione del neo formalismo, è anche quella di tutelare la formazione del consenso del contraente aderente nell'ambito della contrattazione di massa ¹¹³. La funzione della forma scritta nella contrattazione di massa è quella di rendere conoscibile il contenuto del contratto alla parte che non ha partecipato alla sua predisposizione ¹¹⁴. La forma rappresenta il *vestmentum* che rende possibile la realizzazione degli effetti voluti dalle parti e insieme alla trasparenza rappresenta uno degli elementi necessari per la sicurezza dei rapporti giuridici. Il rispetto della forma fa in modo che nella *cartula*, nel documento contrattuale, vi siano riportate tutte le informazioni che la legge ritiene sufficienti per la comprensione del servizio. La forma-contenuto è come se rappresentasse l'etichetta del prodotto che passa dall'impresa al cliente ¹¹⁵. La forma informativa, nei contratti asimmetrici, pur prevedendo una limitazione dell'autonomia contrattuale sotto il profilo formale, dal punto di vista sostanziale è volta ad eliminare il divario esistente tra le stesse ¹¹⁶.

In conclusione, il miglioramento degli strumenti forma ¹¹⁷ li (esaustività delle informazioni, chiarezza delle clausole, trasparenza delle

¹¹³ Così come si è sottolineato al CAP I, § 3 il codice del 1942 ha previsto l'approvazione per iscritto delle clausole vessatorie (art.1341 co.1).

¹¹⁴ In tal senso E. MORELATO, (nt.78), 598. Sotto questo profilo la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto che materialmente viene messo a disposizione del contraente che vi aderisce.

¹¹⁵ Cfr. A. BARENGHI (nt.55), 161.

¹¹⁶ Nei contratti asimmetrici permane la prevalente funzione di mitigazione del divario negoziale esistente tra le parti con conseguente necessaria limitazione dell'autonomia contrattuale in prospettiva formale. Così E. TOSI (nt.107), 51.

¹¹⁷ M.C. CHERUBINI (nt. 60), 148 ha evidenziato come il ruolo della forma sia mutato «la tradizionale finalità di favorire la ponderazione degli autori dell'atto e la certezza dei rapporti sempre più spesso si specifica in funzione di protezione di una delle parti contraenti».

condizioni contrattuali) dovrebbe essere idoneo a garantire una maggiore tutela del contraente debole ¹¹⁸.

Tuttavia il solo adempimento degli obblighi formali non è sufficiente per il conseguimento di una tutela effettiva per il cliente ¹¹⁹. Affinché il contratto tra cliente e intermediario possa realizzare una “forma informativa” è necessario che il cliente pervenga ad una decisione con “*cognizione di causa*” (artt. 24 e 33 MIFID II).

Sia la forma informativa che tutti gli obblighi di informazione prescritti a carico della parte maggiormente informata sono frutto della stagione della “*economia dell’informazione*”, ossia della fase di studi secondo i quali i fallimenti informativi del mercato si sarebbero potuti correggere attraverso l’erogazione di maggiori informazioni che fornissero dettagli sulle operazioni così da rendere razionali le decisioni degli operatori e favorire l’efficienza del mercato ¹²⁰.

Non vi è un rapporto di proporzionalità diretta tra le informazioni fornite e l’effettività del consenso, ma devono essere descritti nel contratto solo quei servizi individuati sulla base delle specifiche esigenze del cliente e non generiche informazioni su tutti i rischi connessi alla conclusione del contratto. Le prescrizioni di forma devono essere idonee a conseguire fini protettivi e non possono degenerare in meri adempimenti formali. Pietro Rescigno osservava: *la clientela, dall’infittirsi delle prescrizioni formali,*

¹¹⁸ E. TOSI (nt.107), 82, il quale sottolinea che la peculiarità delle nuove regole in tema di forma informativa risiede nell’attuare gli strumenti negoziali necessari affinché tale parità si possa realizzare anche quando originariamente assente, come nel caso dei contratti asimmetrici.

¹¹⁹ R. NATOLI (nt.26), 49 ss. nella ricostruzione dell’agire contrattuale degli agenti sottolinea come anche in un contesto di informazioni pienamente rivelate «i limiti cognitivi dei consumatori impediscono una decisione consapevole in ordine al tipo di operazioni finanziarie più adatte alle loro esigenze, per evitare che siano assunti impegni incoerenti rispetto alle attese non bastano *policies* di *full disclosure*, ancorché obbligatorie».

¹²⁰ Sul tema V. G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e “forma informativa” nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. Banc.*, 2017, 1-21.

*rischia di vedere inestetizzata la tutela in un defaticante “rituale” di firme a ripetizione, di sottoscrizioni moltiplicate e continue (...), dove la forma non sempre riesce a compensare la scarsa pubblicità o l’ignoranza, e perciò da sola non basta a promuovere un consenso informato e cosciente*¹²¹.

La prescrizione formale trova la sua *ratio* nel fine di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell’obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto (il consenso informato). L’efficacia informativa può essere realizzata solamente dopo un’analisi del profilo di rischio del cliente e non attraverso la giustapposizione di crocette. La disposizione di cui all’art 37 (Contratti) Reg. CONSOB n.20307 prevedendo che i contratti con i clienti al dettaglio debbano indicare (...) *il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate*, alla luce di quanto argomentato precedentemente sull’effettività e l’adeguatezza del contenuto contrattuale, trova senso solo se *le tipologie di strumenti finanziari* sono quelle su cui verteranno i servizi di investimento svolti per il singolo risparmiatore.

Nell’architettura della contrattazione asimmetrica assumono un ruolo fondamentale tutte quelle tecniche, dalla trasparenza alla forma informativa (di cui *supra*), che in contesti di contrattazione standardizzata e non solo, cercano di riequilibrare le posizioni delle parti. La forma viene utilizzata come strumento che garantisce un contenuto minimo del contratto e in ossequio al principio di chiarezza e trasparenza funge anche da esplicitazione dello stesso. La previsione di un contenuto minimo, nella normativa settoriale della contrattazione asimmetrica diviene un elemento ricorrente. La forma è orientata alle esigenze di tutela del contraente

¹²¹ Cfr. P. RESCIGNO (nt.80), 306 .

debole. Nel contratto asimmetrico emerge la connessione tra il precetto formale e la trasparenza del regolamento contrattuale. Un regolamento contrattuale che non sia trasparente non è idoneo ad integrare un vincolo di forma che renda edotto il contraente sui diritti e doveri derivanti dal contratto ¹²².

Si tratta di discipline eterogenee, sussistenti anche nei rapporti che prescindono dalla nomenclatura consumistica. La frammentazione degli statuti protettivi sorti a tutela delle parti c.d. contrattualmente deboli (consumatori, clienti, piccole-medie imprese) ha rappresentato il fertilizzante per il fiorire di categorie concettuali volte da un lato a valorizzare la diversità delle varie figure prese a riferimento (da qui le formule “primo”, “secondo” e “terzo” contratto) e dall’altro nel ricomprenderle in una categoria unificatrice del contratto asimmetrico ¹²³.

Nella specie del contratto di assicurazione, oggetto di specifica trattazione in questo elaborato, le asimmetrie informative presentano una valenza bilaterale ¹²⁴. Essendo l’assicuratore non sempre in grado di conoscere il rischio dedotto in contratto di comprendere pienamente il contenuto del testo del contratto.

Le tematiche affrontate in questo capitolo permettono di comprendere meglio la posizione dell’assicurato in quanto soggetto alle

¹²² G.B. DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, in P. PERLINGERI (a cura di), *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione dell’Università di Camerino*, 161. La trasparenza contrattuale è imprescindibile poiché « risulterebbe claudicante il diritto di tali soggetti ad avere piena e puntuale conoscenza dei diritti e degli obblighi contrattuali laddove si ammettesse che la trasmissione degli stessi possa essere adempiuta in maniera oscura e poco intellegibile ».

¹²³ Cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal diritto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, II, 267.

¹²⁴ Nell’ambito dei modelli contrattuali funzionali al consumo o allo scambio diffuso di beni e servizi, anche il contratto di assicurazione è modulato sull’asimmetria del rapporto negoziale tra l’assicuratore, organizzato in forma di impresa e l’assicurato beneficiario della copertura. In tal senso G.A. CORVELLI, *Il consumatore nei rapporti assicurativi*, in G. CASSANO – M.E. DI GIANADOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, II, Padova, 2010, 1133 ss.

asimmetrie informative e pertanto contraente debole. La forza della crisi e la soggezione del settore assicurativo alla presenza di asimmetrie hanno sollecitato l'attenzione del legislatore europeo. La IMD2 (IDD) è il portato delle crisi finanziarie che hanno colpito l'Europa e la manifestazione di voler stabilire nuove regole per gli operatori impostando la nuova direttiva nel senso della protezione della figura del contraente debole che non si identifichi necessariamente nella figura del consumatore, collocandosi nel solco di quella tendenza che va “*dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*”. Presupposto per un'efficiente ed efficace regolazione del mercato e una effettiva tutela della “parte debole” è la corretta individuazione, a monte, dei destinatari dell'intervento normativo. L'obiettivo è dimostrare come la tendenza del diritto europeo sia quella di individuare come destinatario degli interventi normativi protezionistici in campo assicurativo non tanto il consumatore quanto più in generale la figura del cliente.

Dopo aver illustrato l'emersione della categoria unitaria del *contratto asimmetrico*, avendone delineato i confini e le criticità, si proseguirà con un *excursus* descrittivo della tendenza, sia a livello domestico che europeo, per la quale il consumatore come figura centrale della regolazione del mercato è *démodé*. Tendenza che passa prima nel riconoscere la debolezza di altri soggetti di mercato (imprese) e nell'estensione di determinate discipline di protezione per poi dirigersi nel coprire interessi generali della *clientela*, definita in relazione alla prestazione caratteristica del contratto e non in base ad uno *status* predeterminato. La IDD, come *supra* accennato, nel voler incrementare la protezione dell'utente è in linea con questa tendenza, facendo riferimento non alla figura del consumatore ma a quella generale del cliente, che non sempre corrisponde alla nozione di consumatore così come elaborata e applicata.

II

CAPITOLO II

DALLA PROTEZIONE DEL CONSUMATORE

ALLA PROTEZIONE DEL CLIENTE

SOMMARIO: 1. Il consumatore *démodé* –2. Contrattazione asimmetrica tra imprese: dalla protezione del consumatore alla protezione dell’impresa “debole” –2.1. Riferimenti sul piano europeo: Le pratiche commerciali sleali –3. Dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente –3.1. Sul piano dell’ordinamento interno: i Decreti Bersani –4. Il consumatore assicurato - 5. La tutela dell’assicurato tra codice civile e codice delle assicurazioni

1. Il consumatore démodé

L’Unione europea ha inserito tra le sue iniziative prioritarie la finalità di protezione della sicurezza e dei diritti dei consumatori. Si può affermare come il diritto contrattuale europeo contenuto nelle direttive, nella prima fase, fosse volto prevalentemente alla regolazione delle operazioni B2C (*Business to consumer*), cioè tutte quelle operazioni volte a regolare i rapporti fra un consumatore e un operatore economico professionale e finalizzate all’acquisto di beni o servizi forniti da quest’ultimo. Nell’architettura europea irrompe la figura del consumatore, soggetto passivo del sistema di produzione e distribuzione di massa e pertanto bisognoso di protezione.

Le prime direttive comunitarie *consumer oriented*, negli anni Ottanta e Novanta ¹²⁵, direttive di c.d. armonizzazione minima ¹²⁶, disciplinavano singole tipologie contrattuali e contenevano disposizioni finalizzate ad assicurare al consumatore una tutela elevata. La centralità della figura del consumatore è canonizzata dapprima con il Trattato di Maastricht e successivamente con il Trattato di Lisbona . Il Trattato di Maastricht ¹²⁷ eleva la “protezione dei consumatori” al rango di politica comunitaria e successivamente sulla medesima scia si pone la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (che per effetto del Trattato di Lisbona ha lo stesso valore giuridico dei Trattati) che all’art 38 dispone che *Nelle politiche dell’Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*. È significativo sottolineare come la normativa a tutela del consumatore non sia emersa come principio autonomo dell’ordinamento comunitario ma come mezzo strumentale necessario per la creazione del mercato comune ¹²⁸ e per il perseguimento dei fini istitutivi ¹²⁹.

¹²⁵ Dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, alle clausole abusive, la multiproprietà, i pacchetti turistici, etc., sul tema L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, rimedi*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹²⁶ S. MARINO , *The Evolution of Harmonisation Process in the Field of EU Consumer Law regarding new EU Directives and Proposals*, Riv. Diritto comunitario e degli scambi internazionali, III, 2012, 241. Nelle prime direttive era sempre contenuta una disposizioni di armonizzazione minima. Questa disposizione era formulata in modi diversi, prevedendosi in alcuni casi il controlimite della compatibilità con il Trattato(art.8, direttiva n.93/13/CEE), in altri consentendo che la legislazione nazionale fosse più favorevole al consumatore (art.8, direttiva n. 85/577/CEE), in altre specificando che gli Stati membri potessero sia mantenere sia introdurre disposizioni nazionali di maggior tutela (art.8, direttiva n.90/314/CEE).

¹²⁷ G. ALPA , *Il diritto dei consumatori*, Roma - Bari, Laterza, 1995, 47. Sottolinea l’importanza della svolta del trattato di Amsterdam rispetto all’originario programma di protezione dei consumatori, i cui principi ed obiettivi furono enunciati nella Risoluzione del Consiglio d’Europa del 1975. Solo a partire dal Trattato di Amsterdam è stato istituzionalizzato l’impegno comunitario volto alla “promozione degli interessi dei consumatori e ad assicurare un livello elevato di protezione” di questi soggetti “costituzionalizzato” dall’art. 38 della Carta dei diritti dell’Unione.

¹²⁸ Nella Risoluzione del Consiglio del 2 dicembre 2002 sulla *Strategia per la politica comunitaria dei consumatori 2002-2006* : “I consumatori e le imprese svolgono insieme un ruolo di primo piano nel mercato interno. Un mercato interno funzionante che promuova la fiducia dei consumatori nelle operazioni transfrontaliere ha un impatto positivo sulla concorrenza a beneficio dei consumatori”.

In Italia la tutela del consumatore nasce alla fine degli anni '80 come tutela della salute fisica del medesimo. Il D.P.R. 24 maggio 1988 n.223, attuazione della Direttiva 85/374/CEE, stabilisce, per la prima volta, la responsabilità del produttore per i danni cagionati da difetti dei suoi prodotti. Successivamente, con il D.lgs. 15 gennaio 1992 n.50, in attuazione della Direttiva 85/577/CEE, vengono introdotte le garanzie per il consumatore che stipula un contratto fuori dai locali commerciali, con esclusione di quelli aventi ad oggetto beni immobili, la fornitura di prodotti alimentari e quelli assicurativi e finanziari. Al consumatore è concesso il cd. "*ius poenitendi*", cioè il diritto di recesso senza specificare alcun motivo e senza incorrere in alcuna sanzione, da esercitare entro sette giorni. In Italia, le norme sui diritti dei consumatori hanno trovato collocazione o in leggi speciali o sono state inserite nel codice civile, come in materia di clausole contrattuali abusive. L'interesse del legislatore è stato quello di offrire al consumatore strumenti adeguati per tutelarsi ¹³⁰ nei casi in cui si fosse vincolato ad un contratto i cui processi di informazione non avessero fornito le garanzie relative alla formazione di un consenso informato. Con l'introduzione degli artt. 1469-*bis* e ss. (modificati dal D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del Consumo, il quale ha sostituito gli artt. 1469 bis c.c. a 1969 *sexies* c.c. con il nuovo 1469 *bis* c.c.) nel Codice Civile per la prima volta il legislatore assicura una tutela effettiva al consumatore/utente. La conseguenza della predisposizioni di clausole ritenute abusive è

¹²⁹ S.RODOTÀ, *La persona*, in C. CASTRONOVO - S.MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, GIUFFRÈ, 2007, 21. Considerando nel suo insieme il sistema giuridico europeo, si continua tuttavia a scorgere una forte dialettica tra riduzionismo economico e tutela della persona in tutta la ricchezza della sua esistenza. La normativa europea ha privilegiato l'attenzione per la persona nella dimensione del consumo, facendo appunto della tutela del consumatore uno degli oggetti primari della sua attenzione. Un obiettivo sicuramente di grande importanza, con effetti decisivi nella legislazione degli Stati membri, ma parziale, perché considera la persona unicamente dal punto di vista del mercato.

¹³⁰ P. BARTOLOMUCCI (nt.84), 1421 ss. Ribadisce come «nonostante tale diversificazione degli approcci, la contrattazione in termini di consumo sembra comunque caratterizzata dall'impossibilità (economica, informativa, contrattuale) da parte del contraente debole di incidere sul contenuto del contratto e sulle singole pattuizioni in esso contenute».

l'inefficacia delle stesse e di conseguenza la loro inapplicabilità, mentre, ai sensi degli articoli 1341 e 1342 c.c. , una semplice doppia sottoscrizione¹³¹, peraltro non rifiutabile per ottenere il bene o il servizio, bastava ad aggirare l'ostacolo. La tutela appena descritta, tuttavia, è pur sempre una tutela negativa del consumatore¹³², una normativa dettata per evitare che la persona subisca un danno derivante dal potere contrattuale dell'imprenditore. Una tutela positiva, invece, è riscontrabile nelle disposizioni della L. 30 luglio 1998 n.281 recante la *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*. L'art. 1 enuclea i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti (tutela della salute, adeguata informazione e corretta pubblicità, educazione al consumo, correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi), quelli che Guido Alpa definisce "*i diritti essenziali*"¹³³ dei consumatori. L'art. 1 della legge si richiama ai principi della normativa comunitaria attribuendo un rilievo autonomo alla tutela del consumatore, oltrepassando quello della funzione strumentale alla realizzazione di un assetto efficiente di mercato concorrenziale ed elevando a contenuto di diritti "fondamentali" del consumatore istanze contenute nell'art. 153¹³⁴ del Trattato di Amsterdam,

¹³¹ *Supra* CAPI, § 3.

¹³² Così Cass., sez. VI civ., 14.03.2017, 6634, «La qualità di consumatore del soggetto persona fisica è esclusa solo se egli svolge un'attività professionale autonoma indirizzata al mercato o agisce per uno scopo ad essa connesso, nel qual caso acquisisce la qualificazione di professionista».

¹³³ L'espressione secondo G. ALPA, *I diritti dei consumatori e degli Utenti*, Milano, Giuffrè, 2001, 18, sembra allora da intendersi, in modo meno aulico, come diritti essenziali, diritti che non possono essere violati senza adeguata sanzione.

¹³⁴ L'art. 153 stabilisce che «al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori ».

che sostituisce l'art. 129 A¹³⁵ e che ora trova collocazione nell'art.169 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹³⁶.

Ulteriore esempio di tutela positiva del consumatore è dato dal D.lgs. 2 febbraio 2002 n.24, attuazione della Direttiva 1999/44/CEE, sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo. Il consumatore ha il diritto, a cui corrisponde l'obbligo del venditore, di ottenere un bene conforme alle disposizioni contrattuali. Nel nostro ordinamento il diritto dei consumatori diviene protagonista di un distinto micro-sistema legislativo¹³⁷, le norme vengono raggruppate in un codice di settore: il Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n.206)¹³⁸, *Bill of rights* dei diritti materia diritti dei consumatori. La tutela del consumatore è riconducibile alla necessità di tutelare il soggetto debole nel rapporto con il professionista che nella formazione del regolamento contrattuale si pone in *fisiologica supremazia*¹³⁹. La figura del consumatore si afferma nei numerosi interventi comunitari come mezzo per riequilibrare il trattamento riservato a categorie di persone con riferimento a determinati atti e rapporti. La circostanza che tra le competenze dell'Unione rientri anche la tutela dei diritti fondamentali della persona determina la rilevanza dello *status* personale dei soggetti del

¹³⁵ Con il trattato di Maastricht del 1992 la politica di protezione dei consumatori ha acquisito maggiore risalto autonomo soprattutto per l'inserimento di un articolo *ad hoc*, l'art. 129 A. Con questo nuovo articolo, da una parte, si ebbe la conferma che la Comunità poteva intervenire nel settore dei consumatori nel quadro della realizzazione del mercato interno e, dall'altra parte, venne prevista la novità che la Comunità poteva intraprendere azioni specifiche nel settore dei consumatori svincolate dalla politica di realizzazione del mercato interno, purché a sostegno e integrazione della politica di protezione dei consumatori svolta dagli Stati membri e nel rispetto del principio di sussidiarietà. Così R. TORINO, *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014, 59.

¹³⁶ Cfr. M.C. CHERUBINI (nt.60), 156. Ne costituisce conferma il riferimento, contenuto nell'art. 153, 1 co. del Trattato istitutivo, ad istanze quali la tutela della salute, la sicurezza e qualità di prodotti e servizi, e la stessa educazione al consumo.

¹³⁷ Sul diritto dei consumatori V. ampiamente G. ALPA (nt.133), che sul punto specifica come «occorreva infatti recuperare nel diritto interno, vera e propria fotografia del diritto comunitario, quella coesione che fa difetto al secondo ed è più connaturale al primo».

¹³⁸ Cfr. A. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, Giuffrè, 2008, 292.

¹³⁹ Cfr. A.M. BENEDETTI (nt. 9), 375.

mercato, in particolare rilevano gli *status di protezione*, situazioni che evidenziano una condizione di debolezza di soggetti appartenenti ad una categoria socio-economica rispetto agli appartenenti alla contrapposta categoria c.d. “forte”¹⁴⁰. Tuttavia queste forme di soggettività rivelano minor compattezza ed omogeneità di quanto non si è portati a credere. Quando si parla di categorie deboli e forti si allude a gruppi che appaiono, nella realtà, indeterminati nella stessa composizione di soggetti che vi appartengono. La fonte primaria dalla quale derivare l’originale formulazione della nozione di consumatore è di matrice europea.

Il legislatore ha dato una nozione di consumatore nella direttiva 93/13/CEE in tema di clausole abusive¹⁴¹, definizione che è stata ripetuta nel Codice del consumo: *consumatore o utente è la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta* (art. 3, co. 1, cod. cons.). I caratteri delineati dalla norma per l’individuazione della figura del consumatore fanno emergere l’importanza della qualifica soggettiva dell’autore dell’atto giuridico. Consumatore è il soggetto idealmente contrapposto al professionista, il quale merita protezione proprio perché mosso da bisogni relativi al consumo e quindi bisogni spesso irrinunciabili e fondamentali. L’interpretazione della nozione di consumatore¹⁴² riveste un’importanza fondamentale, posto che da essa dipende l’estensione della

¹⁴⁰ Sul tema G. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, Laterza, 1993, 37 ss.

¹⁴¹ La CGUE conformemente a questa definizione ha escluso che possa definirsi consumatore anche un’impresa. CGUE sez. III, 22 novembre 2001, C- 541/99, con nota di V.P. SANNA, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 54.

¹⁴² R. PARDOLESI (nt.75), 137. Il grosso delle tensioni si scarica sulla nozione di consumatore. Si tratta di una figura metaforica che intende portare in esponente il profano, sprovvisto di competenza specifica sull’affare che conclude, disarmato rispetto all’agguerrita esperienza di chi è attivo stabilmente nel settore, pressato dal bisogno ma nella pratica impossibilità di acquisire il bagaglio di dati necessari ad orientare correttamente la sua decisione, intrappolato in un traffico di massa che gli toglie ogni respiro per meditare.

tutela sostanziale accordata alla parte debole del rapporto contrattuale. Le varie direttive in materia di contratti dei consumatori (le quali offrono singolarmente definizioni di consumatore strumentali al proprio specifico ambito di intervento) permettono di ricavare, in ambito europeo, una nozione generale di consumatore orientata in senso negativo. La definizione che si ricava dalle direttive prende in considerazione la sola persona fisica la quale agisce per fini che non rientrano nella propria attività professionale, commerciale o imprenditoriale e svolge un'attività diretta al soddisfacimento di esigenze personali, proprie o della propria famiglia e non comunque connesse alla propria attività professionale ¹⁴³. Si tratta di una definizione minimale ¹⁴⁴ in quanto prende in considerazione la sola persona fisica, contrariamente a quanto previsto in altri ordinamenti nazionali in cui viene considerato consumatore (ai fini dell'applicabilità delle norme di tutela) anche la persona giuridica, ritenendosi in tali ordinamenti che le ragioni che giustificano un intervento a favore del soggetto consumatore possano ricorrere con riferimento ad alcune tipologie di persone giuridiche¹⁴⁵. Da tale limitazione è scaturito un acceso dibattito dottrinale relativo alla possibile estensione analogica della tutela prevista per il consumatore anche agli enti e alle persone giuridiche data la posizione di debolezza e squilibrio negoziale nella quale gli stessi enti o persone giuridiche possono trovarsi nella singola contrattazione ¹⁴⁶. La nozione

¹⁴³ Così CGUE , 25 gennaio 2018, C-498/16.

¹⁴⁴ Sulla definizione di consumatore G. ALPA , *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, II, 206 ss., in tal senso specifica « una definizione al tempo stessa minimale e negativa: minimale perché prende in considerazione la persona fisica; negativa, perché indica ciò che l'individuo non deve fare per poter essere considerato consumatore».

¹⁴⁵ H. Schulte-Noelke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium: the Consumer Acquis and its trans position in the Member States*, 2008, Sellier- de Gruyter, 461. There are norms in AUSTRIA, BELGIUM, CZECH REPUBLIC, GREECE, SPAIN which treat legal persons as consumers. In the UNITED KINGDOM the law varies: whereas the case-law has declared that a company may “deal as a consumer” within the meaning of UCTA, in other consumer protection instruments only a natural person can be a consumer.

¹⁴⁶ C. PERFUMI, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze di mercato*, in *Danno e Responsabilità*, 2003, VII, 708.

letterale di consumatore data dall'art. 3 cod.cons. sembra escludere chiaramente questa possibilità, lasciando così prive di tutele le persone giuridiche e gli enti *no profit*. La precisa dizione "persona fisica" non si presta ad un'interpretazione estensiva della norma per cui, secondo il principio *in claris non fit interpretatio*, solo le persone fisiche possono beneficiare della tutela apprestata in favore del consumatore. Tuttavia in varie occasioni è stata sollevata una questione di legittimità dell'art. 1469 *bis* c.c., per la sussistenza di disparità di trattamento *ex* art. 3 Cost. tra persone fisiche e altri soggetti, comunque deboli, esclusi dalla tutela. La questione di legittimità dell'art. 1469 *bis*, co. 2, c.c., ora art. 3, co. 1, lett. *a*) e *c*) del cod.cons. in ordine all'estensione della nozione di consumatore in favore della categoria dei professionisti deboli è stata rigettata in diverse occasioni ¹⁴⁷dalla Consulta che l'ha ritenuta non fondata.

Se è vero che negli anni la dottrina e la giurisprudenza hanno offerto nozioni più ampie della nozione di consumatore, considerando alla stregua del consumatore il condominio¹⁴⁸ e così nell'ambito inerente alle pratiche commerciali scorrette, in relazione alla ricomprensione c.d. microimprese nell'ambito di applicazione delle norme, tuttavia, risulta prevalente l'ancoraggio al dato letterale.

Ai fini della precisa definizione della figura del consumatore il criterio teleologico risulta determinante: affinché un soggetto venga considerato professionista e non consumatore, ai sensi dell'art. 3 cod.cons., non è indispensabile che egli stipuli il contratto nell'esercizio dell'attività

L'inadeguatezza dell'elaborazione normativa fornita a rispondere effettivamente alle esigenze di certezza ed efficienza tra gli operatori del mercato concorrenziale è stata denunciata in diverse occasioni in cui la giurisprudenza di merito ha cercato di forzare dall'interno l'angusta fattispecie definitoria di consumatore, per individuare le ragioni giuridiche sulle quali poggiare un'interpretazione estensiva.

¹⁴⁷ In tal senso C. Cost., ord. 30 giugno 1999, n.282; C.Cost., ord. 20 novembre 2002, n.469; C. Cost., ord. 16 luglio 2004, n.235.

¹⁴⁸ In tal senso Cass., sez. III civ., 24 luglio 2012, n.12911.

propria della professione o dell'impresa ma è sufficiente che lo concluda al fine dello svolgimento di tale attività¹⁴⁹. Il *discrimen* tra la figura del consumatore e quella del professionista non è la qualifica di imprenditore o professionista ma lo scopo dell'azione valutato nella circostanza concreta. L'occasionalità e la non professionalità potrebbero indurre, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che coloro che agiscono in queste circostanze non abbiano la competenza per negoziare, ma ciò deve essere verificato in ogni singolo caso¹⁵⁰.

