

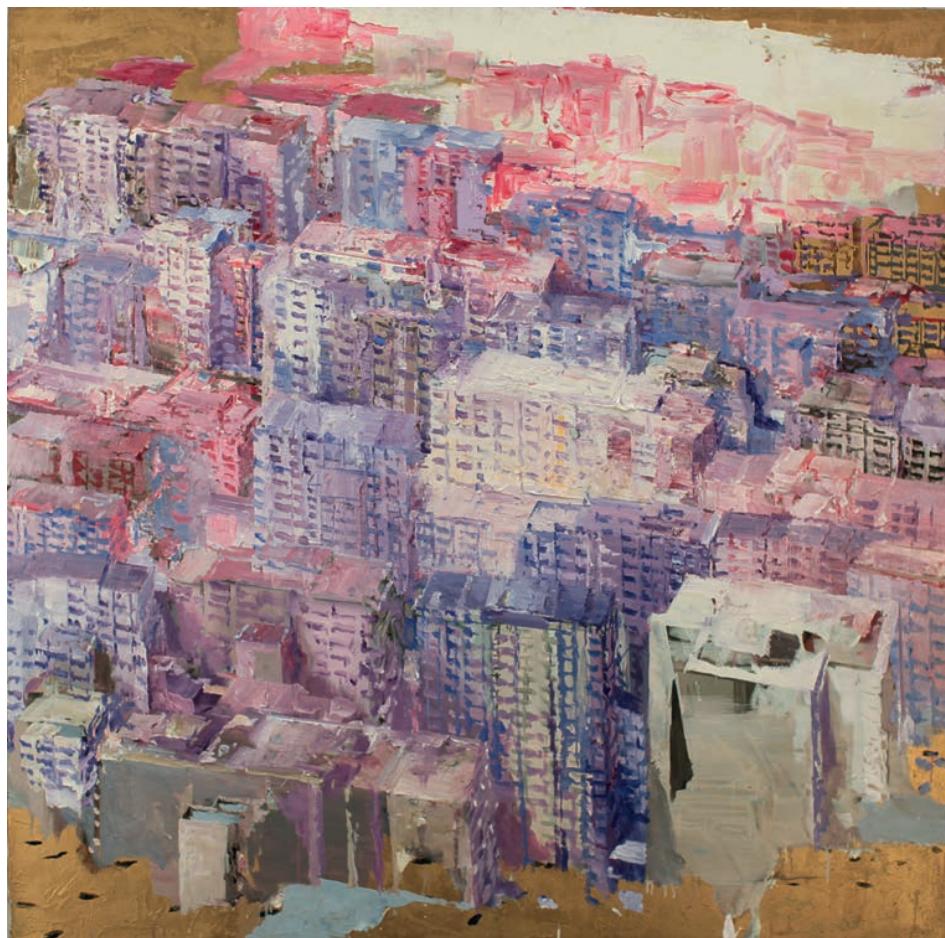
GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

PAOLOEFISIO CORRIAS

Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	430
LUIGI ROVELLI	
<i>Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati.</i>	433
GIOVANNI AMOROSO	
<i>Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria</i>	455
GIOVANNI DORIA	
<i>Il contratto tra post-modernità e tradizione</i>	485
ANGELO FEDERICO	
<i>L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione</i>	515
STEFANIA PACCHI	
<i>La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015</i>	537
FILIPPO SARTORI	
<i>Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito</i>	569
PAOLOEFISIO CORRIAS	
<i>Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario</i>	617
RICCARDO CAMPIONE	
<i>Il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti tra (preminente) interesse del minore e principio di intangibilità delle competenze «forti»</i>	641

Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell’utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario

Si intende mettere in evidenza la progressiva estensione delle aree di contiguità e, segnatamente, di concorrenza tra l’attività bancaria e quella assicurativa, soffermandosi sui principali servizi nei quali le due imprese finanziarie si trovano a competere. Si rileva, inoltre, che tale tendenza va inquadrata nel più generale fenomeno dell’integrazione dei tre principali comparti del mercato finanziario in senso ampio, ossia il settore bancario, assicurativo e del mercato mobiliare (o dei capitali); fenomeno che andrebbe maggiormente considerato, anche a livello legislativo, nell’ottica perlomeno di una armonizzazione delle regole generali relative al contratto e agli obblighi precontrattuali, attualmente contenute, in modo disallineato, nei tre principali testi normativi che disciplinano il mercato finanziario (TUB, TUF e cod. ass.).

617

This work analyses contiguity between banking and insurance activity, having regard the main services which they provide in competition. In the contest of integration between financial market and insurance market, the essay points out that this integration should be more considered in order to establish uniform rules concerning in particular contracts negotiation.

Sommario: 1. Attività bancaria ed assicurativa. – 2. Le aree di contiguità. – 2.1. Le garanzie personali del credito. – 2.2. I contratti di raccolta del risparmio. – 2.3. La gestione di portafogli individuali di investimento. – 2.4. L'erogazione di finanziamenti da parte delle imprese di assicurazione. – 3. Notazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. - Attività bancaria ed assicurativa.

Le attività bancaria e assicurativa pongono significativi problemi di tutela del consumatore o – seguendo il linguaggio del legislatore costituzionale (art. 43)¹ – dell'utente, con riguardo ad alcuni servizi che si collocano in un'area di confine o, comunque, di interferenza tra le stesse.

Come è noto, l'attività bancaria in senso stretto consiste, secondo la definizione di cui all'art. 10, comma 1, TUB, nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito, ossia nell'esercizio congiunto della raccolta di fondi con obbligo di rimborso (art. 11, comma 1, TUB) e della erogazione di tali risorse sotto forma di finanziamenti. Trattasi di attività riservata in via esclusiva alle banche e che si caratterizza rispetto a tutte le altre attività finanziarie, di guisa che è da escludere la presenza di una attività bancaria in senso stretto ogni qual volta la raccolta del risparmio non si accompagni all'esercizio del credito e viceversa². Tale attività viene

Il presente contributo costituisce la versione rielaborata della relazione presentata alla Giornata di studio su Il consumatore di servizi finanziari fra Italia, Spagna e Latino America, svoltosi a Terni il 21 maggio 2015. Una sintesi di tale relazione è stata successivamente proposta al Convegno *Italian Banking and Financial Law in the Light of the European Banking and Capital Markets Unions*, svoltosi a Roma il 30 giugno 2015.

¹ V. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI-E. CATERINI, (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, 20, secondo cui l'art. 43 cost. è l'unica disposizione «in tutta la Carta costituzionale dove appare l'espressione utente, la quale è dotata di una significatività ben più ampia del semplice termine "consumatore" in quanto evoca non soltanto l'idea di mercificazione dei beni, ma anche l'utilizzazione di servizi sia pubblici che privati». Tale riflessione mantiene inalterato il proprio valore anche a fronte dell'evoluzione legislativa che, come è risaputo, denota una graduale equiparazione del significato dei due vocaboli.

² È sufficiente, in proposito, richiamare P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca, impresa, società*, 1996, 8 s.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 3^a ed., Bologna, 2001, 180 s., 207 ss.; più recentemente, M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2007, 165 ss., spec. 167; C. BRESCIA MORRA, *L'attività dell'impresa bancaria*, in C. BRESCIA MORRA-U. MOREIRA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2006, 1 ss., spec. 4; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto del sistema finanziario*, in M. CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, II, Torino, 2013, 828 s. Nella prospettiva economica

concretamente esercitata dalla banca mediante la stipulazione dei vari contratti – tra i quali i negozi bancari tipizzati dal codice civile (artt. 1834 ss.) – che consentono di realizzare, sotto entrambi i versanti, la compresenza della raccolta e dell'erogazione di fondi appena descritta³.

L'“attività assicurativa”⁴, ossia l'attività che connota l'oggetto sociale dell'impresa di assicurazione (art. 11, comma 2, cod. ass.), non è definita dal legislatore con analoga linearità, ma è individuabile *per relationem*, sulla base delle diverse operazioni descritte nei rami assicurativi vita e danni dall'art. 3, commi 1 e 3, cod. ass. e alle quali fa esplicito riferimento l'art. 11, comma 1, cod. ass. È opportuno mettere in evidenza che essa si traduce non solo nella stipulazione dei contratti assicurativi o in senso stretto – definiti dall'art. 1882 c.c. – caratterizzati dalla necessità del rischio (art. 1895 c.c.), ma anche di contratti di diversa natura, quali polizze squisitamente o prevalentemente finanziarie, garanzie personali del credito e contratti di assistenza e tutela legale⁵.

A siffatta differenza sul piano delle attività negoziali fa *da pendant* una altrettanto profonda diversità delle regole tecniche di stabilità e di bilancio che le imprese bancarie ed assicurative debbono osservare per assicurare la sana e prudente gestione, ossia per garantire la solvibilità nei confronti dei soggetti dei quali divengono parti contrattuali.

Nel caso delle banche il principio dell'adeguatezza patrimoniale, disposto

cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *L'autorizzazione bancaria è ancora necessaria?*, in *Banca, impresa, società*, 2000, 3 ss., spec. 17 ss. Non manca, peraltro, una significativa tendenza minoritaria che, partendo dalla corretta registrazione della situazione di fatto che vede l'impresa bancaria operare sempre maggiormente in ambito finanziario, dubita della possibilità e della utilità di continuare a contrapporre l'attività bancaria in senso stretto (art. 10, comma 1, TUB) alle altre attività finanziarie svolte dalle banche [art. 10, comma 3, TUB e art. 1, comma 2, lett. f], TUB]: v., in luogo di altri, A.A. DOLMETTA, *Sulle nozioni di “banca” e di “trasparenza”*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2011, 215 ss.