Anche la Cassazione¹⁵¹ segue la tesi restrittiva secondo cui consumatore è soltanto il soggetto persona fisica. Secondo questa tesi sono esclusi dalla tutela accordata a questa figura tutti gli enti e le persone fisiche che agiscono nello svolgimento della propria attività. Attestato che affinché un soggetto possa essere qualificato come consumatore deve agire per fini non professionali o imprenditoriali (e la debolezza in tal senso sarebbe

¹⁴⁹ Cass., sez. III civ., 5 luglio 2018, n.17586, in cui si esplicita che affinché ricorra la figura del professionista non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale.

¹⁵⁰ C. Cost., 20 novembre 2002, n.469, con nota di A. SABATUCCI, *Ambito di applicazione dell'art. 1469 bis c.c. e questioni di legittimità costituzionale*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2003, 666. La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare: onde la logica conseguenza dell'esclusione della disciplina in esame di categorie di soggetto- quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori- che proprio per l'attività svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità.

¹⁵¹ Così Cass, sez. I civ., 7 aprile 2017, n.9070, testualmente «la qualifica di “consumatore” spetta solo alle persone fisiche e, alla stregua di ciò, la persona fisica che svolga attività professionale o imprenditoriale potrà essere considerata consumatore soltanto nel caso in cui concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di tali attività»; in tal senso anche Cass. Civ., sez. VI, 23 giugno 2013, n. 21763, testualmente «la qualifica di “consumatore” spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività».

conseguenza della prima caratteristica) eventuali abusi che i professionisti “più deboli” possono subire da quelli più forti trovano rimedio altrove¹⁵².

La messa in discussione dell’effettività di una tutela che esclude soggetti che alla pari del consumatore potrebbero trovarsi in una situazione di debolezza ha messo in crisi la centralità della figura del consumatore. Da quando nella normativa europea è emersa la figura del consumatore è emerso il problema della sua delimitazione e della possibilità di poter estendere¹⁵³ la tutela a tutti i fruitori dei prodotti di impresa che subiscono il potere contrattuale del professionista. Se la *ratio* delle norme risiede nella rimozione dei fattori (fisiologici) che danno luogo alle asimmetrie, non si può non riconoscere che la stessa esigenza sussista anche quando la parte contraente sia un professionista¹⁵⁴.

Tali argomentazioni trovano riscontro e sono conformi agli orientamenti PDEC, a quelli dei Principi *Acquis* e del DCFR, in cui si coglie un’operatività non limitata ai contratti del consumatore.

Come abbiamo visto¹⁵⁵, nei PDEC, la figura del consumatore non è tipizzata e la disciplina ivi prevista rileva per la contrattazione asimmetrica.¹⁵⁶

¹⁵² Cfr. F. RINALDI (nt.33), 45. Ad esempio, se l’abuso viene perpetrato tramite l’imposizione di clausole vessatorie, la tutela del “professionista debole” andrà ricercata nell’applicazione degli artt. 1341 e 1342 c.c.. Un importante strumento di tutela per i “professionisti deboli” può essere ravvisato anche nelle norme dell’ordinamento interno poste a tutela della libera concorrenza tra imprese.

¹⁵³ «L’innegabile frantumazione di una figura, peraltro solo puntualmente definita, da una parte vede il consumatore, o meglio, la sua nozione, specificarsi e, contemporaneamente, dilatarsi, nella figura ora dell’assicurato, ora del cliente, ora dell’investitore »così testualmente L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir.priv.*, 2010, III, 687.

¹⁵⁴ In presenza di una contrattazione diseguale, l’asimmetria tra le parti è intrinseca al procedimento stesso di formazione del contratto, prescindendo dal suo specifico contenuto e dall’attività professionale del contraente debole. Così M.L. CHIARELLA (nt.59), 111.

¹⁵⁵ V. CAP I § 1.1.1.

Sostanzialmente i PDEC non si occupano dei contratti con il consumatore ma più in generale di contratti asimmetrici estendendo a questi contratti le regole che inizialmente erano state concepite per i soli contratti dei consumatori, e il presupposto per l'applicabilità delle regole è che siano in gioco rapporti non individualmente negoziati, come *supra* ricostruito. L'estensione della disciplina di protezione oltre la sponda consumistica si trova enunciata anche nell'introduzione al DCFR, dove si esprime l'idea che non solo i consumatori hanno il bisogno di tutela nelle relazioni contrattuali, perché questo bisogno riguarda anche altri soggetti di mercato (in particolare le piccole imprese). Il DRAFT, considera i contratti del consumatore ma come categoria marginale e disciplina la categoria dei contratti asimmetrici *tout court*. I redattori del DRAF hanno inserito norme dedicate ai rapporti contrattuali tra “*business*” e “*another person*” (quindi che sia indifferentemente un consumatore o un professionista) e norme che regolano la contrattazione tra imprese “*contracts between business*”. Conferma ulteriore si trova nella Proposta di diritto comune europeo della vendita della Commissione (CESL, secondo l'acronimo inglese), poiché è previsto si applichi, seppur con delle differenze, sia ai contratti tra imprese e consumatori (B2C) sia ai contratti tra imprese (B2B)¹⁵⁷. Nel panorama attuale, sebbene apparentemente il settore dei contratti di impresa possa sembrare un ambito estraneo alle logiche di protezione del soggetto debole, soprattutto sul versante comunitario, si manifesta una particolare attenzione nel regolare i contratti *Business to business*.

¹⁵⁶ Sotto questo profilo, i Principi europeo confermano la transizione dal contratto del consumatore alla più generale figura del contratto con asimmetria di potere contrattuale. V. V. ROPPO, *Contratti di diritto comune, del consumatore, con asimmetria di potere contrattuale*, in *Contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011, 89.

¹⁵⁷ La proposta è stata concepita per la disciplina dei rapporti tra imprese e consumatori e tra imprese, attraverso la previsione di una serie di norme applicabili in via generale, insieme a norme più protettive applicabili solo ai rapporti con i consumatori. Sul tema e in particolare riferimento alla CESL G. D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita*, in *I Contratti*, 2012, VII, 628.

2. *Contrattazione asimmetrica tra imprese: dalla protezione del consumatore alla protezione dell'impresa "debole"*

Nell'ambito del *genus* della contrattazione diseguale, considerando che l'asimmetria può essere presente anche nei rapporti endoprofessionali, il legislatore è intervenuto nel regolare con diversi provvedimenti aspetti dei contratti *Business to business*.

Tra le varie fattispecie figurano gli interventi sulla subfornitura, sull'affiliazione commerciale, sui ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali e sull'agenzia¹⁵⁸. Si tratta di interventi eterogenei che trovano punto di raccordo nell'attenzione nel voler tutelare l'impresa che si trovi in una condizione di disparità di potere contrattuale¹⁵⁹.

In particolare, nell'art.9, in materia di abuso di dipendenza economica, la dottrina rinviene un principio generale volto ad affermare che *nei contratti tra imprese non sarebbe consentito alla parte dotata di maggiore forza contrattuale di imporre all'altra un regolamento contrattuale iniquo*¹⁶⁰. Il divieto di abuso di dipendenza economica avrebbe, quindi, una ampiezza tale da comprendere tutti quei rapporti nei quali un imprenditore approfitti della sua posizione di forza nei confronti di un altro imprenditore¹⁶¹.

¹⁵⁸ *Supra* CAPI, § 1.1.2.

¹⁵⁹ Così testualmente M.L. CHIARELLA (nt.59), 122 «l'obiettivo della regolazione dei contratti asimmetrici tra imprese, non è quello di limitarsi a correggere le asimmetrie del mercato, ma altresì di migliorare la certezza giuridica e favorire l'integrazione e l'efficienza del mercato, nonché la stabilità delle negoziazioni e, in tal modo, la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali nel mercato unico».

¹⁶⁰ Pur se inserito in una legge speciale il divieto di abuso di dipendenza dominante appartiene alla disciplina generale del contratto, in quanto pone un limite di fondo alla autonomia privata. Di questo avviso anche C.M. BIANCA (nt. 62), 405.

¹⁶¹ Cfr. A. SCARSO (nt.74), 10.

Questa nuova area di regolazione è stata fatta confluire sotto il *nomen iuris* di terzo contratto¹⁶². A livello europeo l'obiettivo che ispira la regolazione di contratti *Business to business* è il contrastare e cercare di reprimere comportamenti abusivi che minaccino l'efficienza delle relazioni fra imprese. Si cominciò a sentire l'esigenza di offrire un'adeguata tutela anche al c.d. "imprenditore debole" poiché ci si rese conto che anche nei rapporti tra imprenditori è spesso ravvisabile una diversa forza contrattuale tale da danneggiare l'impresa più debole e recare un pregiudizio al mercato ed ai suoi consumatori finali¹⁶³. Il concetto di "imprenditore debole" non è di agile definizione dal momento che le ragioni che possono determinare la debolezza di un imprenditore possono essere diverse e legate allo specifico rapporto con un altro imprenditore¹⁶⁴. Dal momento che le ragioni alla base della debolezza sono legate a fattori diversi risultò più efficace una valutazione *ex post* che andasse a verificare se, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, effettivamente l'imprenditore si fosse trovato in una situazione di debolezza.

La direttiva 2002/47 sui contratti di garanzia finanziaria è un esempio di regolazione comunitaria dei contratti B2B. L'art 1.2 stabilisce che le parti di esso, il "beneficiario" o il "datore di garanzia" sono soggetti che non presentano le caratteristiche tipiche del consumatore: o perché non sono persone fisiche o perché agiscono per scopi rientranti nella loro attività professionale.

¹⁶² *Supra* CAPI, § 1.1.2.

¹⁶³ Rileva E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto"*, in *Contr. e Impr.*, 2009, I, 124, che la stessa Unione Europea non ha previsto espressamente alcuna normativa di protezione per l'imprenditore debole, e ciò al fine di evitare ostacoli al libero gioco della concorrenza.

¹⁶⁴ Così testualmente E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. Contr.*, 2008, I, 10, «la qualità di imprenditore deve essere accertata in concreto essendo, tale status, momentaneo e occasionale. L'ordinamento non dovrebbe apprestare tutela all'imprenditore in generale ma a colui che viene a trovarsi in una situazione di debolezza rispetto ad un altro».

La direttiva 2007/64/CE ,sui servizi di pagamento, al Considerando 20 specifica l'applicazione delle disposizioni protettive a tutti gli utilizzatori dei servizi a prescindere dal proprio *status*. Anche nella direttiva sui pacchetti turistici si introduce una disciplina valevole per i viaggiatori e non riservata ai consumatori¹⁶⁵.

Sono interventi che, sulla base della *eadem ratio*, estendono la protezione accordata dal consumatore a contraenti diversi ma allo stesso tempo meritevoli della medesima tutela.

Nella logica di protezione della parte debole, in una logica di superamento di *market failures*, possono essere menzionate ancora due direttive: la direttiva 86/653/CEE sugli agenti di commercio e la direttiva 2000/35/CE sui ritardi di pagamento dei crediti commerciali. Nella direttiva 86/653/CEE l'agente viene protetto contro l'operatore professionale, generalmente un'impresa. La direttiva 2000/35/CE riguarda i rapporti *tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni* (coprendo quindi esclusivamente i rapporti B2B) che abbiano per oggetto *la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo* (art.2 n.1). Di questa estensione dei soggetti protetti al di là della categoria dei consumatori si colgono segni chiari negli sviluppi della legislazione, a livello domestico e a livello comunitario.

2.1. Riferimenti sul piano europeo: *Le pratiche commerciali sleali*

Particolare attenzione merita la disciplina sulle pratiche commerciali sleali. Oltre ad imporre obblighi informativi nei rapporti con i consumatori, l'Unione Europea è intervenuta dapprima con a disciplina della pubblicità ingannevole (Direttiva 84/450/CEE del 10 settembre 1994 relativa al *ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed*

¹⁶⁵ Cfr. v. ROPPO (nt.123), 271.

amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole) e da ultimo disciplinando il fenomeno delle prassi commerciali scorrette. Con il controllo sui comportamenti commerciali delle imprese si è giunti ad una estensione della tutela dei consumatori da un piano meramente formale ad uno sostanziale: si è partiti disciplinando la pubblicità che in qualsiasi modo fosse in grado di indurre in errore le persone a cui era rivolta, anche solo potenzialmente, fino ad arrivare a pretendere dalle imprese comportamenti leali in ogni fase dell'operazione commerciale ¹⁶⁶.

Arginare i comportamenti imprenditoriali che pregiudicano slealmente il soggetto debole dello scambio è indispensabile affinché i consumatori non risultino penalizzati e tra i *competitors* non emerga il più spregiudicato a scapito del più efficiente. La disciplina prevista dalla direttiva dell'Unione Europea 29/2005/CE per il contrasto delle *pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno*, divenute pratiche commerciali *scorrette* in sede di attuazione nazionale all'interno del Codice del consumo, ha principalmente come scopo quello di bilanciare la marcata asimmetria di potere contrattuale che avvantaggia l'operatore professionale del mercato rispetto al consumatore. Nel disegno del legislatore europeo, così come emerge dai Considerando 2-6 e 12 della Direttiva, la disciplina è funzionale non solo a garantire adeguata protezione alla libertà di compiere scelte consumeristiche con l'obiettivo di favorire l'operare efficiente del mercato interno, ma anche a garantire un livello di omogeneità all'interno del territorio dell'Unione ¹⁶⁷. Mentre il grado di

¹⁶⁶ Si è partiti disciplinando l'ingannevolezza della sola pubblicità, quale forma statica di comunicazione e promozione di beni e servizi al consumatore, per arrivare a pretendere dalle imprese comportamenti commerciali leali, vale a dire non ingannevoli e non aggressivi, e controllare così qualsiasi condotta messa in atto in ciascuna fase dell'operazione commerciale, dalla promozione alla vendita, alla post-vendita. Questa la ricostruzione di C. BIASIOR, *Europa e Consumatori*, in G. BENACCHIO- F. CASUCCI, *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017, 190.

¹⁶⁷ Sulla funzionalità dell'armonizzazione massima M BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, 2016, 8. Il rilievo programmatico di questa omogeneità è poi confermato dal ricorso alla tecnica

armonizzazione delle legislazioni nazionali consumeristiche prospettato dalla Commissione in occasione del Libro Verde sulla tutela dei consumatori dell'Unione Europea era minimo, la Direttiva impone un grado di armonizzazione massimo ¹⁶⁸.

L'attività del contraente professionale è disciplinata dalla legge a partire dalla fase antecedente il contratto. In questa fase, nell'occhio del mirino, vi sono tutte quelle "pratiche commerciali" poste in essere dal professionista. L'anticipazione della tutela rispetto alla vicenda negoziale (che ricomprende la fase precontrattuale) fa emergere, come abbiamo visto nel capitolo precedente, relativamente alla effettività di una tutela incentrata su obblighi informativi, la necessità di intervenire in una fase antecedente al negozio incidendo maggiormente sulla consapevolezza di scelta del consumatore ¹⁶⁹. Il fulcro della costruzione normativa risiede nell'obbligare il professionista ad astenersi da comportamenti (tanto commissivi quanto omissivi) idonei a pregiudicare la libertà di scelta del consumatore, qualificato come *medio* ¹⁷⁰.

dell'armonizzazione completa, che fissa un limite a misure nazionali più protettive rispetto allo *standard* comune, al fine di evitare una strumentalizzazione per porre barriere surrettizie ai liberi scambi intracomunitari.

¹⁶⁸ Sull'efficacia dell'armonizzazione massima G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2008, 6, spiega come le profonde differenze tra gli ordinamenti impedirebbero agli operatori di adottare pratiche commerciali uniformi, costringendoli così a realizzare pratiche diversificate con il conseguente aggravio di costi e di rischi. Parimenti, per i consumatori, la disarmonia tra le varie legislazioni si pone come un ostacolo alla contrattazione transfrontaliera dato che è impossibile per loro conoscere appieno i vari ordinamenti e i vari strumenti di tutela.

¹⁶⁹ Così testualmente P. BARTOLOMUCCI (nt. 84), 1425, «Al fine di garantire la piena consapevolezza rispetto alle scelte economiche che è chiamato a compiere, l'esigenza di trasparenza e di completezza delle informazioni si anticipa rispetto alla fase negoziale».

¹⁷⁰ Sulla nozione di consumatore medio così testualmente M. BERTANI (nt. 167), 3, «quale fulcro dell'intero sistema, sarà pertanto la nozione di *consumatore medio* ad offrire il criterio di discriminare per stabilire quali comportamenti la diligenza esigibile dal professionista gli imponga di astenersi dal tenere quando applica una pratica commerciale destinata anche ai consumatori».

Una nozione di pratica commerciale scorretta è fissata dall'art. 5.2 della Direttiva 29/2005. Una pratica commerciale è sleale se *a)* contraria alla diligenza professionale e *b)* idonea a falsare in misura rilevante¹⁷¹ il comportamento economico del consumatore medio. Per pratiche commerciali scorrette (*Unfair Commercial Practices*) si individuano quelle prassi di allocazione dei beni e dei servizi nel mercato non rispondenti alle *best practice* commerciali in quanto idonee ad influenzare l'atteggiamento degli operatori economici e a falsare le regole che governano la libera concorrenza¹⁷². Rilevano tutte quelle condotte poste in essere nell'*iter* di un'operazione commerciale in *relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori* (art.18 cod.cons. lett. *d*))che siano idonee ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe mai preso (art. 18 cod.cons. lett. *e*)¹⁷³. Risultando la Direttiva impostata sull'armonizzazione completa, il legislatore europeo si è fatto carico di dettare regole precise volte a definire quando una pratica commerciale deve ritenersi sleale (o “scorretta ” secondo la terminologia del legislatore nazionale) e di conseguenza vietata. Accanto alla c.d. *black list* di pratiche da ritenersi in ogni caso vietate il legislatore indica quando una pratica, seppur non inserita nella lista nera, debba essere ritenuta “ ingannevole”, art. 21 cod.cons. , o “aggressiva”, art. 24 cod.cons , ed infine ponendo una norma di chiusura che indica i presupposti per cui una pratica anche se non riconducibile in quelle indicata *supra* sia scorretta . Questi riferimenti chiariscono in che termini la disciplina recepita nel codice del consumo sia idonea ad incidere sulla dinamica contrattuale e fanno trasparire una

¹⁷¹ L'art. 20.2 cod. cons. riporta una definizione analoga limitandosi a sostituire l'aggettivo “rilevante” con la variante “apprezzabile”.

¹⁷² Cfr. S. LANDINI, *Pratiche commerciali scorrette e clausole abusive nell'assicurazione danni*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli, 2011, 171.

¹⁷³ Cfr. L. ROSSI CARLEO (nt.27), 15.

divisione tra pubblicità, cioè l'immagine del prodotto che trasmette il professionista, e pratiche sleali, attinenti alle modalità attraverso le quali l'oggetto viene portato all'attenzione del consumatore. Benché la direttiva nasca a beneficio dei consumatori, essa è operante anche nei rapporti tra imprese¹⁷⁴. Le pratiche commerciali scorrette sono la prova che una disciplina nata per l'area delle relazioni B2C meriti di essere estesa anche ai settori delle relazioni B2B caratterizzate da una asimmetria analoga: a quelle imprese che per la loro posizione di mercato soffrono asimmetrie di potere contrattuale nei rapporti con altre imprese dotate di *bargaining power*. Il legislatore comunitario specifica al Considerando 8 che la direttiva *tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale. Resta inteso che esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti.*

La novità della disciplina risiede per l'appunto nell'estensione dell'intervento ai rapporti B2B. Nella sua impostazione primigenia la Direttiva era rivolta solamente ai rapporti B2C¹⁷⁵ ma l'art. 7 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1 ha inserito nel Codice del Consumo le microimprese estendendo anche loro la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. In questo modo la disciplina non è rivolta solo al consumatore ma si estende ad ogni attività economica (compresa quella del professionista intellettuale)

¹⁷⁴ Ciò si colloca nel solco di quella tendenza volta a regolare le asimmetrie contrattuali, andando oltre le ristrette logiche consumeristiche. In tal senso R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 2011, V, 334.

¹⁷⁵ Così testualmente J. STUYCK- E. TERRY- T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on un fair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2006, 135. «The UCPD only addresses fairness of commercial practices in B2C relations. (...) consequently, *per se* national prohibitions can of course be maintained outside the harmonized field (for instance in B2B relations). However, the implementation of the UCPD in Member States that now have an integrated B2C and B2B approach will necessarily pose several challenges: either these Member States need to align the B2B unfair competition law on the B2C UCPD rules or they must give up their integrated approach».

con dei limiti quantitativi. Il legislatore inserisce all'art 18, co. 1, c. cons., la lett. *d-bis*, definendo con il termine "microimprese" tutte le entità che a prescindere dalla forma giuridica esercitano attività artigianali a titolo individuale o familiare. Il legislatore si è limitato a modificare solamente gli artt. 18 e 19 cod.cons. (quest'ultimo ha esteso la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ai "rapporti tra professionisti e microimprese") senza toccare gli artt. 20-26 cod.cons. che continuano a fare riferimento ai consumatori¹⁷⁶. Nonostante l'intervento normativo sia risultato poco chiaro in alcuni punti, ha il merito di aver fornito una tutela più incisiva: il legislatore ha esteso la tutela del consumatore rispetto al professionista alle microimprese presumendo la loro debolezza derivante dalle dimensioni imprenditoriali esigue (individuate dallo stesso legislatore).

La *ratio* di questa estensione risiede nel considerare che l'impresa debole possa trovarsi in una situazione analoga a quella del consumatore¹⁷⁷, e pertanto necessiterebbe della medesima tutela¹⁷⁸. Si registra una tendenza della legislazione a traslare l'attenzione dalla debolezza insita nello *status* di

¹⁷⁶G. ALPA, *Il codice del consumo*, in G. ALPA - A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, il Mulino, 2016, 161, secondo il quale in tale contesto l'AGCM, per poter intervenire sulle pratiche commerciali tra professionisti e microimprese deve necessariamente fare i conti con l'assenza, nell'attuale codice del consumo, sia dei criteri in base ai quali una pratica commerciale tra siffatti soggetti debba considerarsi scorretta, sia di una norma che richiami, i criteri già codificati per le pratiche tra professionisti e consumatori.

¹⁷⁷T. D'ANDRIA, *Dalla tutela del consumatore alla tutela del cliente nel contratto di assicurazione*, in *Notariato*, 2015, IV, 417. Ci sono molte piccole imprese, quali bar, tabaccherie ed altri piccoli esercizi commerciali che difettano di un grado specifico di alfabetizzazione soprattutto finanziaria. Talvolta, infatti, i contratti sono così complessi che neppure il cliente istruito, avveduto e consapevole li padroneggia.

¹⁷⁸Così testualmente G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto contrattuale*, in G. CIAN (a cura di), *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* (Atti del Convegno di Studi per il cinquantenario della Rivista di Diritto Civile, Treviso, 23-25 marzo 2006), in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 50, «Ipotizzare che il professionista, solo perché tale e perché agisce come tale, sia sempre in grado di difendersi, significa andare contro la realtà; si pensi all'imprenditore piccolo o piccolissimo. Non vi è ragione perché ciò che giova al consumatore non debba giovare anche al professionista che si trovi, rispetto ad altro professionista, nella stessa condizione del consumatore».

consumatore alla rilevanza di una situazione di effettiva parità nel rapporto contrattuale ¹⁷⁹.

L'estensione della tutela consumistica alle microimprese ¹⁸⁰ allunga la lista degli interventi di protezione delle imprese deboli e contribuisce a rendere più credibile la figura del contratto asimmetrico e del cliente allargando la protezione a soggetti, che seppur diversi dai consumatori devono essere ritenuti deboli sia dal punto di vista dell'acquisizione delle informazioni utili a contrarre sia dal punto di vista di negoziare a condizioni di parità con i professionisti ¹⁸¹.

La Direttiva introduce una nuova figura di consumatore, *il consumatore medio*¹⁸², con un passaggio importante: l'attenzione che in passato si incentrava sull'atto viene a focalizzarsi sull'attività determinando un ampliamento della nozione di consumatore, svincolato dalla posizione di contraente e *destinatario di una tutela non ristretta al momento dell'acquisto ma allargata a promuovere il cittadino che non deve essere ingannato dal mercato* ¹⁸³. La definizione del consumatore medio si trova nel Considerando 18 della Direttiva secondo cui il consumatore medio è colui che è *normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto*,

¹⁷⁹ Cfr. R. ANGELINI (nt.174),334.

¹⁸⁰ T. D'ANDRIA (nt. 177), 113. L'estensione della tutela consumistica alle microimprese non passa però davvero tramite l'estensione della qualifica di consumatore alle microimprese stesse, ma tramite l'affiancamento della nuova figura a quella di consumatore.

¹⁸¹ V. E. LABELLA (nt. 23), 81. Secondo cui «il carattere “debole” di taluni soggetti non si proietta nello schema astratto del negozio concluso, bensì nel suo contenuto, ed è affidando a tali soggetti un rimedio che sani l'eventuale squilibrio delle prestazioni dedotte nel rapporto contrattuale che si tutela più efficacemente il soggetto ritenuto debole».

¹⁸² L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento “ostativo” del professionista tra “ostacoli non contrattuali” e “ostacoli contrattuali”*, in C. RABITTI BEGONO- P. BARUCCI (a cura di), 20 Anni di antitrust l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, Torino, Giappichelli, 2010, 1217, « il soggetto consumatore sfuma in una astrazione, si smaterializza nella figura del consumatore medio, parametro astratto di riferimento, utilizzato al fine della valutazione in termini di scorrettezza della pratica ».

¹⁸³ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir.priv.*, 2010, 700.

tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici. Anche se non definito dalla Direttiva la figura di consumatore non coincide con il consumatore vulnerabile¹⁸⁴ a cui fa riferimento la normativa e la giurisprudenza¹⁸⁵. Il consumatore medio è una figura frutto di un'astrazione schematica, come parametro¹⁸⁶ di valutazione dell'attitudine di una pratica commerciale a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del destinatario finale, e sarà quindi necessario verificare di volta in volta il mercato rilevante e definire la relativa figura del consumatore medio¹⁸⁷. La peculiarità della disciplina introdotta dalle pratiche commerciali scorrette, consiste nel tener distinti i vari obblighi imposti al professionista dal profilo generale della scorrettezza considerato con riferimento alle ricadute dell'attività sul consumatore medio¹⁸⁸. La nuova disciplina tende a tutelare il consumatore, non tanto come soggetto debole, ma quale operatore economico che deve essere posto in una condizione di poter scegliere liberamente tra i tanti operatori nel mercato garantendo così l'affermazione di un mercato sempre più concorrenziale.

¹⁸⁴ La direttiva sancisce il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla considerazione del consumatore quale operatore economico. Sulla nozione di consumatore nella direttiva V. L. ROSSI CARLEO (nt.27), 14

¹⁸⁵ C. BIASIOR (nt. 166), 193. La normativa introduce una nuova figura di consumatore, quella del consumatore medio, da intendersi come un consumatore critico e consapevole, normalmente informato ed avveduto.

¹⁸⁶ Sulla nozione di consumatore medio P. BAROLOMUCCI (nt. 84.), 1417ss, così testualmente «La nozione di consumatore medio permette di un criterio generale di riferimento alla cui stregua valutare i limiti di liceità entro i quali la richiamata persuasività deve essere ricondotta per non essere sleale».

¹⁸⁷ In tal senso CGUE, 4 aprile 2000, n. C-465/98. La Corte di Giustizia Europea ha stabilito che il consumatore medio europeo è in grado di leggere la lista degli ingredienti di un prodotto alimentare prima di acquistarlo e che di conseguenza non può essere tratto in errore dalla semplice dicitura "naturalmente pura" apposta sull'etichetta de prodotto.

¹⁸⁸ L'intervento legato alle pratiche secondo L. ROSSI CARLEO (nt. 27), 707, non riguarda il rispetto delle specifiche disposizioni quanto la rilevanza esterna, con riferimento al consumatore medio, di un'attività "scorretta".

3. Dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente

Il legislatore europeo ha percepito la necessità, in alcune relazioni di mercato, di assicurare una tutela generale alla parte contrattuale ancorata ad una *ratio* più obiettiva: meritano protezione quelle parti che, a prescindere siano esse imprese consumatori o professionisti, si collocano sul lato della domanda del mercato e si relazionano con imprese che somministrano beni e servizi. Questo atteggiamento trova conferma in alcuni esempi. Vi è una regione di contratti in cui non rileva la qualifica di consumatore o professionista ma la posizione di acquirente del bene o del servizio (l'essere cliente)¹⁸⁹.

Questa gamma di rapporti, in dottrina¹⁹⁰, viene identificata come *i contratti del cliente*, prendendo come riferimento una figura che non combacia né con quella del consumatore né con quella del professionista *tout court*. Il settore del mercato finanziario è un settore caratterizzato dalla proliferazione di normative dettagliate che assicurino una tutela nei confronti del cliente finale. In questo ambito la contrattazione passa attraverso intermediari *professionali*, dotati di un sostrato cognitivo che pone il cliente in una situazione tutt'altro che paritetica. Inoltre bisogna sottolineare come nei mercati finanziari l'interesse in gioco non è solo quello del singolo cliente considerando che nel sistema economico il loro stesso funzionamento costituisce un elemento di vitale importanza.

La particolare attenzione accordata al cliente è giustificata non tanto dalla debolezza soggettiva quanto più dalla complessità dei prodotti¹⁹¹. Il cliente è debole in quanto *outsider*, privo delle competenze specifiche che

¹⁸⁹ Cfr. V. ROPPO (nt.10), 73 .

¹⁹⁰ V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 271 ss.

¹⁹¹ Cfr. M.L. CHIARELLA (nt.59), 225. Si assiste all'elaborazione di una serie di regole il cui scopo è quello di compensare lo squilibrio delle posizioni contrattuali e di garantire un livello di tutela adeguato ai fruitori dei servizi finanziari considerata la complessità dei beni negoziati.

possiede l'impresa, quale *insider* della prestazione oggetto del contratto. La complessità dei beni negoziati è la ragione per cui in questo settore l'obbligo di trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza nei rapporti tra intermediari e clientela viene avvertita come un'esigenza di sistema ¹⁹².

La Direttiva 2005/29 , di cui abbiamo parlato *supra*, relativa alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori nel mercato interno, riguarda le pratiche B2B ma *si applica alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori* (art.3)¹⁹³. Il legislatore, al Considerando 8 fa presente che *esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti. La Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un'azione comunitaria in materia di concorrenza sleale al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti della concorrenza sleale.*

Ulteriore esempio può riscontrarsi nel Libro Verde della Commissione sulla revisione del *consumer acquis* ¹⁹⁴. Questa revisione trova il suo punto di partenza nella presa d'atto che la maggior parte delle direttive volte a tutelare i consumatori non rispondono più alle esigenze dei mercati ¹⁹⁵. Tra le questioni oggetto di consultazione, al punto 4.1 allegato I,¹⁹⁶ nella questione definitoria della nozione di "consumatore" e

¹⁹² V. CAP I, § 4. Sull'importanza del principio di trasparenza si veda: CGUE, 30 aprile 2004, C-26/13, in www.dejure.it, la quale ha ribadito che «il principio di chiarezza, trasparenza e comprensibilità delle clausole contrattuali non concerne soltanto il piano formale e grammaticale, ma deve essere inteso in senso estensivo in modo che il consumatore possa valutare, sulla base di criteri precisi ed intellegibili, anche le conseguenze economiche che gli derivano dall'adesione al contratto».

¹⁹³ V. CAP II, § 2.1.

¹⁹⁴ Libro verde sulla «Revisione dell'*acquis* comunitario relativo ai consumatori».

¹⁹⁵ Cfr. N. LUCCHI (nt.64), 207.

¹⁹⁶ Several Member States have granted natural persons acting for purposes which fall primarily outside their trade, business or profession the same protection as consumers. In addition some businesses, such as individual entrepreneurs or small businesses may

“professionista”¹⁹⁷ emerge come alcuni soggetti, che stante alle definizioni dovrebbero essere formalmente classificati come professionisti, concretamente possono trovarsi nella medesima posizione dei consumatori nell’acquistare taluni beni e servizi e pertanto necessiterebbero della medesima tutela¹⁹⁸.

La Commissione, quando si tratta di operazioni “*al dettaglio*”, non distingue tra risparmiatori e consumatori unificando le due qualificazioni soggettive.

Questa politica che segue una linea che va, secondo la dicitura di Roppo, “*dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*”, è posta alla base di numerose direttive. In questa formula che sintetizza la tendenza i contratti potrebbero continuarsi a definirsi B2C (dove C non sta più per *consumer* ma per *customer*) o S2C (*supplier to customer*)¹⁹⁹.

Anche nella L.281/1998 il riferimento della normativa anche agli utenti di servizi e l’accezione di “servizio” propria della disciplina comunitaria inducono a ritenere l’ambito di applicazione della legge esteso ai consumatori-risparmiatori ma anche ai clienti delle compagnie di assicurazione e di banche pur con la limitazione oggettiva, volta ad individuare la figura del consumatore, incentrata sullo scopo dell’acquisto o dell’utenza non riferibile all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta.

sometimes be in a similar situation as consumers when they buy certain goods or services which raises the question whether they should benefit to a certain extent from the same protection provided for to consumers.

¹⁹⁷ I consumatori definiti come le persone fisiche che agiscono ai fini che esulano dalla loro attività commerciale, economica o professionale ed i professionisti come persone (fisiche o giuridiche) che agiscono a fini legati alla loro attività commerciale, economica o professionale.

¹⁹⁸ Cfr. V. ROPPO, *Del contrato con el consumidor a los contratos asimetricos: perspectiva del derecho contractual europeo*, in *Revista de derecho privado*, 2011, 190 ss.

¹⁹⁹ Cfr. V. ROPPO (nt.10), 271.

Nella Direttiva 2006/123 relativa ai servizi in generale il destinatario è definito in termini più ampi di quelli che vanno a recintare la nozione di consumatore. L'art 4, n.3, include tra i destinati *qualsiasi persona fisica che sia cittadino di uno Stato membro o che goda di diritti conferitile da atti comunitari o qualsiasi persona giuridica, di cui all'articolo 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro che, a scopo professionale o per altri scopi, fruisce o intende fruire di un servizio*²⁰⁰.

La direttiva 2000/31, in materia di commercio elettronico, definisce il destinatario come *qualunque persona fisica o giuridica che, a scopi professionali o non, utilizza un servizio della società di informazione*, utilizzando termini molto più ampi di quelli che definiscono la figura del consumatore.

La medesima linea di tendenza si coglie nella regolazione dei servizi di investimento, introdotto dalla MIFID. Con riferimento al mercato degli strumenti finanziari sia la MIFID (acronimo di *Markets in Financial Instruments Directive*) che la MIFID II contengono una definizione di cliente che trascende quella di consumatore. Il cliente è definito come “la persona fisica o giuridica alla quale un'impresa di investimento presta servizi di investimento e/o servizi accessori”. La policy generale è la protezione di coloro che domandano e acquistano tali prodotti o servizi: sono investitori o clienti che, anche se non consumatori, beneficiano della protezione ad essi accordata come rimedio dell'asimmetria di cui soffrono in quanto *outsider* rispetto al prodotto o servizio che offrono²⁰¹. La

²⁰⁰ V. ROPPO (nt.10), 272. Questo nucleo di regolazione si basa sull'idea di una possibile asimmetria tra il fornitore e destinatario del servizio (rispetto al quale il primo è *outsider* e il secondo *insider*).

²⁰¹ Così M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Milano, Cedam, 2008, 331, specifica che « la nuova attenzione alla tutela dell'interesse di una parte del contratto, quella che si può definire “debole” in quanto dotata di minore competenza tecnica rispetto alla controparte o in quanto comunque addivenga a contrarre in presenza di circostanze potenzialmente svantaggiose ».

protezione offerta dalla Direttiva 2014/65/UE si basa sulla presa d'atto che i clienti sono *outsider* rispetto ai prodotti e servizi erogati, ed in base alla differente classe a cui appartengono (il criterio di suddivisione è connesso alla qualità ed esperienza professionale) prescrive regimi differenti di protezione che siano coerenti con ciascuna categoria di investitore . Esiste una tripartizione della clientela, distinguendo tra clienti al dettaglio (*retail*), clienti professionali (*professional clients*) e controparti qualificate(*eligible counterparties*). I clienti al dettaglio sono quelli ritenuti privi delle specifiche competenze professionali e pertanto sono coloro che beneficiano del più alto grado di protezione sancito dalla normativa. I clienti professionali sono coloro che possiedono la competenza necessaria a valutare i rischi che possono assumere, ed infine nell'ultima fascia rientrano le controparti qualificate, sottotipo dei clienti professionali. Ed anche se è vero che accanto alla disciplina standard si affiancano discipline differenziate in base alla tipologia di clienti ma siamo sempre nella logica di protezione del cliente.

La direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento se apparentemente pone il consumatore in una posizione centrale in realtà andando a scardinare le diverse norme emerge come in realtà la direttiva adotti una linea normativa orientata alla protezione dei clienti. Il Considerando 20 della Direttiva nelle prime righe sembra dare rilevanza alla sola figura del consumatore ²⁰² ma poi continua affermando che gli stati membri possono stabilire una parità di trattamento per i consumatori e le microimprese ed in ogni caso stabilendo che *alcune disposizioni della presente direttiva dovrebbero essere sempre applicabili a prescindere dallo status dell'utente*.

Le norme del titolo III, *Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento*, trovano applicazione sia

²⁰² Dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione non necessitano dello stesso livello di protezione.

relativamente ai contratti B2C che a quelli B2B con la differenza che la normativa è imperativa per i contratti B2C.

La direttiva quindi permette l'estensione di norme concepite per i contratti B2C anche ad alcuni contratti B2B sulla base della constatazione che alcune imprese risentano della medesima necessità di protezione riservata ai consumatori. La differenza consiste nella derogabilità di queste norme per i contratti B2B lasciando agli Stati membri la possibilità di decidere in ordine alla imperatività di quelle norme per i contratti B2B.

Il diritto contrattuale europeo non è incorporato solamente in direttive ma comprende anche regolamenti. Il regolamento 593/2008, c.d. Roma I, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali è testimone della necessità di proteggere la parte debole del rapporto che non sempre si esaurisce nella categoria dei consumatori, esplicitata tra gli obiettivi di *policy* ²⁰³. Di particolare rilevanza, nel proseguo delle argomentazioni a sostegno e conferma di una tendenza sempre più marcata di protezione del cliente, sono gli articoli 5 e 7. La disciplina degli artt. 5 e 7 è una disciplina protettiva per la parte contrattuale identificata negli utenti assicurativi e dei servizi di trasporto, in ragione del *carattere particolare di tali contratti* ²⁰⁴.

In questa ricognizione di dati significati a sostegno del nostro discorso, oltre le direttive e i regolamenti, che hanno rango di fonti formali, fondamentali sono quel corpo di principi e regole frutto di elaborazioni intellettuali (PECL, DRAFT).

I *Principles of European Contract Law* (PECL) non prevedono una disciplina dei contratti del consumatore e il presupposto per l'applicabilità delle regole è che siano in gioco rapporti non individualmente negoziati. In

²⁰³ Il recital 23: « Per quanto riguarda i contratti conclusi tra i soggetti considerati deboli è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitti di legge più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali ».

²⁰⁴ Recital 32.

sostanza, come abbiamo visto ²⁰⁵, nei PDEC, la figura del consumatore non è tipizzata e la disciplina ivi prevista rileva per la contrattazione asimmetrica²⁰⁶.

L'estensione della disciplina di protezione oltre la sponda consumistica si trova enunciata anche nell'introduzione al DCFR, dove si esprime l'idea che non solo i consumatori hanno il bisogno di tutela nelle relazioni contrattuali, perché questo bisogno riguarda anche altri soggetti di mercato (in particolare le piccole imprese). Il DRAFT, considera i contratti del consumatore ma come categoria marginale e disciplina la categoria dei contratti asimmetrici *tout court*. I redattori del DRAF hanno inserito norme dedicate ai rapporti contrattuali tra “*business*” e “*another person*” (quindi che sia indifferentemente un consumatore o un professionista) e norme che regolano la contrattazione tra imprese “*contracts between business*”. Conferma ulteriore si trova nella Proposta di diritto comune europeo della vendita della Commissione (CESL, secondo l'acronimo inglese), poiché è previsto si applichi, seppur con delle differenze, sia ai contratti tra imprese e consumatori (B2C) sia ai contratti tra imprese (B2B) ²⁰⁷.

In questa prospettiva si inseriscono anche le direttive in materia di assicurazione: vita (2202/83) e non vita (1988/357;1992/49). L'applicazione di queste norme non si limita ai soli contratti conclusi dai consumatori ma sono norme che coprono indistintamente tutti i contratti con gli assicurati.

Nel diritto interno ed europeo emerge l'insufficienza della prospettiva consumistica e la necessità di avere come riferimento un

²⁰⁵ *Infra* CAPI, §1.1.1 .

²⁰⁶ Cfr. v. ROPPO (nt.156), 89. Sotto questo profilo, i Principi europeo confermano la transizione dal contratto del consumatore alla più generale figura del contratto con asimmetria di potere contrattuale.

²⁰⁷ La proposta è stata concepita per la disciplina dei rapporti tra imprese e consumatori e tra imprese, attraverso la previsione di una serie di norme applicabili in via generale, insieme a norme più protettive applicabili solo ai rapporti con i consumatori. In tal senso G. D'AMICO (nt.156).

concetto neutro di cliente ma ugualmente meritevole di tutela in quanto dotato di minore competenza tecnica o di minore potere economico rispetto alla controparte²⁰⁸.

3.1. Sul piano dell'ordinamento interno: i Decreti Bersani

Nella legislazione domestica si deve evidenziare una sfasatura tra la sostanza delle cose e la terminologia utilizzata. Il d.l. n.223/2006 (convertito nella legge n.248/2006) , detto Decreto Bersani, contiene norme in materia assicurativa e bancaria²⁰⁹. Con l'emanazione di questo decreto il Governo è andato ad incidere sulle tradizionali norme e consuetudini che hanno regolato il mercato degli intermediari assicurativi e degli acquirenti di polizze di assicurazione. Il decreto legge riguarda due aree: quella degli intermediari di assicurazione e quella dei clienti-consumatori. Per quanto concerne la seconda area del decreto, ossia quella riguardante la trasparenza e chiarezza dei rapporti con la clientela, il legislatore ha in parte ampliato le norme ed i principi inclusi nelle precedenti circolari ISVAP²¹⁰ 533/d²¹¹ e 551/d e previste nel Codice delle assicurazioni private, mentre in parte ha

²⁰⁸ Così G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, II, 87, sottolinea come «nel diritto comunitario e interno emerge l'insufficienza della sola attenzione al consumatore e la necessità di affiancare alla disciplina di settore nuovi strumenti e nuovi rimedi di carattere generale».

²⁰⁹ Con l'emanazione di questo decreto il Governo è andato ad incidere sulle tradizionali norme e consuetudini che hanno regolato per più di un secolo il mercato degli intermediari assicurativi e degli acquirenti di polizze di assicurazione. Il decreto riguarda principalmente due aree: quella degli intermediari assicurativi e quella dei clienti-consumatori.

²¹⁰ L'ISVAP (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private) viene istituito in Italia nel 1982 come ente, dotato di personalità giuridica, che ha lo scopo di vigilare sull'operato delle imprese e dei soggetti che rientrano nel settore assicurativo italiano. Dal 1 gennaio 2013 l'ISVAP è stata sostituita dall'IVASS che eredita le medesime funzioni di controllo, vigilanza, autorizzazione dell'attività assicurativa già accordate al precedente istituto ed opera sulla base di principi di autonomia organizzativa, finanziaria e contabile, oltre che di trasparenza ed economicità, per garantire la stabilità e il buon funzionamento del sistema assicurativo in Italia e la tutela dei consumatori.

²¹¹ G. GIUDICI, *Il mercato della distribuzione assicurativa in Italia: evoluzione delle reti di vendita e il loro impatto con il nuovo contesto normativo*, ISU Università Cattolica, Milano, Giuffrè, 2007, 93. Secondo l'autore di questa monografia, l'art.2 della circolare ISVAP 533/d delinea l'inizio di quella grande rivoluzione normativa a carico degli intermediari/distributori che poi passerà attraverso il Codice delle Assicurazioni.

ampliato sia i principi sulla trasparenza sia le informazioni a disposizione della clientela sottoscrittrice dei contratti di polizza RCA ²¹².

Il beneficiario della protezione legislativa viene chiamato “consumatore” quando in realtà è “cliente”. L’art.8 nella distribuzione di polizze RCA impone all’intermediario di rendere trasparente l’entità delle proprie provvigioni dandone *preventiva informazione al consumatore*. Si parla di discrasia tra forma e sostanza poiché è chiaro che beneficiario dell’informazione non è consumatore, *ex art. 3, co.1, lett. a)* codice del consumo bensì qualsiasi cliente della compagnia.

Il 31 gennaio 2007 veniva emanato il decreto n.7, conosciuto come decreto legge Bersani *bis* (convertito con Legge n. 40 il 2 aprile 2007), *Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese* .

Il secondo decreto Bersani, si occupa ancora di attività bancaria e assicurativa. Anche in questo decreto, sia nella intitolazione generale che nella rubrica del capo I troviamo la parola consumatore. Accanto all’enfasi posta sulla parola consumatore è altrettanto marcata la destinazione della disciplina a favore non specificatamente di consumatori ma della generalità di clienti che acquistano beni o servizi (clienti di *utilities*). Nel panorama dei soggetti “deboli” e meritevoli di tutela entra una nuova figura: il “cliente persona fisica”. È una figura più ristretta di quella del cliente *tout court*, ma più ampia rispetto all’identificazione del cliente con il consumatore perché comprende le persone fisiche che si finanziano per l’acquisto di immobili da

²¹² Cfr. G. GIUDICI (nt.211) ,118. Il legislatore ha introdotto l’obbligo per gli intermediari di polizze assicurative di informare i consumatori sulle provvigioni che vengono loro riconosciute dalle Imprese di Assicurazione . sempre in tema di trasparenza e chiarezza il legislatore ha previsto, in attuazione dell’art. 131 del Codice delle assicurazioni private, l’obbligo per le Imprese di assicurazione di mettere a disposizione degli acquirenti di polizza RCA ampie informazioni all’interno di ogni punto vendita e sui siti Internet.

destinare anche *allo svolgimento della propria attività economica o professionale*.

È necessario fare riferimento, come ulteriore testimonianza dell'estensione dei soggetti tutelati, alla disciplina relativa all'Arbitro Bancario Finanziario nella quale si trova una norma che riconosce alla clientela la legittimazione attiva per instaurare il procedimento mediante ricorso (art. 128 *bis*, co. 1). Questa norma è rilevante perché il testo originario dell'art. 128 *bis* si riferiva alle controversie con i consumatori mentre l'attuale testo richiama la nozione di clientela intesa come qualsiasi controparte degli intermediari finanziari, in coerenza della più ampia accezione che a questo termine è attribuita nelle disposizioni sulla trasparenza²¹³.

4. Il consumatore assicurato

L'assicurazione dalla sua genesi è stata chiamata a soddisfare il bisogno di sicurezza dell'uomo, consentendo all'assicurato di essere liberato dalle preoccupazioni e dalle incertezze circa il proprio avvenire. La consapevolezza dell'incapacità di fronteggiare tali eventi individualmente e il timore delle conseguenze economicamente sfavorevoli hanno portato l'individuo a cercare sicurezza in altri individui accomuni nati dallo stesso rischio e a determinare la nascita delle prime forme di assicurazione²¹⁴. Il bisogno di proteggersi contro i rischi è sempre stato uno dei bisogni più avvertiti. La storia delle assicurazioni affonda le sue radici nell'Antico

²¹³ Cfr. M. RABITTI, (nt. 100), 3.

²¹⁴ A. LA TORRE, *Diritto delle assicurazioni*, in *Cinquant'anni con il diritto (saggi)*, II, Milano, Giuffrè, 2008, 72.

Sul punto così testualmente «non si trattava di assicurazione in senso proprio ma di una forma embrionale di previdenza che nel tempo andò assumendo connotati ben più complessi e articolati fino alla nascita, nel XIV sec., del contratto di assicurazione a premi quale strumento creato *dai mercanti per i mercanti*».

Egitto: nel 2700 a.C. fu istituita una Cassa mutua per le spese mutue del tagliapietre. Con lo sviluppo dei commerci ²¹⁵, la rischiosità connessa ai trasporti (le prime compagnie assicurative sono sorte nelle città marinare per proteggersi dai rischi del trasporto marittimo), ha contribuito a raffinare le tecniche di protezione, divenendo così l'attività assicurativa una attività pronta a soddisfare le esigenze di una clientela, la soluzione ad un bisogno di sicurezza.

Proprio per l'interesse sociale che riveste, l'assicurazione, al pari dell'attività bancaria e creditizia è soggetta ad un controllo pubblicistico: si svolge sotto il controllo dell'IVASS e del Ministero competente (Ministero delle attività produttive). Il contratto di assicurazione, disciplinato dal codice civile (artt. 1882 ss.) è predisposto attraverso moduli o formulari dalla società di assicurazione e sottoposto al cliente che li sottoscrive. Si tratta di un contratto standard, consensuale e aleatorio: si fonda sul rischio²¹⁶ che si verifichi un evento ²¹⁷ e il cliente può precisare solo il tipo di operazione che intende concludere. La disciplina, di per sé complessa, si è ancor più ispessita a seguito dell'intervento del legislatore comunitario, il quale ha tentato di uniformare e semplificare la disciplina con l'obiettivo di

²¹⁵ Sul punto E.C. PIA *“Dal cielo alla terra”*: gli sviluppi dell'assicurazione, *Riv. Reti Mediali*, 2018, 177-188. Nei secoli dello sviluppo economico basso-medievale, il mercato assicurativo va dunque configurandosi come una forma specifica di garanzia di rapporti di natura commerciale, a loro volta non estranei al costante processo di definizione delle forme della partecipazione civica.

²¹⁶ Così M. FRANZONI, *Diritto delle assicurazioni*, Zanichelli, Torino, Giappichelli, 2016, 27, sul rischio specifica come sia «l'elemento centrale del contratto; Il rischio caratterizza la causa del contratto, in quanto l'operazione economica attua il trasferimento di un rischio dalla sfera giuridica dell'assicurato a quella dell'assicuratore, contro il versamento di un premio. Al contempo, il rischio può integrare l'oggetto del contratto, poiché il rischio, o meglio le conseguenze economiche del suo verificarsi, sono trasferite mediante il contratto dal soggetto assicurato all'assicuratore, il quale provvederà alla neutralizzazione mediante il suo inserimento in una massa di rischi omogenei secondo i principi della tecnica assicurativa».

²¹⁷ Nell'assicurazione contro i danni il rischio viene identificato con la possibilità di accadimento di un fatto futuro ed ipotetico contemplato dal contratto, suscettibile di produrre un danno all'assicurato ed il cui verificarsi (sinistro) determina l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennità; nell'assicurazione sulla vita il rischio ha ad oggetto dell'esistenza in vita dell'assicurato o la sua sopravvivenza. Cfr. FRANZONI (nt.216), 28.

liberalizzare il mercato e di tutelare il cliente. Questo percorso ha permesso all'assicurazione di configurarsi come strumento ²¹⁸ a servizio di una moltitudine di utenti e a diventare il contratto di massa per eccellenza²¹⁹. L'obiettivo iniziale del diritto delle assicurazioni era la protezione dell'assicurato dal rischio insolvenza dell'assicuratore e non tanto dallo squilibrio informativo. Il tema del margine di solvibilità era ,infatti, centrale nelle prime direttive che hanno disciplinato il comparto assicurativo. Sulla scorta di tale impostazione la protezione dell'assicurato si è inizialmente concentrata i fuori dalla regolazione del contratto di assicurazione. Rispetto alla tradizionale impostazione, l'utente passa dall'essere il beneficiario indiretto di una vigilanza rivolta esclusivamente alla verifica della sana e prudente gestione a divenire destinatario diretto dell'attività di controllo volta alla trasparenza e alla correttezza. L'esempio italiano è paradigmatico. Il nostro codice civile, nel capo XX, *Dell'assicurazione*, predispone una disciplina che sembra voler garantire, piuttosto che la protezione del soggetto che ha interesse a stipulare e mantenere una copertura, la rispondenza di detta stipulazione ai meccanismi che governano il corretto funzionamento dell'attività assicurativa, orientati alla compensazione del rischio e al profitto dell'impresa ²²⁰. Riprova dello squilibrio sussistente tra le parti è l'art 1932 c.c., il quale impedisce la deroga, se non in senso più favorevole per l'assicurato, di alcune disposizioni riguardanti il contratto ²²¹.

²¹⁸ M. PROPSERETTI, *Tutela del risparmio del fruitore di servizi bancari e assicurativi*, *Dir. e fisc. Ass.*, 2012, I, 15, in tal senso specifica come vi siano beni e servizi che soddisfano immediatamente un'esigenza del consumatore per il fatto di poterne fruire e vi sono beni strumentali che sono quelli che si inseriscono in un ciclo che rende possibile la fruizione di un bene finale.

²¹⁹ M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011,II, 461 ss.

²²⁰ A. NAVARRETTA (nt.138), 747, rileva come il nostro codice civile detta una disciplina sull'assicurazione ampiamente derogatoria della parte generale del contratto: basti ricordare il peculiare ruolo dei meccanismi dell'annullamento e del recesso previsti in favore dell'assicuratore ex art 1892-1893.

²²¹ V. VOLPE PUTZOLU, *Clausole vessatorie e rischio assicurativo*, in *Dir. economia assicuraz.*, 1997, 775, spiega come «l'inderogabilità di alcune disposizioni di diritto assicurativo, evidenzia la sensibilità del legislatore dinanzi ad esigenze di protezione

Con l'art. 1932 c.c. il legislatore ha apprestato un minimo di tutela all'assicurato vietando deroghe sfavorevoli rispetto a norme che però già tenevano conto delle esigenze dell'assicuratore (artt. 1887,1892, 1893, 1898 cc. *etc.*). Da quando il codice è stato emanato la tecnica assicurativa si è evoluta venendo sempre più incontro al bisogno di sicurezza delle società moderne, anche in termini di soddisfacimento del bisogno di sicurezza per l'assicurato. La formulazione dell'art 3 del CAP ²²² , nell'individuare come scopo principale della vigilanza *l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative* , segna il capovolgimento di uno dei paradigmi fondamentali che ha caratterizzato la regolazione del comparto assicurativo ed eleva la tutela della parte debole contrattualmente a finalità primaria della vigilanza.

Il contratto di assicurazione (art 1882 ss c.c.) è modulato sull'asimmetria di rapporto tra l'assicuratore e l'assicurato. L'interrogativo che sorge spontaneo è se l'assicurato sia riconducibile alla categoria del consumatore o utente di cui all'art. 3, co. 1, lett. *a*, cod.cons.

²²³ .

sociale della parte contrattuale inesperta ed indifesa nei confronti delle compagnie assicuratrici e la necessità di riequilibrare pro assicurato una disciplina apparentemente squilibrata in favore dell'assicuratore».

²²² All'art 3 CAP fa da *pendant* normativo l'art 5 TUF (*La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi: b) la tutela degli investitori*) e gli artt. 5 e 127 TUB (*Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre le finalità indicate nell'articolo 5 alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla trasparenza dei rapporti con la clientela*).

²²³ F. PARENTE , *La protezione dell'assicurato e gli obblighi di trasparenza e di informazione*, in AA.VV. (a cura di), *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, 163. In virtù della mancata divergenza delle posizioni contrattuali, che preclude il medesimo livello di informazione e conoscenza tra le parti, il contratto di assicurazione, pur assoggettato ad uno specifico statuto normativo (D.lgs. 7 settembre 2005, n.209), va sottoposto alla disciplina generale a tutela del consumatore.

La disciplina del consumatore non si applica a tutti i contratti assicurativi conclusi dall'impresa assicuratrice. I contratti conclusi con persone giuridiche, associazioni, piccoli imprenditori ²²⁴ non rientrano nella nozione di consumatore e l'applicazione della tutela ad esso apprestato andrebbe esclusa anche in tutte le ipotesi in cui l'assicurato sia persona diversa dal contraente ²²⁵.