³ Sul riflesso dei singoli contratti stipulati dalla banca sull'attività v. le ancora attualissime e illuminanti pagine di B. LIBONATI, *Contratto bancario ed attività bancaria*, in *Annali della Università di Camerino*, XXX, Milano, 1964, 37 ss. Sulla reciproca interferenza tra attività bancaria e singoli negozi di raccolta ed erogazione v. anche P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, 2^a ed., *Parte generale*, I, Torino, 2004, 100 ss., spec. 107; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2005, 104 ss.

⁴ V. la rubrica dell'art. 11 cod. ass.

⁵ Su tale dicotomia tra contratti assicurativi e contratti non assicurativi emessi da imprese di assicurazione, sia consentito un rinvio a P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: Tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 41 ss.; Id., *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Ass.*, 2011, 387 ss.

anzitutto dall'art. 53 TUB e poi richiamato e sviluppato analiticamente nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, mira ad imporre un determinato ammontare di risorse proprie adeguato alle attività poste in essere e ponderato in relazione all'esposizione alle varie tipologie di rischio insita a tali attività⁶.

Nel caso delle imprese di assicurazione, invece, le regole sul profilo patrimoniale-finanziario obbediscono alla peculiare logica delle riserve tecniche, che prevede il calcolo di poste passive del bilancio – alle quali devono corrispondere attivi di proprietà dell'impresa – su basi statistiche-attuariali, prevedendo gli impegni ai quali sarà tenuta l'impresa; a tale strumento che garantisce il funzionamento fisiologico dell'impresa di assicurazioni, si aggiunge, per le eventuali fasi patologiche, una ulteriore e consistente garanzia patrimoniale costituita dal margine di solvibilità (ora fondi propri)⁷.

I requisiti patrimoniali richiesti alle imprese di assicurazione⁸, in sintesi, sono tendenzialmente più articolati, probabilmente più consistenti, co-

⁶ Ciò avviene mediante la richiesta di un coefficiente di solvibilità, consistente nel rapporto tra i fondi propri ed il complesso di attività poste in essere dalla banca; coefficiente che non deve essere inferiore ad una determinata percentuale (attualmente l'otto per cento del complesso dell'attività della banca). Cfr., R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 515 ss.; C. BRESCIA MORRA, *L'attività*, cit., 267 ss.; D. ABAMONTE-R. BASSO-D. CAPONE-M. MARANGONI, *La vigilanza sulle banche*, in E. GALANTI (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in E. PICOZZA-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2008, 520 ss., spec. 536.

⁷ Come è noto, il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74, pubblicato nella G.U. 15 giugno 2015 (attuazione della direttiva 2009/138/UE c.d. Solvency II) ha introdotto significative modifiche alla disciplina relativa ai requisiti patrimoniali dell'impresa di assicurazione contenuta nel codice delle assicurazioni, tra le quali va segnalata appositamente almeno la sostituzione del requisito del margine di solvibilità con quello dei fondi propri. Ad una prima impressione, tuttavia, pare che siffatte modifiche (alcune già in vigore, altre che diverranno tali dal 1 gennaio 2016), per quanto numericamente consistenti, non abbiano stravolto l'impianto di fondo del regime di patrimonializzazione dell'impresa assicurativa.

⁸ Su tali requisiti v., in luogo di altri, C.F. GIAMPAOLINO, *L'organizzazione societaria nella disciplina della attività assicurativa*, Milano, 1998, spec. 62 ss.; 229 ss.; P. CORRIAS, *Dissesto dell'assicuratore e tutela contrattuale dell'assicurato*, Milano, 2001, 46 ss.; V. LEMMA, *Il valore delle riserve tecniche delle compagnie di assicurazioni secondo le indicazioni del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209 del 2005)*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1208 ss.; G. FALCONE, *La disciplina della crisi delle imprese assicurative*, Milano, 2009, 41 ss.; G. MARTINA, *La situazione di notevole, evidente e non transitoria insufficienza delle attività patrimoniali come manifestazione dello stato di insolvenza delle imprese di assicurazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 408 ss. La peculiarità delle riserve tecniche in ordine al funzionamento delle imprese di assicurazione è enfatizzata anche dalla giurisprudenza: cfr. App. Roma, 4 settembre 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 466 e App. Torino, 20 giugno 2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, 665 ss., spec. 668.

munque certamente diversi rispetto a quelli richiesti alle banche, in quanto dovendo, come si è rilevato, far fronte ad impegni incerti che vanno previsti su basi statistiche-attuariali, non è sufficiente una valutazione di adeguatezza del patrimonio al volume delle attività poste in essere – per quanto detta valutazione debba essere ponderata sulla base dei rischi che attengono ad ogni tipologia di attività –, ma occorre, appunto, una corretta gestione su base tecnico-attuariale delle risorse ricevute sotto forma di premi, al fine di prevedere i pagamenti che l'impresa sarà tenuta ad effettuare⁹.