Se la figura del consumatore così come delineata dal Codice del Consumo è sempre una persona fisica (art.3, co. 1, lett. a che agisce per fini non rientranti nel quadro di un'attività professionale) il cliente destinatario di servizi e attività di investimento è descritto come la persona non solo fisica ma anche giuridica cui vengono prestati servizi di investimento o accessori (lett. c dell'art. 26, co. 1, Regolamento Intermediari). La posizione dell'assicurato che emerge fa sì che egli possa essere definito come un *consumatore un po' speciale* ²²⁶.L'asimmetria delle posizioni delle parti in campo assicurativo è fondata sul *gap* tra la competenza professionale dell'impresa assicuratrice e il contraente, privo di competenze specifiche nel settore. Il codice delle assicurazioni si propone di porre rimedio alla situazione di forte asimmetria fra Compagnie assicurative e assicurati obbligando le stesse a fornire al cliente informazioni complete e corrette. La tutela apprestata all'assicurato

²²⁴ Così F. RINALDI (nt. 33), 47 testualmente «Pur essendo difficile affermare che un ente, sia come soggetto di diritti (associazione o comitato non riconosciuti, o società di persone) sia come persona giuridica (fondazione, associazione riconosciuta, società di capitali), abbia bisogni essenziali analoghi a quelli di una persona fisica, tuttavia, non si comprende per quali ragioni dovrebbe esservi differenza tra una società, un'associazione ed una persona fisica se entrambe compiono un atto di consumo, al di fuori, cioè, dell'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

²²⁵ Da una parte sta l'assicuratore dall'altra non sta sempre e soltanto l'assicurato, potendo coesistere altre figure soggettive.

²²⁶ Secondo S. NITTI (nt.58), 564, l'assicurato condivide la qualifica di consumatore in quanto l'assicurazione è tradizionalmente veicolata attraverso contratti standard e dunque si inserisce nella contrattazione di massa. Se ne differenzia per la presenza di uno specifico elemento ovvero quello per cui l'assicurato partecipa al processo tecnico attuariale che ne determina l'inserimento in un circuito di c.d. mutualità, tipico del fenomeno di assicurazione.

risiede nell'obbligo del preponente la polizza di prendere in considerazione le effettive esigenze dell'assicurato e proporgli la copertura assicurativa a lui più congeniale. Le prescrizioni si fondano sul presupposto che il contratto di assicurazione sia un contratto per adesione: il contraente non può influire sulle garanzie assicurative né sulle singole clausole ma può decidere solamente se aderire o meno. Bisogna chiedersi se il cliente assicurativo, se l'assicurato coincida con la figura del consumatore. Nel capitolo precedente, nel paragrafo dedicato alla trasparenza contrattuale abbiamo visto come le norme comportamentali stabilite a carico dell'intermediario (183,185, 185-bis, 185-ter, 186, 187 CAP) svolgono un ruolo integrativo delle disposizioni del codice del consumo quando il contraente sia un assicuratore. Il professionista è tenuto a fornire al consumatore, in modo chiaro, tutte le informazioni sul prodotto. La risposta, alla luce delle direttive che sono passate sotto la lente del nostro esame, tuttavia deve essere negativa. La nozione di consumatore è restrittiva, e se si facesse coincidere tale nozione con la figura del contraente assicurato sarebbero escluse *in primis* tutti i soggetti che non sono persone fisiche e in secondo luogo le persone fisiche che vogliono coprire rischi che sebbene siano inerti alla persona siano allo stesso tempo connessi all'attività.²²⁷ Far coincidere la figura del consumatore con quella dell'assicurato sarebbe estremamente limitativo, dal punto di vista giuridico e sociale. In relazione al contratto di assicurazione non vi sarebbe differenza tra persone fisiche e giuridiche che stipulano una medesima polizza, non avendo la persona giuridica maggior potere contrattuale rispetto al contraente persona fisica. Gli assicurati sono contraenti deboli al pari dei consumatori che devono essere

²²⁷ Così testualmente A. LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Ass.*, 1996, 152, «Per la persona fisica la limitazione diventa ancora più grande se si pensa che, comprendendosi nella stessa copertura assicurativa un interesse strettamente privato e un altro che tale non è, l'assicurato perde la qualifica di “consumatore”, bastando ad escluderla il fatto che egli non agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale».

tutelati in quanto tali e non in quanto consumatori. Nelle direttive che disciplinano la materia assicurativa, la definizione di consumatore è riscontrabile solo nell'art.2 lett. d) della direttiva 2002/65/CE ²²⁸ sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ²²⁹ che lo qualifica come *qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività commerciale o professionale*. La direttiva 2002/92/CE (c.d. IMD), sulla mediazione assicurativa, utilizzava il termine “consumatore” senza mai offrirne una definizione. La nozione di consumatore di prodotti assicurativi, non coincidente con quella più tipica rinvenibile in altre disposizioni, viene individuata sulla base di un criterio connesso al rischio di assicurare a prescindere dall'ambito in cui avvenisse la sottoscrizione della polizza, prescindendo anche dalla base soggettiva, con esclusione di polizze riguardanti i “grandi rischi” ²³⁰. A tale conclusione si può pervenire leggendo il Considerando 21 della Direttiva: *Le esigenze informative appaiono nell'ipotesi in cui i consumatori siano società richiedenti l'assicurazione o la riassicurazione contro rischi commerciali e industriali* che, quindi, riferendosi ad enti o persone giuridiche individua

²²⁸ Per l'analisi della direttiva V. M.T. PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, 382 ss.

²²⁹ Tanto più che la maggior tutela del consumatore prevista nella Direttiva 2002/65/CE si giustifica anche in ragione del diverso profilo oggettivo disciplinato, non limitato all'offerta di servizi finanziari tramite siti Internet, bensì esteso alle molteplici modalità di vendita incluse nel concetto di commercializzazione effettuata mediante tecniche di comunicazione a distanza. Così P. LONGHINI, *Servizi finanziari telematici: la tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: Commento al D.lgs. 19 agosto 2005 n.190*, v. FRANCESCHIELLI- E. TOSI (Collana diretta da), *Diritto delle nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2006, 168.

²³⁰ In tal senso P. MARANO, *Le pratiche commerciali scorrette nel mercato assicurativo*, in P. MARANO -V. MELI, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli, 2011, 70, specifica come «Le norme comunitarie in materia assicurativa individuano una nozione di consumatore più ampia, identificata nell'esposizione delle persone fisiche e giuridiche ai rischi c.d. di massa che sono tutti quelli diversi dai grandi rischi, limitatamente all'offerta di prodotti assicurativi e ai conseguenti flussi informativi riguardanti la relazione fisica (non a distanza) tra il professionista (impresa e intermediari) e il contraente attuale a prescindere se il rischio assicurato attiene alla sfera personale o all'attività economica di quest'ultimo».

una *tipologia eccentrica di consumatore meglio identificabile con la nozione di cliente*²³¹. La Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (*supra* § 2.1) in rapporto all'estensione della disciplina alle piccole imprese, assume rilevanza anche in campo assicurativo. L'art. 3, par.9, della Direttiva consente agli Stati membri di imporre obblighi più dettagliati rispetto a quelli imposti dalla direttiva, nel settore che armonizza, in merito ai "servizi finanziari" definiti dalla direttiva 2002/65/CE, tra i quali rientrano i servizi di natura assicurativa. Alla luce di quanto emerge dalle direttive in materia assicurativa, il consumatore che rileva ai fini della valutazione sul pregiudizio arrecato dalla pratica commerciale è *una persona fisica o giuridica che agisce per acquisire coperture assicurative anche nell'ambito della sua attività professionale o imprenditoriale*, salvo la polizza copra grandi rischi²³². La direttiva sulle pratiche commerciali scorrette nel delineare il perimetro della sua applicabilità ha voluto modulare la valutazione della condotte rilevanti non in base ai potenziali soggetti esposti ad esso quanto alla rilevanza dei fattori che possono incidere nel contesto in cui il soggetto si trovi ad operare. Nella sua ossatura la Direttiva specifica che l'intermediario deve attenersi ai doveri imposti in quanto soggetto ammesso al mercato essendo indifferente se opera come controparte di consumatori o clienti specifici²³³.

²³¹ Cfr. M. HAZAN, in *Assicurazioni private*, in M. HAUZAN- S. TAURINI (a cura di), *Itinera-guide giuridiche*, Milano, Ipsoa, 2015.

²³² Cfr. P. MARANO (nt.230), 72.

²³³ G. MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, in *Giurisprudenza commerciale.*, 2010, 732. La direttiva non attribuisce alcuna rilevanza alla natura di "consumatore" della controparte dell'impresa, ma anzi espressamente dichiara che "cliente" di questa possano essere anche soggetti professionali (art. 4, co. 1, n.11) e controparti qualificate (Considerando n.40) con ciò confermando che il perno degli obblighi dell'impresa finanziaria consiste non nella relazione con questo o quel cliente, ovvero con una o con altra categoria di clienti, bensì nella sua relazione verso il mercato, sul quale essa indifferentemente opera in modo sistematico e continuativo quale controparte di clienti di ogni tipo.

La direttiva 2016/97/CE, sulla distribuzione assicurativa, che sostituisce la direttiva 2002/92/CE nel disciplinare le informazioni che devono essere rese dall'intermediario assicurativo usa non più il termine consumatore ma il termine cliente ²³⁴. La normativa assicurativa europea individua il destinatario di prodotti assicurativi non su base soggettiva, ma *riguardo al tipo di rischio coperto dalla polizza* ²³⁵. Alla luce delle argomentazioni esposte possiamo concludere che i fondamenti della tutela del cliente finanziario non coincidono con quelli della tutela del consumatore. Il *focus* del rapporto di consumo è quello della parte iniziale e persegue la tutela *manutentiva rispetto al "controvalore" scambiato in funzione del bisogno perseguito dal consumatore*, il cliente di un servizio finanziario invece *si rende acquirente di un rischio scambiato sul mercato e ne diviene titolare per tutto il tempo in cui dura il suo coinvolgimento nell'investimento* ²³⁶. La tutela del mercato finanziario e quella dei consumatori incidono su un'area parzialmente sovrapponibile, si che la prima , più ampia per oggetto e soggetti e contenga la seconda e ne giustifichi l'assorbimento. Se l'assicurato presenta le caratteristiche normative del consumatore può beneficiare di entrambe le previsioni protezionistiche ²³⁷ ma certamente il consumatore non è altro che una

²³⁴ Così P. MARANO , *Le assicurazioni abbinate ai finanziamenti*, in P.MARANO – M.G SIRTÌ, *Quaderni di banca borsa e titoli di credito*, Milano, Giuffrè 2016,30. Sebbene l'IDD non definisca il consumatore, questo termine è contrapposto a quello di cliente nel medesimo testo normativo ed è ragionevole escludere che siano adoperati come sinonimi.

²³⁵ Al riguardo P. MARANO (nt. 230) 63 ss.

²³⁶ G. MEO (nt.233) , 722. Il rischio è quindi un elemento essenziale: se non vi fosse almeno una misura minima di rischio, che giustifica il corrispettivo o il premio atteso dal cliente, non vi sarebbe servizio finanziario.

²³⁷ P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, F.RIZZO (a cura di), Napoli, 2012, 1754 ss. Essendo le due normative entrambe speciali rispetto alle norme comuni sul contratto contenute nel codice civile, non si instaura tra le stesse un rapporto di specialità, ma esse concorrono, in via del tutto paritaria, a disciplinare le fattispecie che, eventualmente, entrambe contemplano. Ciò significa, in termini concreti, che in presenza di disposizioni che risultano incompatibili con l'assetto di tutela consumistica, in quanto disciplinano in maniera diversa lo stesso diritto e/o rimedio, a fronte del cumulo alternativo delle stesse, il beneficiario potrà invocare la norma che preferisce.

species nel *genus* più ampio del cliente. Questo anche perché il diritto dei consumatori e il diritto dei mercati finanziari non servono interessi identici: la disciplina del mercato finanziario ha come finalità gli interessi dei clienti ma anche una tutela complessiva del mercato in modo tale che sia ordinato, trasparente e corretto. Anche nel momento in cui la disciplina finanziaria ha ad oggetto posizioni soggettive di clienti (ad. es. “clienti al dettaglio”)²³⁸ essa non riguarda solamente la sfera dei soli clienti rispondenti alla posizione soggettiva indicata. Il TUF e il Regolamento Intermediari contengono un *set* di norme diversamente articolate a seconda che l’azione dell’intermediario sia diretta nei confronti di un cliente al dettaglio piuttosto che di uno professionale o di una controparte qualificata. Il perno della tutela risiede pur sempre nella protezione del soggetto dalla sua inesperienza, ma tale protezione è articolata secondo un principio di proporzionalità. Nel settore assicurativo la possibilità di graduare la tutela degli assicurati a seconda della effettiva disuguaglianza delle parti trova dei possibili indici negli artt. 183, co. 3, relativamente all’applicazione della disciplina sulla trasparenza e 191, co. 2, CAP. L’art. 183, co. 3, stabilisce che l’autorità di settore debba tener conto nel regolamento relativo alle regole di comportamento che l’impresa deve osservare nei confronti degli assicurati *delle differenti esigenze di protezione dei contraenti e degli assicurati*²³⁹. L’art.191, co. 2, dispone che l’Autorità di vigilanza debba esercitare il potere regolamentare conformandosi *al principio di proporzionalità per il raggiungimento del*

²³⁸ Anche ristretta al “cliente al dettaglio” la nozione non è assimilabile a quella di “consumatore”. Sono clienti al dettaglio di intermediari finanziari anche le persone giuridiche, non solo le fisiche. E sono tali indipendentemente da qualunque rilievo del fatto che ricevano la prestazione di servizi di investimento o accessori per fini rientranti nel quadro della propria attività commerciale, industriale, artigianale o professionale. Cfr. G. MEO (nt.233), 721.

²³⁹ COSÌ T. D’ANDRIA (nt. 177), 420, «Questo indice a favore di una graduazione della trasparenza in considerazione della reale situazione di asimmetria informativa rappresenta una novità particolarmente significativa se si considera che anche in ambito bancario la normativa sulla trasparenza si applica indistintamente al cliente a prescindere dal fatto che essi risulti un contraente debole creando un problema di ingiustificata disparità delle parti».

fine con il minor sacrificio per i soggetti destinatari . Tuttavia, nel mercato assicurativo, per le peculiarità che presenta il settore ²⁴⁰, la tutela del cliente non viene graduata a seconda dell'intensità dell'asimmetria che corre tra le parti, ma la sua applicazione viene subordinata ad una verifica concreta della situazione di inferiorità della controparte. Il riferimento monolitico ai “*clienti*” investitori nel TUF nel settore assicurativo si sdoppia, potendo essere il contraente persona diversa dall'assicurato²⁴¹. Occorrerà indicare se la valutazione di adeguatezza dell'operazione dovrà essere parametrata sulle esigenze del contraente o dell'assicurato e se quindi estendere gli obblighi da un punto di vista soggettivo ²⁴².

La più ristretta nozione di consumatore rispetto a quella di assicurato segna una limitazione ²⁴³ nell'ambito di soggetti che nel settore assicurativo ricevono protezione dalla disciplina di derivazione comunitaria ²⁴⁴. In riferimento alla protezione accordata dalla discipline

²⁴⁰La disciplina del contratto si riempie con norme, soprattutto in tema di trasparenza, volte a favorire la comprensione del regolamento contrattuale; dall'altro si prende in considerazione anche il particolare interesse dell'assicurato alla stabilità delle imprese assicuratrici. Un mercato concorrenziale nel quale operi un consumatore tutelato nella fase contrattuale non appare sufficiente nel caso in cui l'assicuratore diventi insolvente e non riesca a pagare gli indennizzi. Sul punto T. D'ANDRIA, (nt.177), 418 ss.

²⁴¹ Il contraente è anche l'assicurato quando assicura un proprio interesse o nelle assicurazioni vita quando l'evento assicurato riguarda la sua persona. Contraente e assicurato sono due soggetti diversi quando viene assicurato un interesse altrui o viene stipulata un'assicurazione sulla vita di un terzo. Cfr. A.DONATI- G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, X, 2012, 131 ss.

²⁴² F. DURANTE, *Pubblicità, trasparenza negoziale e protezione dell'assicurato*, in I.P. CIMINO, *La tutela dell'assicurato nel nuovo codice delle assicurazioni private*, Torino, Giappichelli, 2006, 107. Sarà la normativa di dettaglio dell'ISVAP a proiettare il principio dell'equo trattamento a fronte della duplicità dei soggetti interessati sul lato della domanda.

²⁴³ F. BILE nella presentazione del Convegno di Venezia 11-12 1996 sottolinea come in realtà i contratti di assicurazione, paradossalmente, risultano relativamente ai contenuti sforniti di mezzi di protezione per i clienti. *Lealtà e trasparenza nei contratti di assicurazione*, *Dir.ec. Ass*, 1998, I, 111 ss.

²⁴⁴ Restano esclusi ad esempio l'imprenditore che contragga un'assicurazione contro i danni incidenti su cose o prodotti del suo commercio o il calciatore non dilettante che si assicura contro gli infortuni derivanti dall'esercizio della pratica sportiva e ancora il professionista, come il medico o l'avvocato, che si assicura per la responsabilità civile per i danni provocati a terzi nell'esercizio della professione.

delle clausole vessatorie ²⁴⁵ solo gli assicurati che siano anche consumatori hanno titolo alla c.d. duplice tutela rafforzata rispetto ai contraenti i quali non essendo consumatori risultano tutelati dalle previsioni accordate a tutti gli assicurati ²⁴⁶. L'art. 33 cod. cons., 1 co., indica quattro elementi qualificanti la vessatori età di una clausola cui l'interprete dovrà far riferimento: a) l'ambito oggettivo (*nel contratto*) b) l'ambito soggettivo (*concluso tra il consumatore ed il professionista*) c) l'inciso sulla buona fede (*si considerano vessatorie le clausole che, non essendo oggetto di negoziato individuale ²⁴⁷, malgrado la buona fede ²⁴⁸*) d) (*determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio ²⁴⁹ dei diritti e degli obblighi derivanti da contratto*). Occorre evidenziare che non tutte le clausole che si presumono vessatorie ai sensi dell'art. 33 sono tali se inserite nelle polizze assicurative inerendo tali contratti alla

²⁴⁵ Queste le esatte parole di Cass. , sez. III civ., 26.09.2018, n.22810. «La Direttiva 93/13/CEE fu voluta non già al fine di perseguire astratti principi egualitari o retribuire ricchezze ma al fine di evitare distorsioni di concorrenza nel mercato dei beni e dei servizi rivolti ai consumatori, distorsioni in precedenza derivanti dalle grandi differenze esistenti tra le legislazioni degli Stati membri in merito alla tutela del consumatore (tanto si afferma nel 2 nel 3 e nel 7 considerando della direttiva)».

²⁴⁶ B. FARSACI, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione e tutela dell'assicurato*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, Padova, Cedam, 2012, 115. nell'ipotesi che al caso siano applicabili entrambe e fattispecie normative, rientrando la clausola sia nell'elenco di cui all'art. 33 che in quello dell'art. 1341 CO. 2 si dovrebbe procedere al doppio controllo: attraverso la verifica della doppia sottoscrizione della clausola vessatoria ed in base al principio del significativo squilibrio delle due posizioni negoziali.

²⁴⁷ V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in AA.VV., *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, 91. La normativa comunitaria si applica anche se la predisposizione unilaterale non sia rivolta ad un impiego generalizzato per una pluralità indefinita di operazioni e aderenti ma riguardi un contratto *ad hoc* per una singola operazione.

²⁴⁸ C. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere, 20.12.2014, n.11602/04. La sezione ritiene condivisibile il secondo orientamento che intende il riferimento alla buona fede come richiamo alla buona fede oggettiva tipica di un rapporto *inter partes*

²⁴⁹ In tal senso CGUE, sez. I, 16 gennaio 2014, n.226, C 226/12 «Al fine di valutare l'eventuale sussistenza di un significativo squilibrio spetta al giudice del rinvio tenere conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, facendo riferimento a tutte le circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto, nonché a tutte le altre clausole del medesimo».

prestazione di servizi finanziari ²⁵⁰. Laddove poi i contratti assicurativi si caratterizzeranno per una particolare connotazione finanziaria opereranno le deroghe alla presunzione di vessatorietà di talune clausole disposte dall'art. 33, co. 4, D.lgs. n. 206/2005. Per quanto concerne l'applicazione delle pratiche commerciali scorrette in realtà la disciplina da essa predisposta, e il riferimento al consumatore medio, non restringe la nozione di consumatore.

L'obiettivo di tutela del contraente debole procede su due strade parallele. La disciplina delle clausole vessatorie discende da un intervento di carattere orizzontale, e guarda al contratto nel *contesto di una visione individualistica e personalizzata del rapporto contrattuale* ²⁵¹, cioè il fulcro intorno al quale la disciplina si articola è il riequilibrio della posizione dei contraenti nella relazione. Ma nel momento in cui il soggetto non viene più considerato in una dimensione statica ma in una prospettiva macroeconomica viene considerato come uno degli attori del mercato interviene il secondo intervento orizzontale del legislatore: la direttiva sulla pratiche commerciali sleali. Se la prima vigila il contenuto del contratto la seconda presidia il funzionamento del mercato e si riferisce al consumatore medio ²⁵². La tutela nel secondo caso diviene una tutela di carattere preventivo e non rimediabile ²⁵³.

²⁵⁰ F. DURANTE (nt.242) 145. Cita come esempi a riguardo la possibilità per l'impresa di assicurazione ,nei rapporti a tempo indeterminato, di recedere senza preavviso non soltanto in presenza di "giusta causa" ma anche di "giustificato motivo" e anche la possibilità per la compagnia , sempre al ricorrere di una giusta causa o un giustificato motivo, di modificare le condizioni di contratto previa comunicazione al consumatore e ferma la facoltà di controparte di recedere.

²⁵¹ In tal senso C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/ce modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, III, 77 ss.

²⁵² Cfr. S. LANDINI, (nt.172), 177 ss.

²⁵³ L. ROSSI CARLEO, *Il Comportamento ostativo del professionista tra "ostacoli non contrattuali" e ostacoli contrattuali*, in AAVV. , in C. RABITTI BEGONO- P.BARUCCI (a cura di), *20 Anni di antitrust l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2010, 1217 ss., in particolare sul punto si specifica che « l'una vigila

Se la *ratio* della normativa consta nella presa d'atto della strutturale debolezza del consumatore quando contrae con il professionista se ne ricava che il soggetto viene considerato esposto ad abusi da parte del professionista solo ove stipuli contratti al di fuori dell'esercizio della propria attività professionale posto che solo in questo caso sarebbe privo di potere contrattuale ²⁵⁴, infatti nel caso in cui il contraente dovesse stipulare atti tipici della sua attività si presume che sia in grado di determinare il contenuto in posizione di parità rispetto alla controparte. Ma proprio nei casi in cui l'assicurato non sia un consumatore emerge la disciplina di settore che permette di cogliere come le medesime esigenze di tutela si pongano per soggetti che non possono essere considerati formalmente consumatori in linea con l'articolato discorso fin qui sviluppato sul contratto asimmetrico e sulla presenza di una terza forma di debolezza da proteggere, distinta da quella che affligge i consumatori e da quella che connota l'agire negoziale di alcune imprese. Ma la tutela del cliente non può essere ridotta nel settore dei servizi finanziari all'area della tutela del consumatore

E allora sorge spontaneo l'interrogativo da cui ha preso le mosse questo lavoro di ricerca e analisi: chi è il cliente assicurativo? In dottrina l'espressione "cliente" viene utilizzata per la prima volta nel linguaggio legislativo con la legge 2 gennaio 1991, n.1., *Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari* in cui controparte delle SIM sono i clienti, a differenza della

sul contenuto del contratto e si rivolge al consumatore che agisce offrendogli rimedi di carattere successivo, quali ad esempio la nullità di protezione. L'altra presidia la efficienza e il corretto funzionamento del mercato, non si riferisce al consumatore, ma al consumatore medio- che rappresenta l'indice di riferimento anche con riguardo ai non consumatori- attraverso una tutela di carattere preventivo ».

²⁵⁴ La debolezza del consumatore è dovuta alla mancanza di professionalità immanente nella ignoranza dei meccanismi e delle regole preposti alla specifica tipologia contrattuale. Cfr. A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000,108.

legge precedente (23 marzo 1983 n.77) nella quale si faceva riferimento agli investitori o soggetti equiparandi (acquirenti o sottoscrittori). I primi anni dell'era della globalizzazione, che hanno coinvolto il settore assicurativo come anche quello bancario e finanziario, hanno determinato la centralità del cliente, non più visto come un mero consumatore, ma come soggetto dinamico. Cliente può essere definito la controparte debole²⁵⁵ dell'impresa assicuratrice che domina la prestazione caratteristica fornita. L'internazionalizzazione dei mercati ha inciso sulle scelte e sui comportamenti del nuovo cliente e sebbene sarebbe superficiale affermare che sia divenuto un soggetto conscio ed in grado di selezionare il prodotto più adatto al soddisfacimento dei suoi bisogni certamente è più oculato del potenziale acquirente di 20 anni fa ²⁵⁶. Questo è un dato preso in considerazione dagli operatori economici, tra cui le Imprese di Assicurazione, che offrendo beni immateriali hanno dovuto accentrare la loro attenzione sul cliente facendolo diventare il perno intorno al quale ruotano tutte le attività dell'Impresa, dalle scelte di mercato ai prodotti da proporre.

5. La tutela dell'assicurato tra codice civile e codice delle assicurazioni

La disciplina delle assicurazioni è regolata principalmente in due diverse fonti: il Codice Civile e il Codice delle Assicurazioni Private. Nel codice civile viene fissata la nozione legislativa del contratto di

²⁵⁵ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, III, 25.

Il cliente è sempre in posizione asimmetrica rispetto all'impresa fornitrice che domina la prestazione caratteristica fornita, prescindendo dallo status soggettivo del consumatore come persona fisica, piccola impresa etc.

²⁵⁶ Cfr. G. GIUDICI, *Intermediazione assicurativa e mercato*, Milano, Francoangeli, 2008, 113. Dunque la figura del cliente non è più l'oggetto destinatario delle scelte volute dalle Compagnie ma è il soggetto causa-effetto delle politiche innovative operate dalle Imprese di Assicurazione: una Compagnia nel decidere dove andare non può prescindere dai comportamenti del potenziale acquirente, deve chiedersi se un prodotto è realmente appetibile e facilmente distribuibile.

assicurazione (art. 1882 c.c.) e la sua disciplina (art.1882-1932c.c.). Nel codice delle assicurazioni private, in vigore dal 2005 ²⁵⁷, invece viene dettata una normativa speciale sull'impresa ²⁵⁸ (autorizzazione, esercizio, vigilanza, liquidazione) e su determinate fattispecie. La stesura di questo testo segue la traccia lasciata dal legislatore nel 1993 con la stesura del TUB e nel 1998 con il TUF. In ordine al rapporto tra le regole contenute nel codice civile e quelle nel codice di settore l'art. 165 CAP , norma di raccordo, ha previsto che, in caso di difformità nella regolamentazione, prevalga quest'ultimo rispetto al codice civile, in armonia con il brocardo latino *lex specialis derogat legi generali*. La prima bozza del Codice delle Assicurazioni ²⁵⁹ comprendeva anche la disciplina dei contratti di assicurazione, ma la trasposizione dal codice civile alla normativa speciale aveva destato critiche, sul piano sistematico e per difetto di delega, così nel testo definitivo la disciplina del contratto è stata rimossa e l'art. 165 ribadisce: *fermo restando quanto diversamente disposto dal presente Codice, i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione rimangono disciplinati dalle norme del codice civile* ²⁶⁰.

Dall'analisi delle disposizioni contenute nel codice civile emerge un'immagine del tutto parziale della tutela dell'assicurato. Nell'immagine che emerge l'impianto codicistico ha un'attenzione improntata soprattutto ai

²⁵⁷ A. CANDIAN, *Il codice delle assicurazioni*, in AA.VV, *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 36. Osserva come sotto il profilo comparatistico in Francia il *Code des Assurances* sia stato emanato con decreto n. 667 il 16 luglio 1976; in Inghilterra il *Marine Insurance Act* è stato emanato nel 1906 e il *National Insurance Act nel 1911*; in Svizzera è in vigore la *Loi federale sur le contract d'Assurance* dal 2 aprile 1908.

²⁵⁸ La disciplina giuridica dell'impresa garantisce una qualificazione professionale all'assicuratore, consentendo l'esercizio solamente a soggetti idonei a garantire una sana e prudente gestione. In tal senso A. LA TORRE, *Le Assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2007; A. BELLUCCI, *Le imprese di assicurazione. Profili gestionali, organizzativi e contabili*, Torino, Giappichelli, 2004.

²⁵⁹ V. A. GIAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giur.comm.*, 2004, I, 1035.

²⁶⁰ Per una ricostruzione sull'iter : A. CANDIAN , *Il nuovo codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e resistenze*, in *Contr. Impr.*, 2006, IV/V, 1300 ss.

comportamenti dell'assicurato, sia quelli precedenti la stipulazione del contratto sia quelli durante l'esecuzione, e non si sofferma quanto ci si aspetterebbe sui comportamenti dell'assicuratore.

Il legislatore italiano del 1942, che ha ricompattato in un unico testo legislativo le materie civili e commerciali, nel disciplinare il contratto di assicurazione ha recepito negli artt. 1892-1893 la disciplina sulle dichiarazioni reticenti (art. 429 del codice del commercio). Le disposizioni contengono la previsione di una sanzione per la violazione dei doveri di informazione precontrattuali sul rischio, le quali hanno la funzione di consentire all'assicuratore di conoscere e valutare il rischio oggetto del contratto ²⁶¹. La disciplina parte dall'assunto per cui le posizioni di assicurato e assicuratore siano differenti ma la norma sembra tutelare maggiormente l'assicuratore, quello che dovrebbe essere considerato il contraente forte nel contratto di assicurazione. Con tale fattispecie si indicavano tutte le ipotesi in cui un soggetto nella fase anteriore alla stipulazione del contratto sottacesse l'esistenza di circostanze che l'altro contraente avrebbe avuto interesse a conoscere. Le dichiarazioni dell'assicurato diventano fondamentali in quanto in mancanza delle stesse l'assicuratore non sarebbe in grado di calibrare la propria prestazione in ragione del rischio esposto da controparte. Per reperire le informazioni è necessaria la collaborazione dell'assicurato e per questo la disposizione impone al contraente un obbligo di informazione che se violato da dichiarazioni false o reticenti fornite con dolo o colpa grave prevede la sanzione dell'annullamento del contratto e l'azione è soggetta ad un termine di decadenza di tre mesi decorrente dal momento in cui l'assicuratore ha

²⁶¹ Cfr s. NITTI (nt.58), 557-558. La norma, sulla base di uno squilibrio delle parti, portava ad una differente tutela dei soggetti e forniva a colui che normalmente oggi è considerato il contraente forte del contratto di assicurazione, l'assicuratore, un importante privilegio: la nullità del contratto. Tale disciplina si basa sull'assunto per cui l'asimmetria informativa è connaturata al contratto di assicurazione ed inoltre sulla constatazione che la posizione di assicuratore e assicurato sia differente.

conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza. Per quanto attiene al recesso previsto dall'art. 1893 c.c. esso ha efficacia *ex nunc*. Questa disciplina presenta delle discrepanze rispetto ad alcuni principi codicistici attinenti alla materia contrattuale con un deciso *favor* per l'assicuratore²⁶². Gli assicuratori, non potendo verificare il contenuto delle dichiarazioni rese dagli assicurati (sulla base della quali valutare il rischio e commisurare il premio), erano considerati indifesi e da qui la maggiore tutela concessa loro. Nei tempi odierni, tuttavia, l'assicuratore non può certo essere considerato come il soggetto bisognoso di tutela al contrario inserendosi nel rapporto contrattuale come contraente forte.

Le previsioni degli artt. 1892 -1893 c.c. vengono integrate in tema di criteri di redazione del contratto di assicurazione dall'art. 166 CAP: tale norma dispone che il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente deve essere redatto in modo chiaro ed esauriente (co. 1); quanto alle clausole che prevedono decadenze, nullità, limitazioni o oneri a carico del contraente o dell'assicurato debbano essere riportate mediante caratteri di particolare evidenza.

Nel CAP le norme relative al contratto di assicurazione sono contenute nel Titolo XII (*Norme relative ai contratti di assicurazione*) e XIII (*Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*)²⁶³. Dall'analisi di tali disposizione si evince che l'assetto delineato dal legislatore è finalizzato al raggiungimento di due obiettivi fondamentali a tutela dell'assicurato: quello del consenso consapevole e informato e quello

²⁶²A. CALCAGNO, *Disposizioni generali sui contratti di assicurazione*, in I.P. CIMINO, *La tutela dell'assicurato nel nuovo codice delle assicurazioni private*, Torino, Giappichelli, 2006, 43 ss. , specifica come «non si ha una normale retroattività dell'annullamento: l'assicuratore conserva i premi percepiti ed il credito per quelli relativi al periodo in corso, mentre la retroattività dell'annullamento lo esonera dall'obbligo di pagare la somma assicurata nel caso in cui si verifichi il sinistro».

²⁶³La disciplina è integrata dal regolamento ISVAP n.5 del 2006. Sul punto G.A. CORVELLI (nt. 124),1111 ss.

della sana e prudente gestione da parte dell'impresa e quindi alla solvibilità e alla solidità finanziaria della stessa.

Oltre all'impianto appena descritto la tendenza del legislatore nel predisporre norme che siano funzionali alla protezione della parte debole è ravvisabile anche nella normativa sulle pratiche commerciali scorrette ²⁶⁴ e sulla vendita a distanza, complementari a quelle codicistiche. Queste norme prendono in considerazione , sempre in un'ottica di protezione della trasparenza contrattuale e della riduzione dell'asimmetria informativa, in ordine la fase delle trattative precedente alla formazione del negozio ²⁶⁵ e il caso in cui la fase delle trattative avvenga per telefono, per posta elettronica o tramite *e-commerce*.

Il CAP detta norme particolari nel caso di offerta effettuata dagli intermediari "a distanza" (art.121 CAP). Queste norme si aggiungono alle regole di condotta che imprese ed intermediari debbano rispettare sia nella fase delle trattative che in quella dell'esecuzione del contratto. Quindi questa normativa troverà applicazione nel caso in cui le regole poste dal CAP vanno ricollegate con la legislazione speciale che delinea e specifica obblighi da rispettare in queste particolari trattative ²⁶⁶.

Per contratto a distanza si intende *qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari, concluso tra un fornitore ed un consumatore*

²⁶⁴ F. BILOTTA, *Invalità del contratto e tutela individuale rispetto alle pratiche commerciali scorrette*, in V. MELI- P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli, 2011, 246, sottolinea come le norme in materia di pratiche commerciali scorrette aggiungono qualcosa sia per i comportamenti presi in considerazione che per le tutele apprestate.

²⁶⁵ F.BILOTTA (nt.264), 219 ss. , sul punto specifica come la pratica commerciale scorretta viene posta in essere nella fase delle trattative, nel momento in cui si forma il consenso del consumatore attraverso le informazioni fornite (o omesse) da parte dell'operatore in ambito finanziario o assicurativo.

²⁶⁶Un *quid pluris* di precetti che si muove in un'ottica di protezione dei contraenti laddove la fase contrattuale si svolga senza la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o del suo incaricato.

nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto impieghi una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso (art. 2 lett. a). Il regolamento ISVAP (n. 34/2010 (integrato e modificato dal regolamento n.40 2 agosto 2018 IVASS) disciplina l'attività di promozione e di collocamento di contratti di assicurazione via *internet* e via telefono, ed è stato emanato con la finalità di disciplinare il collocamento e la vendita a distanza ²⁶⁷ di prodotti assicurativi. Le norme garantiscono regole di trasparenza e comportamento che imprese e intermediari sono tenuti a osservare per questa particolare forma di collocamento di prodotti assicurativi. Affinché la vendita sia perfezionata è necessario il preventivo espresso consenso del cliente. Per le particolari modalità di distribuzione dei prodotti (l'impresa può avvalersi anche di *call center* per la promozione e la vendita) l'informativa precontrattuale che viene fornita al cliente prima della sottoscrizione di un contratto a distanza comprende diritti specifici a vantaggio del consumatore, come ad esempio il diritto di ricevere e trasmettere la documentazione precontrattuale e contrattuale su carta o altro supporto, il diritto di poter modificare la tecnica di comunicazione a distanza utilizzata e quello di essere messo in contatto con il responsabile del coordinamento e del controllo dell'attività svolta dal *call center*.

La diffusione dello strumento informatico come mezzo di comunicazione ha investito anche la commercializzazione via *internet* di prodotti assicurativi. Trattandosi di contratti conclusi *on-line* sono soggetti

²⁶⁷ Nella Relazione ISVAP al Regolamento (www.ivass.it), emerge l'intento di disciplinare la commercializzazione via *web* di prodotti assicurativi per quanto riguarda le informazioni precontrattuali in realtà non ha differenziato tra contratti conclusi via *web* e contratti conclusi con qualsiasi altra tecnica di comunicazione a distanza se non nel predisporre le informazioni che devono essere visibili nei siti *internet* delle imprese di assicurazione italiane e comunitarie che intendano promuovere o collocare contratti di assicurazione via *web* (art.13).

alla disciplina del c.d. commercio elettronico ²⁶⁸, disciplina che pur prevedendo un ampio ambito di applicazione ²⁶⁹ necessita di essere integrata con disposizioni, a carattere speciale, che predispongono strumenti di tutela più penetranti in funzione delle qualità personali dei contraenti.

Ciò che occorre sottolineare è come le disposizioni del CAP siano specificate dalla normativa secondaria e soprattutto dai Regolamenti che prevedono norme di dettaglio, lasciando emergere alcune problematiche. La diffusione del rinvio a norme regolamentari, per l'individuazione e la specificazione del contenuto delle norme ordinarie da adito ad un difficile coordinamento ²⁷⁰. Sia il D.lgs. 70 del 2003 che il CAP, in quanto normative che non fanno riferimento ad una nozione restrittiva della posizione soggettiva ai fini della loro applicazione, possono essere considerate applicabili alle contrattazioni *on-line* fra un consumatore e un'assicurazione. Deve essere posto all'attenzione che, come evidenziato *supra*, la posizione dell'assicurato consumatore ne esce rafforzata in quanto potrà beneficiare degli ulteriori oneri informativi imposti dagli artt. 67 *bis* cod. cons. La *ratio* risiede nel considerare il consumatore come portatore di interessi personali e quindi di uno squilibrio genetico che rende necessaria e anche meritevole una maggior tutela. Invece gli interessi di cui appare portatore il professionista che acquista un prodotto assicurativo sono collocabili più che nell'esigenza di tutela di una posizione di debolezza nella

²⁶⁸ Direttiva 2000/31/CE è stata recepita nel nostro ordinamento attraverso il D.lgs. 9 aprile 2003, n.70.

²⁶⁹ Così E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Padova, Cedam, 2006, 98 dove afferma: «L'ambito soggettivo di applicazione della direttiva non viene individuato per categorie di contraenti essendo esteso a tutti i potenziali acquirenti. L'irrelevanza della qualifica economica dei contraenti si spiega in relazione alla finalità enunciata dall'art. 1 del D.lgs. 70/2003 ».

²⁷⁰ Sull'argomento G. GRASSO *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006, 251 ss., evidenzia come la legislazione economica faccia sempre più ricorso allo strumento normativo regolamentare e come gli atti delle Autorità indipendenti assumono sempre di più il ruolo di fonte primaria nel settore in cui intervengono.

esigenza di tutelare la libertà della sua iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*, nondimeno si esauriscono le esigenze di tutela che però sembrano minori.

Ulteriore passo in avanti nella tutela del cliente nel settore assicurativo è rappresentato dalla Direttiva IDD. La direttiva, infatti, impone alle Compagnie di assicurazione un approccio al mercato che mette al centro il cliente, mentre, fino ad ora al centro del processo di distribuzione delle polizze c'era il prodotto assicurativo. Le aspettative che ruotano intorno all'applicazione della IDD sono molteplici, si parla di una vera e propria rivoluzione del settore delle assicurazioni in quanto tale Direttiva dovrebbe cambiare il mercato delle polizze introducendo a carico delle compagnie assicurative principi analoghi a quelli previsti dalla precedente direttiva MIFID II alla quale sono soggetti i prodotti finanziari.

III

CAPITOLO III:

LA INSURANCE DISTRIBUTION DIRECTIVE

E LA PROTEZIONE DEL CLIENTE

SOMMARIO: 1. Dalla IMD alla IDD: percorso evolutivo –2. IDD: Obblighi di informazione e regole di condotta –2.1. La tutela dell’investitore in prodotti finanziari assicurativi –2.2. La Product Oversight Governance –3. MIFID II e IDD: discipline a confronto –4. Recepimento della IDD in Italia –5. Raccordo tra principi già esistenti nell’ordinamento e novità introdotte

1. Dalla IMD alla IDD: percorso evolutivo

I diversi provvedimenti emanati dal legislatore europeo relativi alla vendita dei prodotti assicurativi evidenziano un mutamento degli obiettivi prefissati. Il primo intervento in materia si registra con la Direttiva 77/92/CEE e risponde all’esigenza di *facilitare l’effettivo esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi*, in ambito comunitario, *per le attività di agente e di mediatore di assicurazioni* (Considerando 5). A seguito di tale normativa in Italia vennero emanate la Legge n.48 del 1979 che prevedeva l’istituzione e il funzionamento dell’albo nazionale degli agenti di assicurazione e la Legge n.792 del 1984 che disponeva l’istituzione e il funzionamento dell’albo dei mediatori di assicurazione. Tale direttiva, dopo esser stata integrata dalla Raccomandazione 94/48/CEE, è stata poi abrogata dall’art. 15 della Direttiva 2002/92/CE. In una prima fase si guarda soltanto al soggetto e non all’attività che svolge: i primi provvedimenti sono focalizzati sul disciplinare e assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, la differenza tra intermediari dipendenti e indipendenti e sulla registrazione e verifica della professionalità.

Anche la direttiva 2002/92/CE, *Insurance Mediation Directive* c.d. IMD, ha come scopo principale quello di garantire agli intermediari assicurativi il diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi ma si guarda ad un'attività più ampia (quella della distribuzione) che ricomprende una definizione di intermediario molto estesa, essendo richiesto, per poter operare nell'intero territorio europeo, il solo requisito della registrazione ²⁷¹. La direttiva, non avendo specificato quali debbano essere le cognizioni e le capacità professionali in possesso degli intermediari, ha rimesso la determinazione di tali requisiti alle discipline nazionali. Il legislatore comunitario, conscio di non poter giungere ad una adeguata armonizzazione delle legislazioni nazionali, ha focalizzato la sua attenzione sulla protezione degli utenti del servizio assicurativo ²⁷² *al fine di provvedere a fissare un elevato livello di protezione del consumatore attraverso una chiara cornice normativa di riferimento nonché un elevato livello di professionalità e competenza degli intermediari assicurativi* ²⁷³. La Direttiva 2002/92/CEE (di seguito IMD) venne recepita nell'ordinamento italiano nel 2005 dal Codice delle Assicurazioni private al Titolo IX (artt.106-121), poi specificata nel 2006 dal Regolamento n. 5 ISVAP ²⁷⁴. Nell'obiettivo di assicurare una maggior tutela al consumatore rientrano gli obblighi di informazione preventiva (che però non si applicano agli intermediari che operano nel settore dei grandi rischi²⁷⁵ e agli intermediari di assicurazione) e le misure che devono essere adottate dagli utenti contro il rischio dei danni

²⁷¹ Cfr. V. VOLPE PUTZOLU, *La direttiva comunitaria 2002/92 sulla intermediazione assicurativa*, in *Ass.*, 2003, III, 315 ss.

²⁷² Così CGUE sez. IV, 31 maggio 2018, sent. C-542/16 ribadisce come «La direttiva 2002/92 ha segnatamente lo scopo, come risulta dai suoi considerando 8,9 e 17, di accrescere la tutela dei consumatori nel settore dell'intermediazione assicurativa».

²⁷³ Sul punto M. POLINI- N. TILLI, *L'agente di assicurazione: Manuale per l'esame d'abilitazione, la formazione continua e l'aggiornamento professionale degli intermediari assicurativi*. TILLI (a cura di), Rimini, Maggioli, 2016.

²⁷⁴ P. MARANO, *Il mercato unico della intermediazione assicurativa: aspirazioni europee ed illusioni nazionali*, in *Banc. bor. tit. cred.*, 2008, 175- 203.

²⁷⁵ Poiché la tutela accordata è rivolta ai consumatori e pertanto riguarda i c.d. rischi di massa. Sulla distinzione tra c.d. rischi di massa e c.d. grandi rischi V. S. MIANI, *I prodotti assicurativi*, Torino, Giappichelli, 2017, 137.

causati dalla negligenza professionale dell'intermediario o dalla sua incapacità finanziaria ²⁷⁶. Tutti gli intermediari devono comunicare al cliente in quale veste agiscono, ed in base alle informazioni fornite dal cliente propongono o consigliano un prodotto adeguato alle sue esigenze, illustrano le caratteristiche essenziali del contratto e gli obblighi ai quali l'impresa è tenuta ²⁷⁷. Se la Direttiva 77/92/CEE risultava caratterizzata da una disciplina vertente esclusivamente sui soggetti e non sull'attività svolta, la IMD muta prospettiva armonizzando ²⁷⁸ l'attività di intermediazione assicurativa che è definita a prescindere da coloro che la svolgono. Dall'approccio per attività e non per soggetti ne consegue che è la stessa Direttiva a delimitare il perimetro della sua applicazione. Dal punto di vista della protezione degli utenti, questi risultano maggiormente tutelati non solo dalle regole in tema di contenuto e modalità dell'informazione ma anche dalla dilatazione del perimetro di applicazione della Direttiva.

I servizi finanziari, e in particolar modo il mercato assicurativo ²⁷⁹, rappresentano un settore dove l'integrazione non si è ancora del tutto realizzata. L'integrazione europea avviene in tempi e modalità diverse in relazione alle merci o servizi a cui si fa riferimento. L'incompiuta integrazione dei mercati assicurativi in buona parte è dovuta alla complessità degli aspetti contrattuali della disciplina. Il contratto di assicurazione, essendo disciplinato da norme generali in materia di contratto

²⁷⁶ Per approfondire l'articolazione della Direttiva F. SANTI, *Intermediazione e distribuzione dei prodotti assicurativi*, Milano, Giuffrè, 2009, 71-98.

²⁷⁷ Relazione al Convegno *La normativa italiano di recepimento della direttiva sull'intermediazione assicurativa*, organizzato dalla Sezione Ligure dell'Associazione Internazionale di Diritto delle Assicurazioni (S. Margherita Ligure, 24-25 settembre 2004).

²⁷⁸ V. VOLPE PUTZOLU (271), parla di «sano realismo» del legislatore comunitario che ha «rinunciato ad armonizzare quello che non era armonizzabile».

²⁷⁹ P. MARIANI, *Concorrenza e mercato assicurativo in Italia*, M.F. DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo : intese, concentrazioni, private enforcement, scambio di informazioni esclusive*, Torino, Giappichelli, 2014.

Il mercato assicurativo europeo presenta questa struttura competitiva e può essere descritto come un mercato parzialmente integrato. Infatti l'integrazione è avvenuta prevalentemente attraverso operazioni *cross border* di fusione e acquisizione.

e norme specifiche attinenti a taluni aspetti, presenta una disciplina che varia da Stato a Stato.

La rivoluzione normativa con riferimento a tutto il settore assicurativo italiano, e nello specifico all'area della distribuzione e dell'intermediazione assicurativa, parte dal recepimento della Direttiva Comunitaria 2002/92/CE. È da questa Direttiva che traggono origine le Circolari ISVAP 553/d e 551/d e il D.lgs. del 7 settembre 2005 istitutivo il Codice delle Assicurazioni Private.

Nell'ottica di realizzazione di un mercato unico dei servizi assicurativi, con l'entrata in vigore della nuova direttiva 2016/97/UE (IDD)²⁸⁰ il legislatore europeo, non molto tempo dopo l'adozione della precedente Direttiva IMD²⁸¹, è nuovamente intervenuto in materia di distribuzione assicurativa e riassicurativa con l'obiettivo di frenare la frammentazione del mercato UE degli intermediari e dei prodotti assicurativi, stabilire condizioni che favoriscano una concorrenza equa, rafforzare i diritti dei consumatori e determinare un unico sistema di registrazione elettronica per gli intermediari. L'intervento si è reso necessario a seguito della crisi finanziaria che ha contribuito a porre in risalto non solo le insufficienze della disciplina precedentemente dettata sull'intermediazione assicurativa ma anche la notevole differenza esistente tra le normative nazionali.

Il *driver* dell'intero progetto di riforma è da rinvenirsi nel principio di *consumer protection*, con l'obiettivo di uniformare la tutela di tutti i consumatori indipendentemente dal soggetto. Le modifiche all'IMD rispondono all'esigenza di innalzare il livello di tutela offerto ai *policy holders* e incrementare la *legal clarity and certainty* essendo entrambe

²⁸⁰ La Direttiva IDD avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati entro il 23 febbraio 2018. Sulla base di una proposta della Commissione si è rinviata la scadenza per il recepimento al 1 luglio 2018 e quella per l'applicazione al 1 ottobre 2018.

²⁸¹ La IMD risulta definitivamente abrogata dal 23 febbraio 2018.

funzionali all'obiettivo di migliorare *the rights of consumers and to facilitate the crossborder provision of insurance mediation services*²⁸².

L'intervento rifonde ed abroga la IMD cambiandone denominazione (da direttiva sulla «intermediazione assicurativa» a direttiva sulla «distribuzione assicurativa») ed estende il proprio ambito di applicazione a tutte le vendite di prodotti assicurativi indipendentemente dal canale attraverso cui vengono distribuiti, che sia direttamente un'impresa di assicurazione²⁸³, un intermediario o che si tratti di *partecipanti al mercato, che vendono prodotti assicurativi a titolo accessorio (...) a meno che non soddisfino i requisiti di esenzione*²⁸⁴. Le categorie di intermediari accessori esenti dalla Direttiva sono ad esempio i soggetti che vendono soluzioni assicurative complementari al prodotto o al servizio "core", destinate a coprire la perdita o il danneggiamento del prodotto finale, piuttosto che il mancato utilizzo del servizio²⁸⁵. Tuttavia, la Direttiva, all'art. 1 § 4, precisa che anche i soggetti esentati debbano garantire al cliente informazioni relative all'indennità, indirizzo e modalità di presentazione dei reclami, predisporre meccanismi per conformarsi agli obblighi comportamentali di cui agli artt. 17 e 24 della Direttiva e fornire al cliente il documento informativo relativo al prodotto assicurativo (art. 20 § 5). Nella definizione

²⁸²Cfr. P. MARANO, *L'intermediazione assicurativa*, Milano, Utet, 2013, 218 ss.

²⁸³La IMD non prevedeva l'inclusione delle imprese di assicurazione, che direttamente vendevano prodotti, nel suo campo di applicazione.

²⁸⁴Così Considerando 8 della Direttiva 2016/97/UE, «Al fine di garantire ai clienti lo stesso livello di tutela indipendentemente dal canale attraverso il quale acquistano un prodotto assicurativo, direttamente da un'impresa di assicurazione o indirettamente tramite un intermediario, è necessario che l'ambito di applicazione della presente direttiva si estenda non soltanto alle imprese di assicurazione o agli intermediari assicurativi, ma anche ad altri partecipanti al mercato che vendono prodotti assicurativi a titolo accessorio, ad esempio agenzie di viaggio e autonoleggi, a meno che non soddisfino le condizioni di esenzione».

²⁸⁵Il segretario generale di AIBA in riferimento ai soggetti esenti sottolinea che la *ratio* dell'esenzione risiede nella constatazione che tali soggetti non possano disporre delle stesse conoscenze di un operatore professionale e l'inserimento di obblighi informativi per gli intermediari accessori è un atto dovuto per la tutela sia del consumatore che delle imprese. Cfr. A. BOCCADORO, *Criticità e novità della direttiva IDD*, 2017, in www.intermediachannel.it.

di distribuzione assicurativa è ricompresa, oltre alla vendita diretta di prodotti assicurativi da parte delle imprese di assicurazione, anche l'attività di comparazione tramite internet qualora il sito consenta al cliente di stipulare direttamente o indirettamente anche il contratto di assicurazione.

È evidente come la Direttiva sia figlia dei cambiamenti degli ultimi 20 anni che hanno visto esplodere le nuove tecnologie, le quali hanno favorito la moltiplicazione dei canali di vendita: sportelli bancari, uffici postali, *internet*, concessionarie d'auto. La necessità di intervenire nel settore trova la sua ragione nella necessità di garantire uniformità di tutela all'utente indipendentemente dal canale di acquisto utilizzato. In tal senso, già la Direttiva 2009/138/CE ²⁸⁶ (d'ora in poi Solvency II) del Parlamento Europeo e del Consiglio, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione, al Considerando 139 raccomandava alla Commissione una proposta di riesame della IMD. Sulla stessa scia si pone anche la richiesta del G20 fatta a OCSE ed ad altre organizzazioni con un apposito documento Financial Stability Board (FSB) affinché venissero elaborati principi comuni dei servizi finanziari tesi a rafforzare la tutela dei consumatori.

La Direttiva non è un intervento isolato ma è una delle articolazioni di un progetto legislativo più ampio, che di concerto con la normativa MIFID II e PRIIPs ,tende al consolidamento della fiducia nei mercati finanziari da parte del cliente ²⁸⁷.

Relativamente alla definizione di distribuzione assicurativa, l'art.2 ²⁸⁸ vi include tutte le attività ad essa ricollegabili e precedentemente

²⁸⁶ È l'estensione al settore assicurativo della Direttiva Basilea II.

²⁸⁷ Per una analisi più approfondita V. S. LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Milano, Ipsoa, 2018.

²⁸⁸ L'art. 2 specifica che per «distribuzione assicurativa» si intendono: le attività consistenti nel fornire consulenza, proporre contratti di assicurazione o compiere altri atti preparatori relativi alla conclusione di tali contratti, ovvero collaborare, segnatamente in caso di

escluse. Per i distributori che svolgono tale attività in via accessoria rispetto a quella principale, la Direttiva ripropone le esenzioni basate sul tipo di rischio coperto o sull'entità del premio versato. Nel termine *distributore di prodotti assicurativi* sono inclusi sia gli intermediari sia le imprese di assicurazione, ed inoltre è stata effettuata una distinzione anche tra *gli intermediari assicurativi* e *gli intermediari assicurativi a titolo accessorio*²⁸⁹.

La direttiva si inserisce in una serie di iniziative della UE adottate dal 2010 a seguito delle turbolenze finanziarie degli anni 2007-2008. I principi ispiratori nacquero in Inghilterra nel 2008 dalla necessità del sistema finanziario di recuperare la fiducia dei consumatori nel sistema che era andato distrutto a seguito dello scoppio della bolla speculativa legata ai cd. mutui *subprime*. Bolla che tra l'altro avrebbe potuto essere prevista come ammisero gli economisti della *London School of Economics* nella lettera²⁹⁰ di scuse che nel 2009 scrissero alla regina Elisabetta ammettendo l'errore derivante *dall'aver trasformato l'economia in una branca della matematica applicata con scarsissimo contatto con la realtà*. Proprio l'esigenza di riprendere contatto con la realtà ha portato gli ideatori della direttiva a passare da una regolamentazione per soggetti ad una dell'attività

sinistri, alla loro gestione ed esecuzione, inclusi la fornitura di informazioni, relativamente a uno o più contratti di assicurazione, sulla base di criteri scelti dal cliente tramite un sito Internet o altri mezzi e la predisposizione di una classifica di prodotti assicurativi, compresi il confronto tra il prezzo e il prodotto, o lo sconto sul premio di un contratto di assicurazione, se il cliente è in grado di stipulare direttamente o indirettamente un contratto di assicurazione tramite un sito Internet o altri mezzi;

²⁸⁹ Art 1 CAP lett cc-*septies* «qualsiasi persona fisica o giuridica, diversa da uno dei soggetti di cui alla lett. d), comma 2, dell'art. 109, che avvii o svolga a titolo oneroso l'attività di distribuzione assicurativa a titolo accessorio, nel rispetto delle seguenti condizioni: 1) l'attività professionale principale di tale persona fisica o giuridica è diversa dalla distribuzione assicurativa; 2) la persona fisica o giuridica distribuisce soltanto determinati prodotti assicurativi, complementari rispetto ad un bene o servizio; 3) i prodotti assicurativi in questione non coprono il ramo vita o la responsabilità civile, a meno che tale copertura non integri il bene o il servizio che l'intermediario fornisce nell'ambito della sua attività professionale principale». La definizione comprende le agenzie di viaggio, gli autonoleggi e la grande distribuzione di prodotti di consumo.