Dal confronto, sul piano astratto delle regole settoriali, tra la disciplina giuridica dell'attività bancaria in senso stretto e di quella assicurativa emerge, in definitiva, che diversa è la tipologia dei contratti stipulati, diverso è il funzionamento dell'impresa in ordine al perseguimento della solidità patrimoniale e finanziaria – *breviter* il regime di patrimonializzazione richiesto –; assai differente è, ancora, nei due contesti, l'inerenza dell'attività contrattuale all'(organizzazione dell') impresa, o, per meglio porre la questione, l'incidenza dell'impresa sulla disciplina dei contratti stipulati¹⁰. Su queste basi appariva, quindi, giustificata la riflessione conclusiva sui rapporti tra banche ed assicurazioni – espressa da una autorevole dottrina in occasione in un non recente incontro sul tema – secondo cui siffatte imprese costituiscono «due operatori finanziari così diversi, da non essere immaginabile una loro assurda commistione»¹¹.

⁹ In tal senso rileva, efficacemente, C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Roma-Bari, 2002, 134, che nella attività assicurativa l'esigenza centrale è come per le banche la stabilità: «ma a differenza che per le banche non la si consegna *semplicemente* mediante un criterio di "prudenza" bensì con la correttezza della gestione di quella massa [ei significativamente è essenziale la costituzione, in buona parte di nuovo secondo criteri di calcolo attuariale, di riserve tecniche]» (corsivo aggiunto). In tale direzione cfr. anche E. GALANTI, *Dall'Isvap all'Ivass: natura compiti e sfide della "nuova" autorità di controllo. Una riflessione sulla differenza fra vigilanza sulle banche e sulle assicurazioni*, in *Scritti in memoria di Giulio Partesotti*, Padova, 2015, 255 s.

¹⁰ La diversità di prospettiva in ambito bancario e assicurativo è tracciata con estrema chiarezza da B. LIBONATI, *Contratto bancario*, cit., 40 s. Inoltre cfr. G. PARTESOTTI, *Recensione a A. BRACCIODIETI, La divisibilità del premio di assicurazione*, Napoli, 1993, XII-165, 379, secondo cui l'individuazione dell'esatta incidenza dell'impresa sul contratto assicurativo costituisce «il problema più difficile del diritto delle assicurazioni private».

¹¹ P. SCHLESINGER, *Banche ed assicurazioni: due mestieri profondamente diversi. Considerazioni conclusive*, in F. CESARINI-R. VARALDO (a cura di), *Banche ed assicurazioni. Rapporti e prospettive di sviluppo in Italia*, Torino, 1992, 196. In senso adesivo, A. NIGRO, *L'integrazione fra l'attività bancaria e l'attività assicurativa: profili giuridici*, in *Dir. Banca*, 1997, 192.

2. - Le aree di contiguità.

L’evoluzione dei due settori, tuttavia, denota l’emersione graduale, costante e sempre più penetrante di alcune significative interferenze tra l’area di operatività delle due imprese; aree che possono essere ricondotte a due dimensioni di fondo, quella concorrenziale e quella collaborativa e/o integrativa.

La prima riguarda le ipotesi nelle quali i due soggetti si pongono in competizione mediante l’offerta di prodotti analoghi o, comunque, affini al punto da risultare sostanzialmente fungibili, quali: (i) la prestazione di garanzie personali del credito; (ii) la raccolta del risparmio tramite fondi con obbligo di rimborso (art. 11, comma 1, TUB); (iii) la prestazione di servizi di investimento e, segnatamente, del servizio di gestione di portafogli individuali di investimento (in fondi comuni -GPF); (iv) l’erogazione del finanziamento alle imprese (con esclusione del finanziamento alle persone fisiche e del c.d. microcredito).

La seconda, ossia l’area di integrazione o collaborazione, riguarda, invece, i noti fenomeni della distribuzione di polizze mediante il canale bancario (c.d. bancassurance) e delle polizze richieste (e promosse) dalla banca, in occasione della erogazione di un finanziamento (assicurazioni sulla vita, della occupazione, del credito).

Per essere colto nella sua reale dimensione, peraltro, siffatto avvicinamento tra le due attività va collocato nel quadro generale dell’integrazione sempre maggiore dei tre compatti nel quale attualmente si scomponе il mercato finanziario in senso ampio – in ordine cronologico, quello bancario, quello assicurativo e quello mobiliare (o del mercato finanziario in senso stretto o, ancora, se si preferisce, del mercato dei capitali) – ; fenomeno al quale è stato dato ampio risalto dalla dottrina, che si è soffermata sia sulle cause che l’hanno provocato che sulle pressanti esigenze di coordinamento che la sua emersione ha appalesato ¹².