²⁹⁰ Lettera reperibile all'indirizzo www.feed-charity.org.

di distribuzione di prodotti assicurativi in riferimento all'intero processo di distribuzione, dal design del prodotto alla fase di collocamento rafforzando gli obblighi informativi in fase precontrattuale e le regole di condotta degli intermediari. Maggiore uniformità del diritto comunitario dovrebbe essere realizzata anche mediante gli atti delegati della Commissione europea, che possono modificare o integrare elementi non essenziali degli atti legislativi comunitari. Precedentemente all'entrata in vigore della normativa alcune modalità di attuazione della stessa erano state fornite dalla *European Insurance and Occupational Pensions Authority*²⁹¹ (d'ora in poi EIOPA). Dopo aver pubblicato le linee guida relative ai POG, ha reso noto i *Technical Advices* richiesti dalla Commissione. Questi "consigli" trattano in modo dettagliato i quattro temi di maggior impatto operativo : i POG, i conflitti di interesse, l'*inducement* e le disposizioni in materia di adeguatezza dei clienti. La IDD è uno strumento di armonizzazione minima²⁹², come di norma tutte le direttive assicurative, e quindi gli stati membri possono integrare la normativa con disposizioni più dettagliate²⁹³.

2. IDD: Obblighi di informazione e regole di condotta

La IDD contiene un ampio numero di regole di condotta che riguardano i requisiti in materia di prodotti, obblighi di informazione e le norme di comportamento degli intermediari in coerenza con l'obiettivo di cercare di fornire un livello di tutela minimo a prescindere dal canale

²⁹¹ Sul ruolo della vigilanza nel settore assicurativo M.L. PASSADOR, *European supervisory authorities tra mercati e vigilanza: il caso dell'EIOPA*, in *Contr. Impr./Eur.*, I, 2017.

²⁹² R. PARDOLESI, *Il contratto di assicurazione tra discipline nazionali ed armonizzazione comunitaria*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2006, 419 ss.

²⁹³ G. VOLPE PUTZOLU, *Proposta di direttiva sulla intermediazione assicurativa. Profili generali*, in *Novità nell'intermediazione assicurativa: Progetto europeo IMD2 e mercato italiano, atti, Verona, 12 aprile 2013*, Milano, Giuffrè, 2014, 21 ss. Specifica come in materia assicurativa l'armonizzazione è difficile considerando che la disciplina del contratto di assicurazione e la disciplina comunitaria della informazione dei contraenti è frammentaria.

distributivo alla clientela assicurativa ²⁹⁴. Il Capo V disciplina gli obblighi di informazione e norme di comportamento, tra cui si rinvencono i principi generali che informano l'attività distributiva (art. 17), le informazioni da fornire ai clienti prima della conclusione del contratto (art. 18), la gestione dei conflitti d'interesse tra intermediario e impresa assicuratrice (art.19) e le norme in tema di consulenza personalizzata o attività senza consulenza (art.20), le modalità dell'informazione (art. 23).

In tema di obblighi precontrattuali ²⁹⁵ un'innovazione è stata apportata dall'art. 20 che introduce due distinti documenti: *a)* la raccomandazione personalizzata, tesa ad individuare le ragioni per cui un determinato prodotto sarebbe più indicato a soddisfare le esigenze del cliente e che presuppone lo svolgimento dell'attività di consulenza da parte dell'intermediario; *b)* con riguardo ai prodotti assicurativi non vita un documento informativo standardizzato preciso e non fuorviante contenente informazioni di base analoghe a quelle indicate nella nota informativa di cui al regolamento IVASS 35/2010.

Nel caso in cui l'intermediario comunichi al consumatore di fornire consulenze fondate su un'analisi imparziale e personale, lo stesso deve indicare un numero sufficiente di contratti presenti sul mercato che gli hanno permesso di desumere che quello proposto è il prodotto più adeguato per il cliente. Anche nel caso in cui non sia prevista un'attività di consulenza gli intermediari e le imprese limitano la propria richiesta di informazioni alla sola conoscenza ed esperienza del cliente. Benché il concetto di "consulenza" rientrasse dunque nell'ambito della definizione di intermediazione assicurativa accolta dal CAP, anche prima delle modifiche

²⁹⁴ M.T. PARACAMPO, *La nuova stagione dei siti di comparazione dei prodotti assicurativi: dagli interventi delle Authorities alle innovazioni della direttiva sulla distribuzione assicurativa*, in www.dirittobancario.it, *Riv. dir. Bancario*, 12, 2016.

²⁹⁵ Nel considerando 6 viene specificato che per garantire lo stesso livello di tutela nonostante le differenze esistenti tra i diversi canali di distribuzione è necessaria una normativa uniforme in particolare per quanto concerne la comunicazione di informazioni.

apportate, ma non in quella della IMD ²⁹⁶, tuttavia, né il CAP né il Regolamento ISVAP n. 5/2006 precisavano in cosa consistesse tale servizio (anche se il sintagma *assistenza e consulenza* – finalizzate alle attività di presentazione e proposta di prodotti assicurativi – *ex art. 106*, induca a ritenere che si tratti di compiti strumentali all’offerta di coperture assicurative e dunque svolti prevalentemente – se non esclusivamente – nella fase precontrattuale. Con riferimento invece alla successiva fase di esecuzione del contratto, veniva attratta nel perimetro dell’intermediazione *la collaborazione all’esecuzione o alla gestione dei contratti, segnatamente in caso di sinistri*).

Oggi la IDD definisce espressamente la consulenza assicurativa, quale *la fornitura di raccomandazioni personalizzate a un cliente, su sua richiesta o su iniziativa del distributore di prodotti assicurativi, in relazione a uno o più contratti di assicurazione* (cfr. art. 2, paragrafo 1, n. 15). È evidente l’assonanza di tale definizione con quella di “consulenza in materia d’investimenti” di cui all’art. 1, comma 5-septies, del TUF: *la prestazione di raccomandazioni personalizzate a un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative a strumenti finanziari*. La consulenza assume un ruolo centrale nella direttiva poiché un buon distributore di servizi assicurativi deve stimolare con la clientela un dialogo volto a capire i suoi reali bisogni e ad informare in modo quanto più chiaro ed oggettivo, evitando tecnicismi. Il contratto proposto al cliente deve essere coerente ed in linea con le richieste. Il consulente si prende la responsabilità della c.d. *raccomandazione personalizzata* lasciando traccia di aver consigliato un particolare prodotto

²⁹⁶ La IMD definiva l’intermediazione assicurativa all’art. 2 come “*le attività consistenti nel presentare o proporre contratti di assicurazione, o compiere altri atti preparatori o relativi alla conclusione di tali contratti, ovvero nel collaborare, segnatamente in caso di sinistri, alla loro gestione od esecuzione*”.

assicurativo individuato come adatto a soddisfare le esigenze. La *raccomandazione* deve essere oggettiva e imparziale ²⁹⁷.

Per i prodotti del ramo danni le informazioni sono fornite per mezzo di un documento standardizzato relativo al prodotto, su supporto durevole o cartaceo, di contenuto analogo a quello previsto dalla nota informativa di cui al Regolamento IVASS n. 35/2010. L'indicazione analitica degli obblighi informativi in sede precontrattuale è nel complesso analoga a quella prevista dalla IMD. L'unica innovazione veramente significativa riguarda l'informazione sul compenso ricevuto in relazione al contratto di assicurazione al fine *di attenuare il rischio di conflitto di interesse tra il venditore e l'acquirente*.

Non sarà più possibile distribuire prodotti assicurativi obbligatoriamente abbinati alla vendita di altri beni o servizi senza offrire al consumatore la possibilità di poter acquistare gli uni separatamente dagli altri (art. 24 *Vendita abbinata* Direttiva IDD). Con lettera del 26 agosto 2015, IVASS e Banca d'Italia hanno chiesto alle banche ed agli intermediari assicurativi di innalzare il livello di tutela della clientela nella vendita di polizze abbinate a mutui e prestiti c.d. PPI ²⁹⁸ (*Payment protection insurance*). In particolare si è chiesta l'adozione di iniziative per superare nel più breve tempo possibile le criticità ²⁹⁹ rilevate nella produzione e nella distribuzione di questo genere di polizze e sulle modalità di collocamento avendo presenti le reali esigenze del cliente. La vendita abbinata può dar luogo ad una vera e propria attività di intermediazione qualora non sia

²⁹⁷ Le precauzioni in merito ai conflitti di interessi erano già previste dall'art. 48 del Regolamento ISVAP 5/2006 che vieta di rivestire al tempo stesso il ruolo di intermediario e beneficiario della polizza, sia in forma collettiva che individuale. La nuova Direttiva oltre questo divieto ha imposto oneri ulteriori di tipo informativo.

²⁹⁸ Sull'argomento V. S. MIANI (nt. 275).

²⁹⁹ Lettera al mercato del 26 agosto 2015, in www.ivass.it.

«Dette criticità trovano conferma nelle segnalazioni di alcune società dei consumatori che hanno portato all'attenzione la pressione esercitata sui clienti dalle reti distributive, in prevalenza banche e intermediari finanziari, per collocare polizze PPI facoltative».

ravvisabile il ricorrere delle condizioni previste dall'art 107 CAP, tra cui *in primis* l'accessorietà del prodotto assicurativo rispetto ad un bene o servizio principale ³⁰⁰. Le pratiche distributive possono dar luogo a squilibri nel rapporto fornitore-cliente e l'analisi dell'IVASS si è incentrata proprio su ciò.

Anche EIOPA nel *Report* pubblicato il 25 giugno 2014 ha riscontrato delle aree di criticità in tali prodotti per la tutela dei consumatori, in particolar modo nella violazione degli obblighi di condotta e nelle forme di vendita congiunte usate per la distribuzione di tali prodotti ³⁰¹. L'IDD ha inserito delle disposizioni specifiche sulla vendita abbinata che trovano applicazione quando un prodotto assicurativo sia offerto insieme ad un *ancillary product* o ad un servizio non assicurativo *as part of a package or the same agreement* ³⁰².

La nuova direttiva introduce delle regole unitarie, come più volte ribadito *supra*, a prescindere dal canale distributivo, valide per tutti i prodotti assicurativi, salvo poi prevedere delle regole aggiuntive che valgono solo per IBIPs.

2.1. La tutela dell'investitore in prodotti finanziari assicurativi

Ulteriori obblighi specifici sono dettati per la distribuzione di prodotti di investimento assicurativi ³⁰³ da parte di intermediari o di una impresa. I prodotti emessi dalle imprese di assicurazione possono essere racchiusi in due grandi categorie: i prodotti assicurativi (al cui interno si distinguono i prodotti assicurativi danni e quelli vita) e i prodotti finanziari

³⁰⁰ Cfr. sul tema M. HAZAN, in *Assicurazioni private*, in M. HAUZAN- S. TAURINI (a cura di), *Itinera-guide giuridiche*, Milano, Ipsa, 2015.

³⁰¹ EIOPA's *Opinion on Pymment Protection Insurance*, in www.eiopa.europa.eu.

³⁰² Cfr. P. MARANO, *Le assicurazioni abbinata ai finanziamenti*, in P. MARANO – M.G. SIRTI, *Quaderni di banca borsa e titoli di credito*, Milano, Giuffrè 2016, 29.

³⁰³ Tali sono i prodotti che presentano una scadenza o valore di riscatto esposto in tutto o parte alla fluttuazione del mercato. Sul tema V. più approfonditamente L. ZITIELLO, *I prodotti finanziari assicurativi*, Milano, Ipsa, 2014.

emessi dalle imprese di assicurazione³⁰⁴. Mentre i prodotti assicurativi vita e danni rilevano solo ai fini della disciplina speciale assicurativa i prodotti finanziari assicurativi rilevano anche per la disciplina del mercato mobiliare. Nell'ordinamento italiano tale tipologia di prodotti già da tempo rientrano nell'ambito di applicazione del TUF che prevede una disciplina più analitica di quella introdotta dalla Direttiva. La disciplina che precedeva la nuova direttiva risale alla Legge di Risparmio che aveva introdotto per la prima volta, all'interno del TUF, l'art. 25 *bis* attraverso il quale i soggetti abilitati a prestare servizi di investimento e le imprese di assicurazioni sono stati sottoposti al rispetto di determinate regole di condotta relative alla sottoscrizione e collocamento di *prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazioni* oltre che alla vigilanza ispettiva e regolamentare di CONSOB in relazione a tale attività.

La IDD da un lato prevede obblighi informativi e di comportamento comuni agli intermediari e alle imprese in sede di collocamento di prodotti assicurativi e per quanto riguarda i prodotti di investimento assicurativi regole rafforzate in linea con la definizione di prodotto di investimento contenuta nella proposta di regolamento sui documenti contenenti informazioni chiave per i prodotti di investimento al dettaglio preassemblati *Packaged Retail Investment Products (PRIIPs)*³⁰⁵. L'obiettivo di adeguare le pratiche di vendita dei prodotti assicurativi vita con elementi di investimento alla direttiva MIFID II si inserisce in un pacchetto di iniziative

³⁰⁴ Sui prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione vi sono molti contributi A. GAMBINO, . *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Assicurazioni*, 2007, 195 ss; L. BUGIOLACCHI, *I prodotti finanziari assicurativi: considerazioni in tema di qualificazione giuridica e disciplina applicabile*, in *Resp. civile e previdenza*, 2011, 876 ss; A. PORTOLANO, *Commento sub. Art 25-bis*, in *Il Testo unico della finanza*, M. FRATINI- G. GASPARRI (a cura di), Torino, Utet, 2012, 447 ss.

³⁰⁵ A. SCIARRONE ALIBRANDI , *Prodotti misti e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, diretto da V. CARIELLO- V.DI CATALDO- F. GUERRERA- A. SCIARRONE ALIBRANDI, Torino, Utet, 2014, 2441 ss.

più ampie ricomprendenti anche i PRIIPs ³⁰⁶. Secondo la definizione i prodotti di investimento assicurativi (conosciuti come *Insurance based investment products* o IBIPs) sono *un investimento nel quale, indipendentemente dalla forma giuridica, l'importo da rimborsare all'investitore è esposto alle fluttuazioni dei valori di riferimento o del rendimento di uno o più attivi che non siano direttamente acquistati dall'investitore*. La proposta esclude la sua applicazione ai prodotti assicurativi che non presentano un valore di riscatto o per i quali il valore di riscatto non è in tutto o in parte esposto, indirettamente, alle fluttuazioni di mercato. Si tratta di prodotti assicurativi dei rami vita, le cui caratteristiche corrispondono grossomodo a quelle dei contratti assicurativi di ramo III (Polizze *Unit* o *Index Linked*).

Le regole sull'informazione da fornire al cliente sono dettate dall'art. 29 della IDD, che dopo aver fatto salve le norme che dettano regole generali per tutti i prodotti assicurativi (artt. 18 e 19) individua i requisiti supplementari che le imprese di assicurazione e riassicurazione e gli intermediari devono rispettare nell'ipotesi di distribuzione di prodotti finanziari assicurativi. Ai clienti devono essere fornite informazioni appropriate in relazione alla distribuzione di tali prodotti e in relazione ai costi e gli oneri connessi in una forma comprensibile tale che i clienti possano prendere decisioni con *cognizione di causa* ³⁰⁷. L'art. 30 prevede delle regole per quanto attiene alla valutazione sull'idoneità e adeguatezza dei prodotti di investimento (analogamente a quanto previsto dall'art. 25 della direttiva 2014/65/UE). La norma detta regole speciali distinguendo a seconda che la distribuzione del prodotto di investimento assicurativo sia accompagnata da un'attività di consulenza oppure no. Quando si effettua

³⁰⁶ PRIIPs is an European regulation that gives consumers more protection and allows for like-to-like comparison of retail investment products, making them more transparent. A. CAPIELLO, *Technology and the insurance industry: Re-configuring the Competitive Landscape*, Palgrave macmillan, 2018, 20.

³⁰⁷ *Supra* CAPI § 5.

una consulenza l'intermediario deve ottenere dal cliente informazioni riguardo la sua esperienza in tema di investimenti, la propensione al rischio, la capacità di sostenere delle perdite. Quando non viene svolta attività di consulenza le informazioni *supra* dettagliate devono essere richieste ugualmente per consentire la scelta di un prodotto che sia adatto alle esigenze specifiche rilevate. Successivamente è stato emanato il regolamento delegato 2017/2359 del 2017 sulla distribuzione assicurativa con riferimento agli obblighi di informazione e le norme di comportamento applicabili alla distribuzione dei prodotti di investimento assicurativo in relazione ai conflitti di interesse, agli incentivi ed alla valutazione di idoneità e adeguatezza.

Prendendo atto che l'investitore al dettaglio fa fatica a comprendere ma anche a leggere documenti tecnici e non avendo gli strumenti per capire quale tra i prodotti sia adatto alle sue esigenze si trova in una posizione svantaggiata ³⁰⁸. Per superare tali asimmetrie informative il legislatore ha stabilito che gli intermediari debbano redigere un documento contenente *informazioni chiave* da mettere a disposizione dell'altra parte già nella fase precontrattuale. Il 23 giugno 2015 l'ESA (cioè il Comitato congiunto delle autorità di vigilanza europee: EBA, EIOPA ed ESMA) aveva pubblicato un documento di consultazione sui rischi, scenari e costi relativi ai *Key Information Documents (KIDs)* ³⁰⁹ per i *packaged retail and insurance-based investment products*. Il documento dovrà essere di agevole lettura e dovrà essere redatto secondo uno schema prestabilito, le cui sezioni corrispondono a domande poste in modo elementare proprio per permettere

³⁰⁸ V. *Discorso del Presidente Giuseppe Vegas, CONSOB, Incontro annuale con il mercato finanziario*, Milano 9 maggio 2016. Il presidente Vegas ha dichiarato «il prospetto informativo (...) non si è dimostrato un mezzo idoneo a fornire una risposta efficace al bisogno di conoscenza. Un eccesso di informazioni equivale quasi sempre a una carenza di informazioni».

³⁰⁹ Il modello di riferimento è allegato al regolamento delegato (UE) 653/2017, contenente le norme tecniche di attuazione (Rts: Regulatory Technical Standards) delle disposizioni di cui al regolamento PRIIPs.

di comprendere il prodotto e renderlo confrontabile con altri offerti. Oltre le informazioni che devono essere fornite sotto forma di documento chiave dovrebbero essere fornite informazioni aggiuntive che specificino i costi di distribuzione non inclusi nei costi indicati nel documento contenente le *informazioni chiave* in modo che il cliente possa capire l'effetto cumulativo di tali costi complessivi sul rendimento dell'investimento (Considerando 12). Partendo dal presupposto che gli IBIPs sono spesso prospettati al cliente come possibile alternativa o in sostituzione di altri prodotti di investimento, la IDD ha previsto un insieme di regole aggiuntive, allineate a quelle previste dalla MIFID II ed applicabili solo agli IBIPs, che tengono conto della componente finanziaria sottostante a tali prodotti. Le regole riguardano conflitti di interesse e incentivi, adeguatezza, appropriatezza, informativa alla clientela nonché la *product oversight governance*. Il D.lgs. 68/18 ha modificato il CAP e il TUF chiarendo il nuovo riparto di competenze. La vigilanza sulla distribuzione è ripartita in base al canale distributivo: a CONSOB il canale bancario ad IVASS tutti gli altri. La vigilanza sulla trasparenza precontrattuale è ripartita secondo la tipologia di documento (a CONSOB il KID, ad IVASS il DIP aggiuntivo), la vigilanza sulla POG del produttore è attribuita ad IVASS. Sebbene questo riparto di competenze sia complesso si registra un passo in avanti rispetto al sistema previgente per perseguire l'uniformità delle regole applicabili a prescindere dal canale e dal soggetto che vigila. Con il Regolamento n. 41/2018 l'IVASS, *Regolamento in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi* (applicabile dal 1 gennaio 2019) ha introdotto i nuovi DIP , che per gli IBIPs si affiancano al KID integrando le informazioni precontrattuali incluse quelle richieste dalla normativa Solvency II. Obiettivo dichiarato dall'IVASS nella relazione allegata è la *“razionalizzazione della normativa vigente al fine di accrescere la fruibilità per il mercato delle nuove regole, rafforzare la tutela degli assicurati, favorire la digitalizzazione del comparto assicurativo, ridurre gli obblighi*

amministrativi per gli operatori, eliminare le duplicazioni dei procedimenti sanzionatori per gli intermediari ³¹⁰.” Per quanto concerne la disciplina dell’informativa dei prodotti assicurativi, le imprese devono pubblicare due documenti chiave per il cliente: il KID (*Key Information Document*) e l’IPID (*Insurance Product Information Document*)³¹¹. Anche CONSOB, dopo la consultazione pubblica con il mercato, ha modificato il Regolamento Emittenti in materia di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione, con delibera n. 20710 del 21 novembre 2018³¹². La definizione di IBIP era stata già inserita nel TUF (art.1, co. 1, lett. w-bis 3) in occasione dell’adeguamento al Regolamento UE n. 1286/2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati (PRIIPs) operato dal D.lgs. n. 224/2016. Con il recepimento della IDD è stata superata la coesistenza della normativa nazionale di due definizioni non coincidenti, in linea con l’obiettivo di considerare gli IBIP come una categoria unitaria di prodotti, coerentemente con l’impostazione presente negli atti normativi europei. Alla luce del nuovo regime normativo che si è delineato in ambito europeo e nazionale con riferimento alla trasparenza precontrattuale relativa agli IBIP, la CONSOB è intervenuta sul Regolamento Emittenti principalmente con l’abrogazione dell’offerta al pubblico di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione. Le modifiche in esame entreranno in vigore il 1 gennaio 2019 contestualmente all’entrata in vigore del Regolamento IVASS n. 41/2018. In tal modo, a partire da tale data, la documentazione precontrattuale da rendere disponibile all’investitore sarà uniforme per tutti gli IBIP e sarà articolata nel KID PRIIPs (che illustra gli elementi chiave del prodotto) e il documento informativo precontrattuale aggiuntivo (DIP

³¹⁰ Relazione disponibile in www.ivass.it .

³¹¹ Il DIP VITA per i prodotti vita di “puro rischio” è previsto dal novellato Codice delle Assicurazioni come specificità nazionale.

³¹² Testo consultabile sul sito www.consob.it nella sezione Regolamentazione-consultazioni.

aggiuntivo) predisposto dall'IVASS (contenente le informazioni sull'emittente) in modo da assolvere ai requisiti previsti dalla Solvency II, con riferimento anche alla relazione sulla solvibilità, nonché ulteriori elementi informativi riferiti ai diritti ed obblighi dei contraenti.

Ulteriore novità riguarda le prescrizioni dettate in tema di compenso e di *status* dei soggetti che vendono prodotti assicurativi (Considerando 40). Le specificazioni in termine di retribuzione hanno l'obiettivo di rendere noto al consumatore il costo complessivo dell'operazione. Attualmente l'intermediario non è tenuto ad indicare la remunerazione versata dagli assicuratori né quante e quali imprese rappresenta e vi è l'idea che l'importo della commissione sia incluso nel premio assicurativo incidendo ben poco sul costo finale. In realtà l'entità della commissione può variare da compagnia a compagnia, così l'art. 19 prevede che senza distinzione tra i rami venga indicato la natura provvisoria o altra natura della remunerazione spettante al consulente. Una parte importante del dibattito si è incentrato sulla questione delle provvigioni, tradizionale forma di remunerazione della distribuzione assicurativa. Questa forma di remunerazione è stata messa in discussione nel corso dei negoziati essendo considerata da alcuni come un potenziale generatore di conflitti di interesse a danno del contraente e di conseguenza chiedendone la sostituzione con gli onorari. I sostenitori di questa tesi si sono basati sulle normative già presenti in alcuni Stati membri, come la Danimarca, la Svezia, la Finlandia, ma questa opinione non è prevalsa. Il testo della IDD prevede l'obbligo di *disclosure* non sulla misura delle remunerazioni ma sulla natura di queste e del soggetto chiamato a pagare le commissioni.

Tra gli altri obblighi gravanti sugli intermediari e le imprese vi sono quelli relativi alla conservazione di documenti in cui sono specificati i diritti e gli obblighi delle parti, la consegna di informazioni periodiche su supporto

durevole e la consegna, in caso di consulenza, di una dichiarazione di idoneità che specifichi in che modo risponda alle esigenze del cliente.

Infine sono da richiamare le regole sui c.d. POG in materia di governo e controllo di prodotti. Le imprese sono tenute ad adottare procedure volte alla approvazione di ciascun prodotto prima della commercializzazione e distribuzione dello stesso. La previsione di regole di *product governance* sono analoghe a quelle previste dalla MIFID II e quindi fondate sulla dialettica fra *product manufacturer* e *product distributor*.

2.2. *La Product Oversight Governance*

La Direttiva introduce un sistema generalizzato di governo e controllo del prodotto, il cui scopo è quello di garantire che tutti i prodotti assicurativi in vendita ai clienti rispettino le esigenze del mercato di riferimento al fine di evitare e ridurre preventivamente, sin dalla costruzione dei prodotti, eventuali rischi di non rispetto delle norme a tutela del consumatore. Le norme sui POG interessano primariamente i soggetti che realizzano i prodotti assicurativi (ossia le Imprese) obbligandoli ad adottare, a gestire e controllare una politica di governo e di controllo del prodotto volta a garantire che tutti i prodotti commercializzati siano adeguati al mercato di riferimento. Ai sensi del terzo capoverso dell'art. 25 della IDD il processo in parola non si riduce ad un esame *una tantum* da effettuarsi prima che il prodotto assicurativo divenga oggetto di offerta e distribuzione, ma al contrario è necessario che esso sia inserito stabilmente nell'organizzazione dell'impresa. L'art. 25 della IDD introduce la figura del c.d. *manufacturer de facto* inteso come l'intermediario assicurativo che sia nella realizzazione di un nuovo prodotto sia nella modifica di un prodotto esistente, ne determini autonomamente gli elementi significativi (ad es. la copertura, i costi, i rischi, le prestazioni e le garanzie), rispetto ai quali l'impresa di assicurazione, che assume i relativi rischi, non apporti

modifiche sostanziali. Tale disciplina è stata dettata lo scorso 1 febbraio 2017 dall'EIOPA attraverso il *Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*.

La nuova disciplina anticipa la protezione degli assicurati al momento in cui il prodotto è ideato, questa maggiore trasparenza dovrebbe fungere da deterrente a quei comportamenti non conformi al *best interest* del cliente ³¹³. Il fondamento di questa disciplina può essere individuato in Solvency II³¹⁴, la direttiva nel momento in cui afferma che le imprese devono *assicurare la sana e prudente gestione della loro attività* non si riferisce solo alla fase dei controlli ma anticipa quello che è il fulcro fondamentale della normativa POG. Se l'obiettivo della vigilanza e della regolazione assicurativa è la protezione degli assicurati e dei beneficiari delle prestazioni, la sana e prudente gestione dell'attività deve essere finalizzata ad assicurare che il prodotto, e quindi i contratti di assicurazione, siano conformi agli interessi degli assicurati. Solvency II è tuttavia rivolta alle imprese ed è soprattutto l'inserimento dei POG nella MIFID II³¹⁵ che traccia la strada per l'ingresso nella IDD. Per quanto concerne il nostro ordinamento l'IVASS con la lettera al mercato del 4 settembre 2017 ³¹⁶ aveva già diffuso alcune linee guida sulla redazione e contenuto del POG da parte delle imprese. A fronte delle diverse complessità dei diversi prodotti

³¹³Cfr. P. MARANO, *La Product Oversight Governance*, in *Ass.*, 2017, 217.

³¹⁴Sul tema G. REDAELLI, *Solvency II, Innovazione nella regolamentazione e riflessi per le imprese di assicurazione*, Milano, Francoangeli, 2017.

³¹⁵In tal senso K. TOMIC, *Product intervention of supervisory authorities in financial services*, in P. MARANO- S. GRIMA (edited by), *Governance and regulation: contemporary issues*, Bingley, Emerald publishing, 2018, 239 ss

The product governance rules under MIFID II, including guidelines issued by ESMA, take effect from January 3, 2018, by requiring MIFID firms to take responsibility from the manufacture, the distribution, anche the post-distribution phase, that is, during the entire life cycle of their financial instruments or structured deposits in the scope of MIFID II in a way that ensures that the relevant products are designed in the best interest of target clients.