¹² Cfr., tra gli altri, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 64 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto*, cit., 785 ss.; R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 87 ss.; S. AMOROSINO, *Principi “costituzionali”, poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, 3^a ed., Milano, 2014, 3 ss. Sul punto v. anche *infra*, par. 3.

Qualunque opinione si maturi in ordine a questi aspetti, invero, occorre prendere atto che, allo stato, i tre settori non marciano più separati e in parallelo – “a canne d’organo” per usare una efficace raffigurazione¹³ – come avveniva sino all’ultimo decennio del ’900, ma risultano oramai fortemente integrati e connessi e, in tale contesto, anche l’attività bancaria in senso stretto e quella assicurativa – per arrivare al punto che interessa direttamente – hanno intensificato gli aspetti di contiguità.

Un forte segnale in tale direzione, peraltro, è sicuramente giunto dalla recente riforma dell’Autorità di vigilanza sul settore assicurativo¹⁴ che, disponendo il passaggio dall’ISVAP all’IVASS, ha razionalizzato e ridotto la composizione degli Organi dell’Autorità, riconducendoli di fatto all’ambito della Banca d’Italia¹⁵. Tale nuovo assetto, a prescindere dalla valutazione che si ritiene di esprimere sullo stesso, non può non comportare una estensione al settore assicurativo delle logiche proprie della vigilanza sul settore del credito¹⁶; il ché, se può andar bene o, comunque, non apparire dissonante con riguardo all’attività svolta dalle imprese di assicurazione nei rami vita solleva, invece, qualche perplessità in ordine a quella propria della maggior parte dei rami danni, la quale, evidentemente, obbedisce a logiche affatto estranee a quelle del credito e, più in generale, delle attività finanziarie.

Sulla base di queste premesse, considerato che il profilo concorrenziale è stato generalmente meno approfondito di quello integrativo – relativo,

¹³ S. AMOROSINO, *Principi*, cit., 4.

¹⁴ D.L. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

¹⁵ Come è noto, il presidente dell’Istituto è il Direttore generale della Banca d’Italia. Gli altri due componenti del Consiglio – ossia dell’Organo esecutivo – sono nominati dal Presidente della Repubblica, previa delibera del consiglio dei ministri, su proposta del Governatore della Banca d’Italia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. Poi vi è un altro organo, il Direttorio integrato (costituito da sette componenti) – avente funzioni di funzioni di indirizzo e direzione strategia – composto dal Governatore della Banca d’Italia, dal Direttore generale (Presidente IVASS) e dai tre vicedirettori generali della Banca d’Italia (Direttorio della Banca d’Italia) e dai due componenti del Consiglio IVASS (che, come si è rilevato, sono nominati su proposta del Governatore).

¹⁶ L’intento peraltro è appalesato dallo stesso legislatore il quale all’art. 13 del menzionato d.l. n. 95 del 2012 rileva che «Al fine di assicurare la piena integrazione dell’attività di vigilanza nel settore assicurativo, anche attraverso un più stretto collegamento con la vigilanza bancaria, è istituito, con sede legale in Roma, l’Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS)» (corsivo aggiunto). Sul punto cfr. ampiamente, E. GALANTI, *Dall’Israp all’Ivass*, cit., 245 ss.

come si ricorderà, alla bancassicurazione¹⁷ e alle polizze collegate ai mutui¹⁸ – sembra preferibile soffermarsi sul primo, dando conto delle quattro principali manifestazioni dello stesso, evocate poc’anzi.

2.1. - Le garanzie personali del credito.

La più comune e tradizionale forma di concorrenza è costituita dalla prestazione di garanzie personali del credito: le c.d. garanzie bancarie attive – nel linguaggio tecnico della banca, crediti di firma – e le polizze fideiussorie o cauzionali.

Le prime rientrano sicuramente nelle attività consentite alle banche dall’art. 10 TUB¹⁹ e sono anche espressamente evocate dall’art. 1, comma 2,

¹⁷ Sulla bancassicurazione, la letteratura è molto copiosa. V., tra gli altri, A. NIGRO, *L’integrazione fra l’attività bancaria e l’attività assicurativa: profili giuridici*, in *Dir. Banca*, 1997, 187 ss.; A. PATRONI GRIFFI-M. RICOLFI (a cura di), *Banche e assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997; A. PARADISO, *Bancassicurazione e dintorni*, in *Dir. econ. ass.*, 2000, I, 125 ss.; R. LOCATELLI-E. MORPURGO-A. ZANETTE, *L’integrazione tra banche e compagnie di assicurazione e il modello dei conglomerati finanziari in Europa*, in F. CESARINI (a cura di), *Le strategie delle grandi banche in Europa (Modelli di business e concentrazione cross-border)*, Roma, 2003, 99 ss.; F. ALLEGRETTI, *Le nuove regole dell’accesso delle banche nel settore assicurativo*, in *Dir. Banca*, 2006, 651 ss.; I. CLEMENTE, *Bancassicurazione (L’evoluzione del rischio nei contratti “para-assicurativi”)*, Roma, 2006; della stessa A., *La bancassicurazione nel Codice delle Assicurazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 25 ss.; F. MAIMERI, *Il nuovo Codice delle assicurazioni: la distribuzione dei prodotti assicurativi da parte delle banche*, in *Bancaria*, 2006, 82 ss.; più recentemente, P. CORRIAS, *Il fenomeno della bancassicurazione*, in *Studi in onore di Francesco Capriglione*, I, Padova, 2010, 535 ss.; A. GAMBARO, *La bancassurance e le aspettative della clientela*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 579 ss.

¹⁸ Per quanto emerso più recentemente, anche tale fenomeno risulta oramai abbastanza considerato. Cfr. D. PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio di mercato*, in *I contratti*, 2013, 943 ss.; M. SIRI, *Le polizze connesse a mutui e finanziamenti nelle decisioni dell’Arbitro Bancario Finanziario*, in *Dir. e fisc. ass.*, 2013, 313 ss.; A. FRIGNANI-D. PASCHETTA, *Le polizze vita abbinate ai mutui immobiliari ed al credito al consumo (il provv. ISVAP n. 2946 del 6 dicembre 2011 e l’art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con L. 24 marzo 2012 n. 27)*, in *Dir. e fisc. ass.*, 2012, 413 ss.; O. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolazione e mercato*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 907 ss.; I. RIVA, *Polizze connesse a mutui tra regolazione Isvap e “legislazione Monti”*, in *Ass.*, 2012, 277 ss.

¹⁹ Reputiamo, in proposito, che la prestazione di garanzie bancarie attive sia da ascrivere alle altre attività finanziarie – diverse da quella bancaria tipica ex art. 10, comma 1, TUB – menzionate dall’art. 10, comma 3, TUB, posto che la c.d. *causa cavendi* o la funzione cauzionale – che qualificano, rispettivamente, le garanzie accessorie e quelle autonome – non sono, a nostro avviso, del tutto assimilabili alla causa di finanziamento o di credito (cfr., anche per riferimenti, P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 412 s.). Il punto, tuttavia, non è pacifico, essendovi chi, viceversa, reputa che il rilascio di garanzie costituisca una forma di esercizio del credito – come tale ricordabile al comma 1 dell’art. 10 TUB – (tra gli altri, R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., 191 s.) e chi sostiene che potrebbe anche rientrare tra le attività “connesse” menzionate nel 3° comma dell’art. 10 TUB (v. M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., 176).

lett.*f*, *sub 6*), TUB con la menzione del «rilascio di garanzie e di impegni di firma»; le seconde esprimono la funzione cauzionale contemplata nel ramo 15 danni, art. 2, comma 3, cod. ass. e sono esplicitamente richiamate dall'art. 13 del Regolamento ISVAP 16 marzo 2009, n. 29 il quale stabilisce che «sono classificate nel ramo 15 Cauzione le garanzie fideiussorie che prevedono clausole di pagamento a “prima richiesta” o con diciture simili, a condizione che le disposizioni contrattuali contengano espressamente anche il diritto di rivalsa dell'impresa nei confronti del contraente debitore»²⁰.

È assai significativo che diverse disposizioni di legge – tra le quali, a titolo esemplificativo, gli artt. 75 e 113 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006 con successive modifiche ed integrazioni) come interpretato anche dalla determinazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1 del 29 luglio 2014²¹, – abbiano sancito esplicitamente la piena fungibilità dei soggetti abilitati a prestare le garanzie personali autonome, prevedendo che essi possano essere indifferentemente le banche, le imprese di assicurazione e gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 106 del TUB. In proposito va osservato che a seconda dello *status* del garante può cambiare la struttura del negozio di garanzia, posto che, laddove in ambito bancario la garanzia viene generalmente prestata dal garante a favore dell'ente pubblico (committente) in adempimento di un mandato conferito dall'appaltatore al primo, nel settore assicurativo, invece, viene, di solito, utilizzato lo schema di cui all'art. 1411 c.c., ai sensi del quale l'appaltatore stipula con il garante il negozio di garanzia a favore dell'ente pubblico. Tuttavia è importante sottolineare che siffatta diversa configurazione non incide sui caratteri e sulla funzione del negozio, i quali restano immutati.

Va inoltre ricordato che mentre siffatta fungibilità tra le due imprese

625

²⁰ In proposito, da una rapida consultazione dei repertori di giurisprudenza, emerge che la maggior parte delle fattispecie nelle quali si esprime il contratto autonomo di garanzia – compresa quella esaminata dalla nota sentenza della Suprema Corte a sezioni unite del 18 febbraio 2010, n. 3947 (anche in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 257 ss.) – consistono, appunto, in polizze fideiussorie, ossia in contratti di garanzia stipulati da imprese di assicurazione (tra le tante, Cass. 10 febbraio 2012, n. 65 secondo cui «la polizza fideiussoria configura già di per sé un contratto autonomo di garanzia»).