³¹⁶La finalità è quella di assicurare che i prodotti assicurativi siano sempre consoni alle esigenze dei clienti per i quali sono stati disegnati, Cfr. IVASS, comunicato stampa del 4 settembre 2017, *Lettera al mercato sull'applicazione delle nuove disposizioni europee a tutela del consumatore in materia di governo e controllo del prodotto*, in www.ivass.it.

l'esperienza pratica condurrà all'esigenza di non ridurre il POG a formule standardizzate ma preferire approcci più dettagliati e mirati alle singole funzioni di tutela di volta in volta predicate. Sicuramente la disciplina in questione è una delle più significative tra quelle introdotte dalla IDD poiché rappresenta uno strumento utile a migliorare la tutela del consumatore attraverso una sensibilizzazione delle Imprese alle effettive esigenze del mercato. Parlare di tutela dell'investitore in termini di governo dei prodotti impone all'intermediario di considerare lungo tutta la catena la centralità dell'interesse del potenziale cliente. Con l'introduzione di tale disciplina la tutela degli assicurati non viene limitata all'imposizione di una regolamentazione nel rapporto che intercorre tra essi e gli intermediari ma viene portata all'interno dell'assetto organizzativo imponendo vincoli *volti ad assicurare che la tutela dell'investitore divenga parte del modello di compliance dell'intermediario stesso*³¹⁷. Il POG è uno strumento ulteriore a protezione dell'assicurato rispetto a quelli che presidiano la relazione al punto vendita fisico.

3. MIFID II E IDD: discipline a confronto

Tra la IMD e la IDD interviene la Direttiva 2014/65/UE (d'ora in poi MIFID II) destinata a regolamentare in Europa la distribuzione dei prodotti finanziari non assicurativi. La IDD recepisce al suo interno molti principi della MIFID II³¹⁸ e in questo trova il suo scopo, cioè dettare un nuovo regime sulla distribuzione che vada in parallelo con la disciplina MIFID II. Tra le differenze è da notare che la MIFID II è una direttiva di massima armonizzazione dove vi è un ampio consenso comunitario, la IDD è di minima armonizzazione, detta un contenuto essenziale.

³¹⁷Così testualmente S. LANDINI, *Appropriatezza, adeguatezza e meritevolezza dei contratti di assicurazione*, in Ass., I, 2017, 56.

³¹⁸ Per un'analisi approfondita della Direttiva V. *La MIFID II, Rapporti con la clientela-regole di governante-mercati*, v. TROIANO- R. MOTORINI (a cura di), in *Saggi e monografie di diritto dell'economia*, Milano, Cedam, 2016.

Considerato che gli investimenti che riguardano contratti assicurativi sono spesso messi a disposizione dei consumatori come alternative degli strumenti finanziari regolamentati o in sostituzione degli stessi (Considerando 87) volendo combattere i rischi di arbitraggio regolamentare e di diversità di condizioni, *unlevel playing field*, derivanti dall'assenza di armonizzazione per i prodotti assicurativi aveva introdotto *ex art. 91*, quale nuovo Capo della IMD il Capo III *bis*, il quale prevedeva per la prima volta nella normativa europea la categoria del *prodotto d'investimento assicurativo*, *Insurance Based Investment Products*, c.d. IBIP.

La MIFID II ha introdotto una serie di norme concernente i prodotti assicurativi di investimento³¹⁹ a partire dalla loro definizione (così si ha la prima definizione europea di prodotto di investimento assicurativo)³²⁰ per poi focalizzarsi sulla gestione dei conflitti d'interesse, visti come connessi al rapporto di intermediazione. Si parla in tal senso di "Mifidizzazione"³²¹ per riferirsi all'impatto che ha la regolazione sui prodotti finanziari sul settore assicurativo, in particolare modo con riferimento alle assicurazioni sulla vita. La nuova categoria di prodotto di investimento assicurativo segna un ampliamento nella definizione nell'art. 83 del Regolamento Intermediari di prodotto finanziario assicurativo (che include le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V), così le polizze di ramo I e a gestione separata e le polizze multi-ramo, fino ad oggi escluse dalla disciplina italiana potranno

³¹⁹ Il Considerando 87 della MIFID II dice che «gli investimenti che riguardano contratti assicurativi sono spesso messi a disposizione dei consumatori come potenziali alternative agli strumenti finanziari regolamentati dalla presente direttiva o in sostituzione degli stessi. Al fine di fornire una protezione coerente ai clienti al dettaglio e garantire condizioni di parità per prodotti simili, è importante che i prodotti di investimento assicurativo siano sottoposti a opportuni requisiti».

³²⁰ Tra cui rientrano le polizze caso vita il cui rendimento sia collegato dall'andamento delle gestioni separate (c.d. rivalutabili; sono speciali forme di gestione degli investimenti separate dalle altre attività dell'impresa di assicurazione che possono essere utilizzate in fondi pensione ma prevalentemente vengono usate nei contratti di assicurazione sulla vita del ramo I e sono contraddistinte da una composizione degli investimenti particolarmente prudentiale).

³²¹ Sull'argomento P.MARANO, *The "Mifidization": The Sunset of Life Insurance in the EU Regulation on Insurance?*, in *Liber Amicorum in Honour of I.R. Rokas*, Atene, 2016.

essere attratte nella disciplina dettata per i prodotti di investimento assicurativi. In secondo luogo la MIFID II ha introdotto regole di condotta più stringenti, modellate su quelle previste per i prodotti di investimento, volte ad improntare l'azione dei distributori a principi di imparzialità, onestà e professionalità. Queste norme, a seguito dell'emanazione della IDD, sono state abrogate, ma hanno costituito la base per delineare una disciplina maggiormente articolata sulla materia. La necessità di avere due corpi normativi regolanti, uno, la tutela dell'investitore in prodotti finanziari e, l'altro, la tutela dell'investitore in prodotti finanziari assicurativi nasce dalla architettura³²² della vigilanza sugli intermediari finanziari³²³ che per questi profili che stiamo considerando vedono coinvolte due Autorità: l'ESMA e l'EIOPA. La vigilanza impone, soprattutto nelle zone di intersezione della disciplina, come nel caso di distribuzione di prodotti finanziari assicurativi una stretta collaborazione tra le Autorità di vigilanza coinvolte.

I POG , l'innovazione più significativa introdotta dalla IDD , sono un richiamo della MIFID II e anche l'emblema di quel fenomeno definito "mifidizzazione" della distribuzione assicurativa. Tra le due discipline vi sono tuttavia delle differenze. Nella IDD la POG si applica a tutti i prodotti assicurati in quanto a livello sistematico la disciplina è posta tra le norme che trovano collocazione nella parte generale e, di conseguenza, vi sarà la POG dei prodotti danni, quella dei prodotti vita e di quelli finanziari. Le differenze sono dovute alla circostanza che un prodotto assicurativo anche se dotato di elementi di finanziarizzazione non può essere paragonato *tout court* ad un prodotto finanziario, ma mantiene la sua natura di contratto assicurativo. Nella disciplina designata dalla IDD il ruolo poi del produttore

³²² Sul tema consultare per un approfondimento V. SANTORO, *Una nuova architettura europea di vigilanza finanziaria?*, in *Banca impresa società*, II, 2018, 193-206.

³²³ Come esplicitato nel Considerando 27 della MIFID II « è opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva le imprese di assicurazione (vita) le cui attività sono oggetto di opportuna vigilanza da parte delle autorità competenti in materia di vigilanza prudenziale e che sono soggette alla direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1) quando svolgono le attività previste in tale direttiva. ».

è centrale ed è messo in luce a partire dalla costruzione del prodotto e dall'individuazione del *target market* e poi a seguire del canale distributivo corretto per quel prodotto.

Il modello neoclassico secondo cui la tutela del cliente è vincolata alla disciplina della trasparenza viene affiancato dalla previsione di obblighi più stringenti e dettagliati gravanti sull'intermediario nei confronti dell'investitore. Se già nella MIFID si prevedeva che l'intermediario fosse tenuto al raggiungimento del migliore interesse del cliente, nella MIFID II si crea una commistione tra tale onere e la modifica dell'assetto organizzativo delle società di intermediazione finanziaria, vincolandole all'incorporazione della tutela dell'investitore nella struttura organizzativa stessa ³²⁴. L'obiettivo è quello di assicurare che i produttori-distributori di prodotti finanziari subordinino l'intero ciclo di vita del prodotto o servizio *al migliore interesse del cliente* ³²⁵. Gli intermediari dovranno confezionare prodotti gravati da un duplice vincolo di destinazione: il mercato di negoziazione e la tipologia di cliente finale ³²⁶. I criteri di scelta utilizzati per definire i due vincoli dovranno essere soggetti a revisione periodica. È previsto inoltre un terzo vincolo, di natura oggettiva, che impedisca la vendita del prodotto qualora non idoneo a soddisfare l'interesse del cliente. Nel caso in cui l'intermediario voglia raccomandare al cliente uno strumento finanziario non rientrante in una delle categorie standard, dovrà fornirgli tutte le informazioni necessarie alla comprensione del mercato di riferimento del prodotto e delle sue caratteristiche.

Per quanto concerne la vendita abbinata il legislatore europeo non solo non ha vietato le vendite abbinate riguardanti prodotti assicurativi ma

³²⁴ S. MORLINO, *La Product Governance nel nuovo regime MiFID 2*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2015, 1 ss.

³²⁵ ESMA, *Final report: guidelines on MiFID II product governance requirements*, point, 2017, 6 ss.

³²⁶ Orientamenti ESMA, n. 20 § 2. L'acquisizione delle informazioni avviene tipicamente tramite questionari nel rispetto delle linee guida fornite dall'ESMA.

ha precluso anche ai legislatori nazionali di intervenire con disposizioni che avrebbero derogato all'armonizzazione raggiunta³²⁷. Il legislatore europeo ha attribuito alle Autorità di supervisione finanziaria³²⁸ il compito di elaborare e aggiornare periodicamente orientamenti per la vigilanza di pratiche di vendita abbinata. Tuttavia bisogna sottolineare come le scelte fatte in sede europea sulle vendite abbinata non siano omogenee tra loro, mentre la MIFID II consente (art. 24 § 11) che i prodotti o servizi d'investimento siano offerti insieme ad un altro prodotto come parte di un pacchetto o come condizione per l'ottenimento di tale pacchetto, la IDD impone la facoltà del cliente di poter acquistare separatamente il bene o servizio diverso da quello assicurativo.

La regola di adeguatezza (la c.d. *suitability rule*), vista come una sorta di «personalizzazione» delle operazioni di investimento³²⁹, già operante nel regime previgente, è stata profondamente rinnovata. La regola dell'adeguatezza, nell'ordinamento interno, è disciplinata, in via regolamentare, dagli artt. 39 «Informazioni dai clienti nei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli» e 40 «Valutazione dell'adeguatezza» del Regolamento Intermediari³³⁰.

Un'attenuazione degli obblighi è prevista quando gli intermediari forniscono il servizio di consulenza in materia di investimenti o gestione portafoglio ad un cliente professionale, presumendo che abbia un livello di

³²⁷ Contrasterebbe con il Considerando 54 «le disposizioni della presente direttiva in materia di vendita abbinata non dovrebbero pregiudicare l'applicazione di atti legislativi dell'Unione che stabiliscono le norme applicabili alle pratiche di vendita abbinata in relazione a talune categorie di prodotti o servizi».

³²⁸ V. artt. 24 §11 MIFID II e 24 § 4 IDD. In forza dell'art. 24 § 4 della IDD «l'EIOPA può elaborare orientamenti per la valutazione e la vigilanza delle pratiche di vendita abbinata indicando le situazioni in cui le pratiche di vendita abbinata non sono conformi agli obblighi di cui all'art. 17».

³²⁹ A. COLLETTI, *Il conflitto di interessi nella disciplina dei servizi di investimento*, in L. DI NELLA (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari: applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MiFID*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007, 116 ss.

³³⁰ Sul tema. S. LANDINI (nt. 315), 39 ss.

esperienze e conoscenze ai fini della corrispondenza dell'investimento ai propri obiettivi. In questo ambito si sottolinea un collegamento tra MIFID II e IDD³³¹.

Il 21 settembre 2017 è stato approvato il Regolamento Delegato (UE) 2017/2359 della Commissione (di seguito Regolamento) che specifica alcune disposizioni di carattere generale contenute nella IDD. In base al Regolamento vi è conflitto tra interesse dell'impresa/intermediario ed interesse del cliente quando il primo è distinto dal secondo ed ha una potenziale influenza sul risultato delle attività di distribuzione a svantaggio del cliente. Rispetto alla disciplina prevista da MIFID II, è interessante notare che la normativa contenuta nell'IDD e nel Regolamento non contemplano, tra le situazioni di conflitto, i benefici monetari e non monetari percepiti da terzi. Secondo quanto riferito dalla Commissione nell'introduzione alla proposta di Regolamento, tale scelta, che si discosta dal parere tecnico fornito da EIOPA in data 1 febbraio 2017, è stata adottata *al fine di rispecchiare meglio le differenze fra il trattamento degli incentivi nella direttiva IDD e quelli contenuti nella direttiva MiFID II*, con particolare riferimento al diverso criterio di inammissibilità degli incentivi previsto dalle due normative. Nel rispetto del principio di proporzionalità, le imprese e gli intermediari dovranno adottare per iscritto una politica sui conflitti in cui sono evidenziate le circostanze che generano o possano generare una situazione di conflitto e le procedure e le misure da adottare per la sua gestione al fine di evitare la lesione dell'interesse del cliente.

Proprio in tema di incentivi si palesa forse la differenza formale maggiore tra la disciplina della Direttiva IDD e la disciplina di MIFID II.

³³¹ L'art. 20 IDD prevede che «qualsiasi contratto proposto deve essere coerente con le richieste e le esigenze assicurative del cliente». quanto all'appropriatezza l'art. 42 stabilisce che «gli intermediari verificano che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta».

Nella prima il pagamento degli incentivi è consentito solo se *non hanno alcuna ripercussione negativa sulla qualità del pertinente servizio al cliente*”, mentre nella seconda gli incentivi sono ammessi se solo hanno lo scopo di *“accrescere la qualità del servizio fornito*. Mentre dunque la IDD introduce un criterio negativo, MIFID II ne impone uno positivo.

Al di là delle differenze terminologiche, si può comunque convenire sul fatto che gli incentivi devono, sia in ambito IDD che MIFID II, essere proporzionati e giustificati sulla base della qualità del servizio offerto.

4. Recepimento della IDD in Italia

Il quadro normativo nazionale è caratterizzato dalle norme contenute nel CAP e dai regolamenti di attuazione emanati a suo tempo dall’ISVAP: il Regolamento n. 5 del 16 ottobre 2006, sulla disciplina dell’attività di intermediazione assicurativa e riassicurativa di cui al titolo IX e di cui all’art. 183 del CAP e il Regolamento n. 6 del 2 dicembre 2014 sulla disciplina dei requisiti professionali degli intermediari assicurativi e riassicurativi. Il D.lgs 21 maggio 2018 n. 68 di attuazione della IDD è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.138 del 16 giugno. il decreto è entrato in vigore a partire dal 1 luglio e si applica dal 1 ottobre 2018³³². Il decreto modifica il CAP integrando, modificando e sostituendo disposizioni in esso contenute³³³. La definizione dell’attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa è stata introdotta nel nuovo art. 106 del CAP ha arricchito la nozione d’intermediazione, definendo tale: *l’attività di intermediazione assicurativa consistente nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall’incarico intermediativo, nella conclusione dei*

³³² Per un primo commento al decreto approvato in esame preliminare al Governo V. A. CANDIAN, *Il recepimento della IDD in Italia*, in www.dirittobancario.it, 2018.

³³³ Per un approfondimento R. MORELLO, *Le nuove misure per l’innalzamento della qualità del servizio di distribuzione assicurativa*, in *Corr. giur.*, 2018.

contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati. Questa definizione, per la sua ampiezza, ha reso necessari molti adattamenti nella terminologia impiegata dal CAP.

Ai sensi dell'art. 30 *decies* CAP, d'ora innanzi tutti i nuovi prodotti assicurativi (nonché ogni loro “modifica significativa”) dovranno attraversare, prima di essere commercializzati, un processo di approvazione che individua per ciascun prodotto il mercato di riferimento e le categorie di clienti ai quali il prodotto non può essere distribuito. Il processo deve essere tale da garantire che tutti i rischi specificamente attinenti al mercato di riferimento siano stati analizzati e che la strategia di distribuzione prevista sia coerente con il mercato di riferimento stesso, adottando *ogni ragionevole misura* per assicurare che il prodotto assicurativo sia proposto soltanto a soggetti per i quali esso è appropriato. Successivamente coloro che hanno realizzato e approvato i prodotti assicurativi dovranno periodicamente analizzarli e riesaminarli, tenendo conto di qualsiasi evento che possa incidere significativamente sui rischi potenziali per il mercato di riferimento individuato, al fine di valutare se il prodotto continui ad essere coerente con le esigenze della clientela e se la strategia distributiva inizialmente prevista continui a essere adeguata. Questa disciplina dovrebbe permettere di scongiurare uno dei rischi della distribuzione: ossia che gli obiettivi posti dai produttori non rispecchino le reali esigenze della clientela. Il distributore deve essere in possesso di tutte le informazioni relative al processo di approvazione e di governo del prodotto assicurativo distribuito, tra le quali l'indicazione delle specifiche esigenze che il contratto è rivolto a soddisfare e della tipologia di contraente per cui il prodotto è appropriato. Il legislatore italiano ha dettato un principio importante dove si prevede che IVASS sentita CONSOB si applichino gli stessi criteri di MIFID II.

Inoltre il distributore, prima della conclusione di un contratto di assicurazione, deve acquisire dal contraente ogni informazione utile a identificare le richieste ed esigenze del contraente stesso, al fine di valutare l'adeguatezza del contratto offerto, e deve fornire informazioni oggettive sul prodotto assicurativo in una forma comprensibile al fine di consentire una decisione informata (art. 119 ter, comma 1, CAP). Tali obblighi gravano sul distributore anche se egli non fornisce al consumatore un servizio di consulenza; se tale servizio è fornito, allora il distributore dovrà consegnare al contraente anche una "raccomandazione personalizzata" contenente i motivi per cui è stato consigliato un particolare contratto, previa analisi di "un numero sufficiente di contratti di assicurazione disponibili sul mercato" (art. 119 ter, commi 3 e 4, CAP), analisi dunque non limitata ai prodotti trattati da quel distributore. Oltre³³⁴ al *documento informativo precontrattuale* redatto dal soggetto che ha realizzato il prodotto assicurativo (DIP, DIP Vita o KID a seconda dei casi: artt. 120, comma 3, e 185 CAP), vi è poi una serie davvero ampia di informazioni che il distributore è tenuto a fornire al consumatore, secondo le modalità di cui all'art. 120 *quater* CAP, rispetto non solo ad alcuni dati basilari circa l'identità del distributore e la sua effettiva iscrizione nell'apposito registro (art. 120, commi 1 e 2, CAP), bensì anche alle modalità di remunerazione del servizio distributivo (art. 120bis, *trasparenza sulle remunerazioni*) e alle situazioni di conflitto d'interesse (art. 120ter, *trasparenza sui conflitti d'interesse*). In virtù di tali disposizioni gli intermediari anche a titolo accessorio dovranno comunicare al contraente, prima della conclusione del contratto, la natura - ma non l'ammontare - del compenso ricevuto in relazione al contratto distribuito (cioè se il compenso consista in un onorario a carico del cliente, o in una commissione inclusa nel premio assicurativo, o in un beneficio economico di altro tipo, o in una combinazione delle

³³⁴ Il documento informativo non deve essere accorpato alle informazioni precontrattuali ma deve trattarsi di un documento a sé stante.

predette modalità di retribuzione), riferendo altresì i rapporti intrattenuti con l'impresa di assicurazione e chiarendo se è stata fornita al cliente una consulenza basata su un'analisi imparziale e personale. Il 2 agosto 2018 l'IVASS ha adottato vari regolamenti attuativi della nuova materia: il Regolamento n. 40 che integra e modifica la precedente normativa secondaria (ISVAP n. 5/2006 e n. 34/2010), il Regolamento n. 41 (che sostituisce e aggiorna il Reg. ISVAP n. 35/2010)³³⁵, il Regolamento n.39 recante la procedura di irrogazione delle sanzioni amministrative e le disposizioni attuative. Il regolamento n. 40 ha come finalità quella di disciplinare l'attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa, di cui all'art. 106 CAP, così come modificato dal decreto di recepimento. Il contenuto dello stesso è organizzato in quattro macroaree: requisiti di accesso e di esercizio dell'attività di distribuzione; formazione e aggiornamento professionale; regole di comportamento e informativa precontrattuale; promozione e collocamento di contratti di assicurazione mediante tecniche di comunicazione a distanza ³³⁶. Il regolamento n. 41 contiene la revisione :dell'informativa precontrattuale (in coordinazione del novellato CAP che ha introdotto il documento informativo per i prodotti danni DIP, per i prodotti vita DIP VITA e per i prodotti di investimento KID)³³⁷; il potenziamento della digitalizzazione; un rafforzamento della tutela del contraente e lo sforzo di semplificazione della normativa regolamentare.

Per dare maggiore incisività alle regole di trasparenza si prevede l'estensione al settore assicurativo di un istituto sperimentato nel settore bancario e finanziario: il c.d. ADR (*Alternative Dispute Resolution*), la risoluzione stragiudiziale delle controversie con lo scopo di alleggerire il

³³⁵E. VIVORI, in www.insurancedaily.it, 2018, n.1395.

³³⁶Relazione IVASS al Regolamento n.40 2 agosto 2018.

³³⁷L'allegato 4 al Regolamento n.41 contiene un formato standardizzato di detto documento.

contenzioso giudiziario e i costi con effetti positivi anche sul livello di tutela degli assicurati.

Sebbene molti istituti fossero presenti nel nostro ordinamento il disegno legge va ad incidere nel rapporto tra intermediari e clienti rafforzandolo. Molti obblighi di condotta sono posti a carico delle imprese di assicurazione e degli intermediari per dar forma ad una *assicurazione responsabile*³³⁸. Ma per garantire alla clientela un servizio davvero in grado di garantire protezione è importante che vi sia anche maggiore partecipazione dei clienti, e un atteggiamento di corresponsabilità³³⁹. La conseguenza del diffondersi di processi di valutazione dei prodotti sempre più complessi ha come conseguenza anche una evoluzione nelle scelte di acquisto dell'utente. Quest'ultimo non si limita a premiare o penalizzare i comportamenti delle imprese, acquistando o no i prodotti, ma allo stesso tempo non potendo controllare tutto il processo produttivo e deve affidarsi al produttore in un'ottica di un rapporto sempre più incentrato sulla fiducia.

5. Raccordo tra principi già esistenti nell'ordinamento e novità introdotte

La IDD da un lato rafforza alcuni principi già esistenti nel nostro ordinamento e dall'altro lato introduce delle novità. La IDD, nel suo obiettivo principale di innalzare il livello di tutela del consumatore, consolida nell'ordinamento europeo principi e regole già esistenti nella regolamentazione italiana. Un principio già esistente nel nostro ordinamento è *ex art. 109 CAP* sull'ampiezza delle categorie di intermediari previste

³³⁸ Si veda l'analisi di M. HAZAN, *L'assicurazione "responsabile" e la responsabilità dell'assicuratore: quali prospettive dopo IDD?*, in *Danno e Resp.*, 2017, 630 ss.

³³⁹ Così testualmente R. BEGHINI, *Sistemi di competenza nella piccola impresa. Uno studio su professionalità e responsabilità sociale tra gli imprenditori del mobile della pianura veneta*, in R. ZONIN- A. CUCCATO- P. RODINA (a cura di), Milano, Francoangeli, *Economia e politica industriale*, 2004, 32, «C'è una sorta di capitale sociale e spirituale fatto di partecipazione e di corresponsabilità (...) il cui peso e influsso sta imponendosi sempre di più nelle dinamiche del processo produttivo».

nella Sezione D del Registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi. Infatti alla lett. *d* tra gli intermediari sono già ricomprese *le banche (...), gli intermediari finanziari (...), le società di intermediazione mobiliare (...)* la società *Poste italiane*.

Tra altri principi già presenti nel nostro ordinamento vanno annoverati quelli contenuti nel TUF. I prodotti finanziari assicurativi sono stati già soggetti alla normativa in esso prevista (art. 25 *bis*) caratterizzata da una disciplina dettagliata non inferiore a quella prevista dalla IDD per gli IBIP. Tra i principi che avevano già una parziale o totale consacrazione nel nostro ordinamento citiamo anche l'art. 131 CAP, il quale in materia di informativa precontrattuale prevede l'obbligo di dover prestare al cliente preventiva informazione sulle provvigioni che gli sono riconosciute dall'impresa; una serie di adempimenti in capo agli intermediari previsti dal Reg. ISVAP n. 5/2006; in materia di promozione e collocamento a distanza gli art. 183 e 191 CAP e il Reg. ISVAP n. 34/2010 ³⁴⁰.

In relazione, invece, a quelle che sono state le novità introdotte dalla nuova Direttiva è opportuno citare il Registro Unico Elettronico degli intermediari transfrontalieri tenuto dall'EIOPA; le ulteriori informazioni richieste all'intermediario in fase di registrazione nello Stato di origine; l'obbligo di collocare il prodotto solo se rispetta le esigenze assicurative del cliente (*demands and needs test*); e soprattutto nuovi obblighi informativi precontrattuali che vanno ad arricchire quelli esistenti, e non da meno la disciplina sui POG. La direttiva «*lascia il preesistente quadro normativo immutato nelle sue linee principali, ma delinea gli strumenti (ad esempio, la Product Oversight governance, Pog) per garantire*

³⁴⁰ Sul punto S.B. TAGNANI, *Il fenomeno dei "siti comparativi"*, in *Ass.*, 2017, I, 72 ss.

un'adesione profonda degli operatori al principio di adeguatezza e di correttezza nelle condotte di mercato»³⁴¹.

La preoccupazione per la futura tutela dei consumatori risiede nella possibilità di proliferazione di forme di distribuzione che, sfruttando le forme di esenzione, potrebbero abbassare il livello di informazione, di trasparenza e analisi dei bisogni dei clienti offrendo coperture assicurative di basso valore economico.

Nel nostro ordinamento il CAP è intervenuto per rafforzare quegli strumenti a presidio dell'equilibrio contrattuale predisponendo norme di comportamento finalizzate³⁴² a garantire la trasparenza nelle operazioni contrattuali. Tuttavia occorre precisare che, sia le norme settoriali che la *lex specialis de qua*, come i regolamenti emanati dall'IVASS e il recepimento di normative europee devono coordinarsi *in primis* con le disposizioni codicistiche. La proliferazione di fonti normative di derivazione nazionale e internazionale rischia di porre in pericolo la coerenza dell'ordinamento. Non bisogna dimenticare che il nostro codice civile, conscio di non poter regolare ogni fatto giuridico con previsioni specifiche, aveva predisposto clausole generali. Il dovere generale di buona fede e correttezza ai sensi dell'art. 1175 c.c. si traduce nell'adempire la propria obbligazione avendo il giusto riguardo all'interesse del creditore e ai sensi dell'art. 1375 c.c. nell'eseguire il contratto in buona fede. Nell'ambito del contratto assicurativo l'applicazione della clausola generale della buona fede si traduce

³⁴¹ Queste le parole di S. ROSSI in occasione della presentazione della relazione sull'attività svolta dall'istituto di vigilanza nel 2017 in cui ha voluto rimarcare l'impatto significativo che la *Insurance Distribution Directive* avrà anche sul mondo dell'intermediazione assicurativa.

³⁴² In questo senso «le clausole generali non descrivono una fattispecie e sono prive di un proprio ambito operativo essendo destinate ad operare negli ambiti di altre norme » A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 ss. Sul punto V. anche P. RESCIGNO *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998 ;V. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

nell'imporre agli intermediari di proporre prodotti assicurativi che siano realmente utili³⁴³. La disciplina generale non deve essere accantonata ma deve essere letta in coordinato con la disciplina di settore. Può accadere che nonostante la previsione di ulteriori e dettagliati obblighi informativi e comportamentali, dato l'alto tecnicismo del settore, queste predisposizioni non siano comunque sufficienti a mettere in guardia il contraente sulle potenziali rischiosità dei prodotti assicurativi e necessitano di essere integrati alla luce dei principi generali di buona fede e correttezza³⁴⁴.