²¹ «Problematiche in ordine all'uso della cauzione provvisoria e definitiva» (artt. 75 e 113 del Codice).

finanziarie è totale e sicura con riguardo alle garanzie autonome, essa appare meno netta con riguardo alle fideiussioni ordinarie o semplici (connotate dall'accessorietà), in quanto è controverso se tali figure – rilasciate abitualmente delle banche – possano essere prestate anche dalle imprese di assicurazione. In particolare non è certa la compatibilità della stipulazione di contratti che prevedono una garanzia accessoria con l'oggetto sociale delle imprese di assicurazione²². Il punto, peraltro, non va enfatizzato dal momento che si sta consolidando un orientamento – a nostro avviso persuasivo²³ – che, evitando di sovrapporre il piano della gratuità del negozio di garanzia con quello della compatibilità delle garanzie accessorie con l'attività assicurativa, giunge a considerare ammissibile la prestazione di garanzie accessorie onerose in ambito assicurativo²⁴.

Appurato, quindi, che, nel nostro sistema, le imprese bancarie ed assicurative sono legittime ad offrire un prodotto identico, occorre, a questo punto, appuntare l'attenzione sul grado di tutela che viene accordato ai due soggetti che, nel contesto della operazione negoziale, entrano in relazione con l'impresa garante – ossia, il debitore che “ordina” la garanzia e il creditore al quale la stessa viene concessa – al fine di accertare se vi sono significative differenze in ragione delle caratteristiche soggettive del garante medesimo.

Con riguardo alla posizione del creditore non emergono particolari problemi, in quanto entrambe le imprese sono soggette ad una serie di regole che assicurano un regime di solvibilità e solidità patrimoniale adeguato a tale tipo di attività. Con riguardo alle imprese di assicurazione, può anzi osservarsi che la stipulazione di contratti di garanzia personale del credito – che come noto, non configurano contratti di assicurazione in senso

²² Prendendo le mosse dalla gratuità delle fattispecie fideiussorie sottoposte al loro esame e rilevando, al riguardo, la non congruità della stipulazione di garanzie gratuite con l'oggetto sociale dell'impresa assicurativa la giurisprudenza ha, infatti, talvolta negato la liceità della stipulazione (Cass. 6 maggio 2011, n. 10007, in *Foro it.*, 2011, I, 2052 ss.; Cass. 4 aprile 2001, n. 4981). Altre pronunce, invece, l'hanno ammessa osservando che, pur potendo assumere i connotati di una attività imprenditoriale extra-assicurativa, il rilascio di tali garanzie, qualora avvenga in maniera non sistematica, può, a seconda dei casi, non essere incompatibile con l'oggetto sociale delle imprese di assicurazione, in quanto connesso con quest'ultimo (Cass., sez. un., 30 dicembre 2011, n. 30174; conformemente, Cass. 30 aprile 2014, n. 9475).

²³ Per le ragioni dell'adesione si perdoni un ulteriore riferimento a P. CORRIAS, *Spunti in tema di garanzie personali del credito*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 437 ss.

²⁴ V., in particolare, Cass. 6 maggio 2011, n. 10007, cit., c. 2056.

stretto (art. 1882 c.c.), ossia caratterizzati dall'alea o rischio assicurativo (art. 1895 c.c.)²⁵ – il regime di patrimonializzazione previsto dalla legge, improntato alla logica delle riserve tecniche, potrebbe risultare persino eccedente rispetto allo scopo, essendo probabilmente sufficienti le regole di patrimonializzazione relative all'esercizio del credito – al quale sono sottoposte le banche – fondato sulla mera adeguatezza dei mezzi propri al volume di affari²⁶.

Passando alla posizione del debitore che chiede la garanzia conferendo un mandato al garante o stipulando con lo stesso un contratto a favore del terzo (garantito), possiamo, invece, osservare che emerge un significativo problema di tutela dell'utente, in quanto la disciplina contrattuale della garanzia risulta nei due ambiti non coincidente. Allorché la garanzia è stipulata con una banca, infatti, verranno in rilievo le norme generali previste per i contratti bancari dagli artt. 115 ss. TUB (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti); quando, invece, controparte del debitore è un assicuratore, si applicheranno le norme previste per i contratti emessi da imprese di assicurazione contenute nel codice delle assicurazioni di cui agli artt. 165 ss. (Norme relative ai contratti di assicurazione) e 182 ss. (Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato).

In proposito, se è vero che i principi ispiratori dei due blocchi normativi sono analoghi – trasparenza, correttezza, consenso informato, criteri di redazione del contratto e simili – è altrettanto innegabile che vi siano specifici aspetti di regolamentazione differenti, alcuni dei quali non trascurabili.