CONCLUSIONI

Il punto di partenza di questo lavoro è stata la presa d'atto che nel panorama del diritto contrattuale europeo la categoria dei contratti con i consumatori perde la centralità che aveva acquistato a favore dell'implementazione di norme che tendono a tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, ma tale parte non viene più identificata con la sola figura del consumatore. L'evolversi della tecnica, l'emergere della contrattazione di massa, l'epoca moderna hanno fatto emergere la necessità di prevedere meccanismi che intervenissero tra le parti nella negoziazione, infrangendo il *sacro* principio della autonomia contrattuale per bilanciare lo squilibrio esistente tra le stesse. Tappa fondamentale di tale percorso, nonché indice di una linea evolutiva che procede in tal senso, è la categoria del contratto asimmetrico, entro la quale vengono ricondotte tutte le varie posizioni di debolezza. Certamente anche la contrattazione assicurativa, contratto di massa per

³⁴³ Così Cass. 24 aprile 2015, n. 8412, in *Il Foro.it*, «devono garantire contratti che siano utili e coerenti con il profilo di rischio» cioè deve configurarsi un ricorso ad una assistenza nel processo decisionale.

³⁴⁴ S. ADDABBO, *Intermediazione assicurativa e cooperazione attuativa nelle dinamiche contrattuali*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2017, 246, specifica come «le clausole generali si ergano a strutture flessibili in grado di assicurare maggiore tutela all'assicurato nelle variegate e poliedriche discipline contrattuali di assicurazioni».

eccellenza, rientra in tale categoria vedendo contrapposte due parti, l'assicuratore in senso lato e il cliente. Si parla quindi non più di consumatore o assicurato, concetti che evocano tecnicismi e problematiche annesse, ma di cliente, identificando costui come controparte svantaggiata e non ricercando per la sua identificazione criteri astrusi e riferimenti alla qualificazione soggettiva. Il legislatore, intervenendo a tutela della parte debole ha cercato di rilanciare il rapporto intervenendo e cercando di sanare il *gap* informativo tra le parti. Da qui l'ispessimento degli obblighi informativi, dovuto alla concezione di una politica della concorrenza liberale, ispirata alla lotta contro l'abuso di potere economico, volta a correggere lo squilibrio cognitivo esistente tra le parti, squilibrio che diventando luogo di abuso non permette di incentivare la concorrenza e di promuovere servizi di qualità, questo soprattutto in quei settori caratterizzati da elevata opacità. Il dibattito sull'efficienza o meno di questi sistemi si è sviluppato a seguito delle direttive comunitarie a tutela del consumatore e a seguito della disciplina sulla trasparenza dei servizi bancari e finanziari. In questi ambiti è emersa l'idea che le regole di conoscenza siano essenziali per rendere note al cliente le condizioni contrattuali ed essere una torcia nell'opacità dei tecnicismi adoperati dagli operatori del settore così da offrire assistenza al cliente. In realtà viene da chiedersi se questa massiccia informazione porti davvero agli obiettivi desiderati. Questo modello basato su strategie informative *overloading* è stato messo alla prova dalla recente crisi economica, che ha dimostrato come anche operatori sofisticati³⁴⁵ possano compiere decisioni non prettamente razionali. L'inadeguatezza del modello incentrato sulla *disclosure*, soprattutto in ambito di negoziazione di strumenti finanziari, ha spinto il legislatore comunitario, ancora prima della crisi economica, ad emanare la direttiva 39/2004/CEE c.d. MIFID, per

³⁴⁵ In tal senso. MAZZAMUTO, *Il contratto nel tempo della crisi*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, 264 ss., che sottolinea come una delle spiegazioni fornite alla crisi dei mutui immobiliari americani si fondi proprio sulla incapacità, anche tra operatori professionali, di estrapolare informazioni.

proteggere l'investitore attraverso una disciplina incentrata sugli obblighi posti a carico dell'intermediario nei confronti del cliente. La diffusione di strumenti finanziari sempre più complessi rende necessario forme di tutela più pregnanti che vadano oltre la politica incentrata sulla sola *disclosure*³⁴⁶.

Il tempo e la concreta applicazione delle nuove regole diranno se e quanto le nuove misure si riveleranno davvero efficaci, ma deve comunque darsi atto che lo sforzo profuso in questa direzione è stato notevole. La IDD si pone su questa scia, avendo come obiettivo fondamentale quello di innalzare la tutela del consumatore. Oltre alla previsione di obblighi di *disclosure*, si è intervenuti con il nuovo sistema di governo e controllo anche sulla fase dell'ideazione per evitare che vengano commercializzati prodotti non adeguati alle reali esigenze della clientela. Anche sul lato delle sanzioni il legislatore ha ispessito le conseguenze della violazione delle norme per passare da una tutela formale ad una sostanziale. I Considerando 58 e 60 della Direttiva sottolineano l'esigenza di modificare l'impianto sanzionatorio delle compagnie assicurative e dei distributori ma si focalizzano sulla previsione di più elevate sanzioni amministrative. Viene stabilita una sanzione pecuniaria massima, distinguendo fra persone giuridiche e persone fisiche e viene introdotto, sul modello sanzionatorio previsto in altri settori, un sistema di fatturazione collegato al fatturato dell'intermediario o ai profitti maturati o alle perdite evitate.

Quello che si può constatare è come l'ordinamento, a livello europeo e nazionale, si diriga verso l'innalzamento del livello di correttezza degli operatori. L'IDD spinge a passare da una strategia *product oriented*, fondata sul ciclo di vita del prodotto, ad una strategia *customer centric*, fondata invece sul ciclo di vita del cliente. La centralità della figura del cliente dalla fabbricazione alla distribuzione dei prodotti assicurativi permetterà alle

³⁴⁶In proposito: A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Borsa e tit. cred.*, 2015, I, 31 ss.

imprese di acquisire una profonda conoscenza della propria clientela. I diritti dell'utente sono diventati la priorità assoluta nel mondo assicurativo. I diritti dell'utente sono quelli di giungere alla contrattazione di un prodotto assicurativo con una decisione informata : è fondamentale che il cliente riceva informazioni chiare, trasparenti, imparziali dall'intermediario sul prodotto che vada a sottoscrivere. Il prodotto oltretutto deve risultare poi adeguato alle esigenze specifiche. La direttiva europea ci ha dato un *input* che fuoriesce dalla nostra logica liberale, logica secondo la quale nel mercato si potrebbe distribuire tutto purché lo si dica (un esempio estremo di questa visione sarebbe dire che si possono commercializzare, e quindi entrare nel mercato, anche yogurt scaduti purché si dica che lo siano). Nel settore assicurativo, come parallelamente in quello finanziario, questa logica non può funzionare perché sono settori strettamente collegati con il sociale e che hanno delle ricadute sull'economia, e quindi il parametro di riferimento deve essere piuttosto l'adeguatezza e la conformità della distribuzione dei prodotti alle effettive esigenze dell'utente. Questo è l'obiettivo che consentirà al legislatore nel tempo, attraverso il lavoro degli intermediari assicurativi, di favorire una sana competizione e concorrenza sul mercato assicurativo. Se il prodotto assicurativo risponde solo ad una logica di mercato dell'impresa assicurativa, e di conseguenza arricchisce solo quest'ultima ma non è adeguato alle esigenze di copertura dell'utente o categorie di utenti l'intermediario non può distribuirlo e la compagnia dovrebbe essere sollecitata nell'investire le risorse nel studiare altri prodotti sia sotto il profilo delle coperture che quello economico. L'intermediario è diventato un soggetto fondamentale perché si interfaccia con l'utente e lo stimola nella ricerca delle sue esigenze, facendo un'analisi obiettiva e imparziale dei rischi da cui il cliente vuole tutelarsi e condurlo alla soluzione più funzionale. L'intermediario è considerato ed emerge come lo strumento che legislativamente serve al legislatore per raggiungere l'obiettivo di una sana distribuzione di prodotti sempre migliori. Sarà

richiesto conoscere i *target* di clientela non solo in possibilità di nuovo business ma anche in termini di interessi di questi target che lo strumento assicurativo andrebbe a soddisfare. Quindi viene richiesto alle imprese e ai *manufactories* di conoscere i bisogni in termini generali e poi di verificarli in sede di stipula dei contratti alla luce dei criteri di adeguatezza. Viene richiesto alle imprese di fornire maggiori informazioni ai distributori in ordine alle caratteristiche del prodotto. La normativa nel complesso mira a fare in modo che le esigenze degli assicurati siano tenuti in considerazione anche perché l'obiettivo principale è quello di assicurare la tutela dei clienti. Le norme partono dalla sfiducia dei consumatori e tendono a puntare sulla consulenza. Senza fiducia non vi è relazione. La nuova disciplina in merito alla distribuzione dei contratti di assicurazione si propone di regolamentare il mercato, prevedendo maggiori responsabilità a carico di chi vende e promuove assicurazioni private. Nel recepire la Direttiva, il Governo ha previsto strumenti per salvaguardare i nuovi diritti dei clienti e assicurare una maggiore trasparenza. I canali per la distribuzione assicurativa sono sempre più numerosi e anche gli operatori che si occupano della loro distribuzione si sono moltiplicati negli ultimi anni. La IDD ha il merito di uniformare la disciplina della distribuzione assicurativa traducendo le novità in una tutela uniforme per il cliente su tutto il territorio nazionale indipendentemente dall'operatore prescelto. Elemento pervasivo in tutta la Direttiva e che la accomuna alla sua "sorella" in ambito finanziario, la MIFID II, con tutte le accortezze che deve avere l'utilizzo di tal termine, è la trasparenza. La direttiva richiederà, pertanto, un grosso sforzo alle varie compagnie assicurative, così come sottolineato dall'Ania (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici), secondo cui si renderà necessario lo sviluppo di nuove strategie di distribuzione che siano in grado di soddisfare appieno le esigenze dell'utente, in una realtà sempre più incline nel concludere contratti *online*, senza rinunciare, in ogni caso, al supporto di un intermediario, che anzi assume un ruolo centrale e viene esaltato nel suo

ruolo di consulente al fine di instaurare un dialogo costante e costruttivo tra cliente e assicuratore. Sergio Rossi³⁴⁷, illustrando i passaggi fondamentali della nuova normativa, fa un interessante esempio paragonando il cliente assicurativo all'elettore. L'elettore moderno ha maturato una sfiducia e una insoddisfazione nei confronti del sistema al pari del cliente nel mondo dei servizi finanziari, non sentendosi parte attiva delle politiche e attore principale ma destinatario di politiche che non tengono pienamente conto dei loro interessi.

Come scrisse Aristotele l'uomo è *un πολιτικον ζωον*, un animale sociale che vive di relazioni e non ne può fare a meno. L'assicurazione è un bisogno primario, ma deve essere recuperata la fiducia nell'intermediario, nel soggetto a cui ci si affida per soddisfare le proprie esigenze, anche perché il concetto di fiducia è strettamente collegato a quello di relazione, senza fiducia non c'è relazione. La nuova Direttiva segna una tappa, un passaggio di un percorso che sta caratterizzando la normativa di vendita dei prodotti assicurativi. La grande "rivoluzione copernicana" della IDD è quella di stravolgere l'ottica dell'intermediazione assicurativa in vista di una nuova evoluzione: l'attenzione non è rivolta più al prodotto ma al soggetto, per fare un parallelismo non si guarda tanto alla farmacia ma alla medicina.

³⁴⁷Convegno tenutosi a Palermo il 24 novembre 2017

BIBLIOGRAFIA

S. ADDABBO, *Intermediazione assicurativa e cooperazione attuativa nelle dinamiche contrattuali*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2017, II, 230-257.

G. ALPA , *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, II, 205-208.

G. ALPA, *I contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014.

G. ALPA , *I diritti dei consumatori e degli Utenti*, Milano, Giuffrè, 2001.

G.ALPA , *Il codice del consumo*, in G. ALPA - A.CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, il Mulino, 2016.

G. ALPA , *Il diritto dei consumatori*, Roma - Bari, Laterza, 1995.

G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur.it.*, 3, 1992.

G. ALPA , *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, Laterza, 1993.

G. AMADIO , in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Bologna, il Mulino, IX, 2008.

R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 327- 335.

A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

A .BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, Giuffrè, 2017.

P. BARTOLOMUCCI , *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e Impresa*, 2007, VI, 1416- 1429.

Z. BAUMANN , *Capitalismo parassitario*, Bari, Laterza, 2011.

Z. BAUMANN, *Consumo dunque sono*, Bari, Laterza, 2010.

R.BEGHINI, *Sistemi di competenza nella piccola impresa. Uno studio su professionalità e responsabilità sociale tra gli imprenditori del mobile della pianura veneta*, in R. ZONIN- A. CUCCATO- P. RODINA (a cura di), Milano, Francoangeli, *Economia e politica industriale*, 2004.

A. BELLUCCI, *Le imprese di di assicurazione. Profili gestionali, organizzativi e contabili*, Torino, Giappichelli, 2004.

G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, Cedam, 2001.

A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 370-393.

M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, 2016.

C.M. BIANCA, *Diritto Civile, III*, in *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2000.

C. BIASIOR, *Europa e Consumatori*, in G. BENACCHIO- F. CASUCCI, *Temi e Istituti di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2017.

F. BILE, *Lealtà e trasparenza nei contratti di assicurazione*, *Dir.ec. Ass.*, 1998, I, 111-115.

F. BILOTTA, *Invalidità del contratto e tutela individuale rispetto alle pratiche commerciali scorrette*, in V. MELI- P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli, 2011.

A. BOCCADORO, *Criticità e novità della direttiva IDD*, 2017, in www.intermediachannel.it.

L. BUGIOLACCHI, *I prodotti finanziari assicurativi: considerazioni in tema di qualificazione giuridica e disciplina applicabile*, in *Resp. civile e previdenza*, 2011, 876- 904.

V. BUONCORE , *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane , 2006.

A. COLLETTI, *Il conflitto di interessi nella disciplina dei servizi di investimento*, in L. DI NELLA (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari: applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MiFID*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2007.

A. CALCAGNO, *Disposizioni generali sui contratti di assicurazione*, in I.P. CIMINO, *La tutela dell'assicurato nel nuovo codice delle assicurazioni private*, Torino, Giappichelli, 2006.

A. CANDIAN, *Il codice delle assicurazioni*, in AA.VV, *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

A. CANDIAN , *Il nuovo codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e resistenze*, in *Contr. Impr.*, 2006, IV/V, 1289- 1331.

A. CANDIAN, *Il recepimento della IDD in Italia*, in www.dirittobancario.it , 2018.

A. CAPPIELLO, *Technology and the insurance industry: Re-configuring the Competitive Landscape*, Palgrave macmillan, 2018.

C. CASTRONOVO, *Diritto privato europeo e diritti secondi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 2, 397-423.

C. CASTRONOVO, *Manuale di Diritto privato europeo*, 2007.

M.C. CHERUBINI, *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, Giappichelli, 2005.

M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica*, Milano, Giuffrè, 2016.

P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, F. RIZZO (a cura di), Napoli, 2012.

GA CORVELLI, *Il consumatore nei rapporti assicurativi*, in G. CASSANO – M.E. DI GIANADOMENICO (a cura di), *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, II, Padova, 2010.

G. D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita*, in *I Contratti*, 2012, VII, 611- 637.

T. D'ANDRIA, *Dalla tutela del consumatore alla tutela del cliente nel contratto di assicurazione*, In *Notariato*, 2015, IV, 409-425.

G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2008.

GB. DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, in P. PERLINGERI (a cura di), *Pubblicazioni della Scuola di specializzazione dell'Università di Camerino*.

M. DE POLI, *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni: commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 2006.

A. DI AMATO, *Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni: commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 2006.

A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, *Riv. crit. d. priv.*, 1995, 5-35.

A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.

A. DONATI- G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, X, 2012.

F. DURANTE, *Pubblicità, trasparenza negoziale e protezione dell'assicurato*, in I.P. CIMINO, *La tutela dell'assicurato nel nuovo codice delle assicurazioni private*, Torino, Giappichelli, 2006.

B. FARSACI, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione e tutela dell'assicurato*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, Padova, Cedam, 2012.

R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, in G. GITTA- G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Padova, il Mulino, 2010.

M. FRANZONI, *Diritto delle assicurazioni*, Zanichelli, Torino, Giappichelli, 2016.

M. GAGLIARDI, *Equilibri informativi e diritti fondamentali nel contratto di assicurazione*, in *Diritto Privato Europeo e Diritti Fondamentali*, G. COMANDÈ (a cura di), Torino, Giappichelli, 2004.

A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Assicurazioni*, 191- 202, 2007.S. LANDINI, *Appropriatezza, adeguatezza e meritevolezza dei contratti di assicurazione*, in *Ass.*, 2017 ,I, 39-59.

M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, II, 461-479.

A. GIAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giur.comm.*, I, 2004.

C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/ce modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, III, 776-784.

M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Milano, Cedam, 2008.

G. GIUDICI, *Il mercato della distribuzione assicurativa in Italia: evoluzione delle reti di vendita e il loro impatto con il nuovo contesto normativo*, ISU Università Cattolica, Milano, Giuffrè, 2007.

G. GIUDICI, *Intermediazione assicurativa e mercato*, Milano, Francoangeli, 2008.

G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2006.

M. HAZAN, in *Assicurazioni private*, in M. HAUZAN- S. TAURINI (a cura di), *Itinera-guide giuridiche*, Milano, Ipsoa, 2015.

M. HAZAN, *L'assicurazione "responsabile" e la responsabilità dell'assicuratore: quali prospettive dopo IDD?*, in *Danno e Resp.*, 2017, 630- 650.

N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999.

N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, Cedam, 1997.

E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e autonomia privata*, Torino, Giappichelli, 2018.

S. LANDINI, *Pratiche commerciali scorrette e clausole abusive nell'assicurazione danni*, in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli, 2011S. LOCONTE, *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Milano, Ipsoa, 2018.

G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 1-21.

A. LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in *Ass.*, 1996, III, 129- 158.

A. LA TORRE, *Diritto delle assicurazioni*, in *Cinquant'anni con il diritto (saggi)*, II, Milano, Giuffrè, 2008.

A. LA TORRE, *Le Assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2007.

P. LONGHINI , *Servizi finanziari telematici: la tutela di investitori , risparmiatori ed assicurati: Commento al D.lgs. 19 agosto 2005 n.190* , v. FRANCESCHIELLI- E. TOSI (Collana diretta da), *Diritto delle nuove tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2006.

N. LUCCHI, *I contenuti digitali: tecnologie, diritti e libertà*, Milano, Giuffrè, 2009.

P. MARANO , *Il mercato unico della intermediazione assicurativa: aspirazioni europee ed illusioni nazionali*, in *Banc. bor. tit. cred.*, 2008, 175- 203.

P. MARANO , *La Product Oversight Governance* , in *Ass.*, 2017II/III, 211-233.

P. MARANO, *Le assicurazioni abbinare ai finanziamenti*, in P.MARANO – M.G SIRTI, *Quaderni di banca borsa e titoli di credito*, Milano, Giuffrè , 2016.

P. MARANO, *Le pratiche commerciali scorrette nel mercato assicurativo*, in P. MARANO - V. MELI, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Torino, Giappichelli, 2011.

P. MARANO, *L'intermediazione assicurativa*, Milano, Utet, 2013.

P. MARANO, *The “Mifidization”: The Sunset of Life Insurance in the EU Regulation on Insurance?*, in *Liber Amicorum in Honour of I.R. Rokas*, 2016.

P. MARIANI, *Concorrenza e mercato assicurativo in Italia*, M.F. DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo : intese, concentrazioni, private enforcement, scambio di informazioni esclusive*, Torino, Giappichelli, 2014.

S.MARINO , *The Evolution of Harmonisation Process in the Field of EU Consumer Law regarding new EU Directives and Proposals*, *Riv. Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, III, 2012.

S. MAZZAMUTO, “*Il contratto: verso una nuova sistematica?*”, in *Europa e dir. priv.*, 3, 597-617, 2016.

S. MIANI, *I prodotti assicurativi*, Torino, Giappichelli, 2017.

C. MEDICI, *Clausole vessatorie, cliente-consumatore e cliente-impresa il commento*, in *I Contratti*, 2017,2, 161-180.

E. MINERVINI, *Autonomia contrattuale e il terzo contratto*, in *I Contratti*, 5, 593-500, 2009.

E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banc. Bors. tit. cred.*, 1997.

E. MINERVINI, in *Il terzo contratto da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, in G. GITTA- G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Padova, il Mulino, 2010.

E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, I, 8- 12, 2008.

L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, Giuffrè, 2008.

E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza*, in *Contr. e impr.*, 592-618, 2005.

E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Padova, Cedam, 2006.

R. MORELLO, *Le nuove misure per l'innalzamento della qualità del servizio di distribuzione assicurativa*, in *Corr. giur.*, 2018.

S. MORLINO, *La Product Governance nel nuovo regime MiFID 2*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2015.

A. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, Giuffrè, 2008.

R. NATOLI, *“Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2012.

A. NICOLUSSI, *I Consumatori*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Atti del Convegno Palermo, 7-8 luglio 2006, Milano, Giuffrè, 2008.

S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. ec. Ass.*, 2010, 527-603.

G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto contrattuale*, in G. CIAN (a cura di), *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*(Atti del Convegno di Studi per il cinquantesimo della Rivista di Diritto Civile, Treviso, 23-25 marzo 2006), in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 43-50.

A.PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di equilibrio contrattuale*, in *Foro.it*, 1999.

M.T.PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, III, 382- 428.

M.T. PARACAMPO, *La nuova stagione dei siti di comparazione dei prodotti assicurativi: dagli interventi delle Authorities alle innovazioni della direttiva sulla distribuzione assicurativa*, in www.dirittobancario.it, *Riv. dir. Bancario*, 12, 2016.

R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro.it*, 1994.

R. PARDOLESI, *Il contratto di assicurazione tra discipline nazionali ed armonizzazione comunitaria*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2006, 419- 426.

R. PARDOLESI, *Prefazione a G. COLANGELO, L'abuso della dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, Giappichelli, 2004.

F. PARENTE, *La protezione dell'assicurato e gli obblighi di trasparenza e di informazione*, in AA.VV. (a cura di), *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010.

M.L. PASSADOR, *European supervisory authorities tra mercati e vigilanza: il caso dell'Eiopa*, in *Contr. Impr. /Eur.*, 2017, I, 398- 443.

C. PERFUMI, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze di mercato*, in *Danno e Responsabilità*, 2003, VII, 701- 711.

P.PERLINGERI, *L'ordinamento vigente e i suoi problemi. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Borsa e tit. cred.*, 2015, I, 31-42.

E.C. PIA *“Dal cielo alla terra”*: *gli sviluppi dell'assicurazione*, *Riv. Reti Mediali*, 2018, 177-188.

M. POLINI- N. TILLI, *L'agente di assicurazione: Manuale per l'esame d'abilitazione, la formazione continua e l'aggiornamento professionale degli intermediari assicurativi*. TILLI (a cura di), Rimini, Maggioli, 2016.

A. PORTOLANO, *Commento sub. Art 25-bis*, in *Il Testo unico della finanza*, M. FRATINI- G. GASPARRI (a cura di), Torino, Utet, 2012. RABITTI, *La qualità di “consumatore-cliente” nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contr. e Impr.* ,I, 201-220.

M. PROPSERETTI, *Tutela del risparmio del fruitore di servizi bancari e assicurativi*, *Dir. e fisc. Ass.*, 2012, I, 9-39.

G. REDAELLI, *Solvency II, Innovazione nella regolamentazione e riflessi per le imprese di assicurazione*, Milano, Francoangeli, 2017.

P. RESCIGNO, *“Trasparenza” bancaria e diritto “comune” dei contratti*, in *Banc. Borsa. tit. Cred.*, 1990, 297-306.

F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2009.

F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012, VI, 440-446.

L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e dir.priv.*, 2010, III, 685- 711.

L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, rimedi*, Torino, Giappichelli, 2012.

L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento "ostativo" del professionista tra "ostacoli non contrattuali" e "ostacoli contrattuali"*, in C. RABITTI BEGONO- P. BARUCCI (a cura di), *20 Anni di antitrust l'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2010.

L. ROSSI CARLEO, in E. MINERVINI- L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007.

S. RODOTÀ , *La persona*, in C. CASTRONOVO - S.MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, Giuffrè, 2007.

M. ROMANO, *Squilibri di mercato e tutele dei contraenti*, Torino, Giappichelli, 2013.

F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbl. e contr.*, 2012.

V. ROPPO, “*Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*”, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167-186.

V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002.

V. ROPPO, *Contratti di diritto comune, del consumatore, con asimmetria di potere contrattuale*, in *Contratto del duemila*, Torino, Giappichelli, 2011.

V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 2011.

V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, IV, 669-700.

V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e asimmetrici*, in V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III, Torino, Giappichelli. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, “terzo contratto”*, in *Contr. e Impr.*, 2009, 120-150.

V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal diritto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, II, 267-282.

ROPPO, *Del contrato con el consumidor a los contratos asimetricos: perspectiva del derecho contractual europeo*, in *Revista de derecho privado*, 2011, 177-223.

V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in AA.VV., *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994.

V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, III, 19-35.

V.P. SANNA, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469 bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica*, in *Resp. civ. prev.*, 2002.

V. SANTORO, *Una nuova architettura europea di vigilanza finanziaria?*, in *Banca impresa società*, II, 2018, 193-206.

H. Schulte-Noelke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers, *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and its trans position in the Member States*, Sellier- de Gruyter, 2008.

A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti misti e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, diretto da V. CARIELLO- V.DICATALDO- F. GUERRERA- A. SCIARRONE ALIBRANDI, Torino, Utet, 2014.

J. STUYCK – E. TERRYN- T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on un fair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2006.

S.B. TAGNANI, *Il fenomeno dei “siti comparativi”*, in *Ass.*, 2017, I, 71- 107.

K. TOMIC, *Product intervention of supervisory authorities in financial services*, in P. MARANO- S. GRIMA (edited by), *Governance and regulation: contemporary issues*, Bingley, Emerald publishing, 2018.

R. TORINO, *I contratti dei consumatori nella prospettiva europea*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, Giuffrè, 2014.

E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, Giuffrè, 2018. A. SCARSO, *Il contraente “debole”*, Torino, Giappichelli, 2006.

V. TROIANO- R. MOTORINI (a cura di), *La MIFID II, Rapporti con la clientela- regole di governante- mercati*, in *Saggi e monografie di diritto dell’economia*, Milano, Cedam, 2016.

V. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010.

G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, II, 86- 88.

G. VILLA, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, in G. GITTA- G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Padova, il Mulino, 2010.

E. VIVORI, in www.insurancedaily.it, 2018.

G. VOLPE PUTZOLU, *Clausole vessatorie e rischio assicurativo*, in *Dir. economia assicuraz.*, 1997.

G.VOLPE PUTZOLU, *La direttiva comunitaria 2002/92 sulla intermediazione assicurativa*, in *Ass.*, 2003, III, 315- 328.

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 515.542.L.
ZITIELLO, *I prodotti finanziari assicurativi*, Milano, Ipsoa, 2014.

GIURISPRUDENZA

CGUE, 4 aprile 2000, n. C-465/98.

CGUE sez III, 22 novembre 2001, C- 541/99

CGUE, 30 aprile 2004, C-26/13, in www.dejure.it.

CGUE, sez. I, 16 gennaio 2014, n.226, C 226/12

CGUE , 25 gennaio 2018, C-498/16.

CGUE sez. IV, 31 maggio 2018, sent. C-542/16.

C. Cost, ord. 30 giugno 1999, n.282.

C. Cost., ord. 20 novembre 2002, n.469.

C. Cost., ord. 16 luglio 2004, n.235.

C. Cost., 20 novembre 2002, n.469 ,in *Resp. Civ. e prev.*

Cass., sez. III civ., 24 luglio 2012, n.12911.

Cass. Civ., sez. VI, 23 giugno 2013, n. 21763.

Cass., sez. III civ., 23 luglio 2014, n.16787, in I *Contratti*, 2015.

Cass., sez VI civ., 14.03.2017, 6634

Cass., sez. I civ., 7 aprile 2017, n.9070.

Cass., sez. I civ. 27 Aprile 2017, n.10447.

Cass., sez. III civ., 13 aprile 2018, n. 9182.

Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2018, n.17586.

C. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, parere, 20.12.2014, n.11602/04.

Trib. Novara 2 novembre 2009, in *Giur.it*, 2010.

Trib. Milano 12 novembre 2013 , in *Nuova. Giur. Civ. comm.*, 2014.

Trib. Milano ,17 giugno 2016, 3636 in *Foro.it*.

Trib. Roma ,24 gennaio 2017, 17620, in *Giur. Impr.*

Trib. Alessandria, 27 febbraio 2017, in www.ilcaso.it