Omettendo, in questa sede, una compiuta analisi delle differenze discipli-

627

²⁵ Sulle ragioni per le quali va recisamente esclusa l'indole assicurativa delle polizze fideius-sorie, sia consentito, anche per gli opportuni riferimenti, di rinviare a P. CORRIAS, *Garanzia pura*, cit., 493 ss. Inoltre cfr. R. CALVO, *Il contratto di assicurazione (Fattispecie ed effetti)*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2012, 159 ss.

²⁶ È appena il caso di rilevare, pur non potendo affrontare il tema in questa sede, che la stessa considerazione in ordine alla solvibilità del soggetto garante, potrebbe non valere con riguardo al rilascio di garanzie da parte degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 TUB, posto che questi ultimi, quantunque formalmente siano sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia e siano tenuti ad un regime di patrimonializzazione analogo a quello delle banche, in realtà hanno spesso sollevato problemi di solvibilità, dei quali si è anche recentemente occupata l'Autorità Nazionale Anticorruzione nella menzionata Determinazione n. 1 del 29 luglio 2014.

nari, che richiederebbe una accurata comparazione dell'intero apparato normativo settoriale sia di indole legislativa (TUB e cod. ass.) che di natura regolamentare (Istruzioni della Banca d'Italia e regolamenti ISVAP), possiamo limitarci a segnalare in via esemplificativa due profili. Laddove la normativa bancaria prevede per tutti i contratti stipulati dalle banche – incluse quindi le garanzie²⁷ – l'obbligo di forma scritta *ad substantiam* (art. 117, commi 1 e 3) con conseguente nullità in caso di inosservanza, con riguardo al contratto di assicurazione non è prevista alcuna forma di nullità. Inoltre, ancorché meno significativa, può essere ricordata la regola che, nell'ambito dei contratti di durata, prevede comunicazioni periodiche alla clientela – almeno annuali – in merito allo svolgimento del rapporto, la quale è prevista espressamente in ambito bancario (art. 119 TUB) ma non in quello assicurativo.

Pur prescindendo, come si è anticipato, dalla portata e dal rilievo delle differenze disciplinari, preme, in conclusione, sottolineare che, allo stato, il richiedente la garanzia è sottoposto ad una disciplina contrattuale diversa – e, quindi, non di rado può contare su una tutela differente – a seconda dei caratteri dell'impresa (finanziaria) con la quale stipula il contratto. Ciò rappresenta una evidente manifestazione di disciplina “per soggetto” in un contesto normativo che, come si vedrà, si sta fortunatamente sempre più orientando verso la disciplina “per atto”²⁸.

2.2. - I contratti di raccolta del risparmio.

Con riguardo alla raccolta del risparmio, ossia all'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso (art. 11, comma 1, TUB), si staglia la forte affinità sussistente tra il contratto di capitalizzazione, ossia una figura ricondotta espressamente dalla legge all'ambito dell'oggetto sociale delle imprese di assicurazione (ramo V, art. 2, comma 1, cod. ass.), e i depositi bancari

²⁷ Sull'ambito di applicazione delle regole di trasparenza, cfr. U. MORERA, *I profili generali dell'attività negoziale dell'impresa bancaria*, in C. BRESCIA MORRA-U. MORERA, *L'impresa bancaria (L'organizzazione e il contratto)*, cit., 327 ss.

²⁸ V., *infra*, par. n. 3.

vincolati, ossia sottoposti ad vincolo temporale per la restituzione (cc.dd. depositi a tempo)²⁹.

Tramite il contratto di capitalizzazione, previsto e disciplinato dall'art. 179 cod. ass., l'impresa capitalizzatrice si obbliga a corrispondere all'assicurato-capitalizzante, al decorso di un termine prestabilito, necessariamente pluriennale, una determinata quantità di denaro costituita dalla somma che quest'ultimo ha in precedenza versato in una o più soluzioni, dall'interesse prodotto da questa somma in base ad un tasso prefissato (fisso o variabile) e, in aggiunta – qualora sia stata prevista espressamente anche la partecipazione ai maggiori utili – dall'eventuale rendimento finanziario ottenuto dall'investimento di tale capitale. Il capitalizzante, per contro, s'impegna sia a costituire il capitale mediante il versamento all'impresa di premi unici o periodici, che a mantenere a disposizione dell'impresa tale capitale per un determinato periodo.

Considerando tali caratteri, si può registrare che quando i depositi bancari vengono vincolati e la banca assume l'obbligo di corrispondere interessi in base ad un tasso fisso a fronte dell'impegno del contraente di riscuotere il capitale e gli interessi solo al decorso del termine stabilito, la linea di demarcazione tra le due fattispecie tende ad assottigliarsi sensibilmente.

È opportuno, al riguardo, precisare che i modelli bancari tipizzati o, meglio, “connotati”³⁰ di raccolta del risparmio, quali le obbligazioni bancarie e i certificati di deposito (e i buoni fruttiferi)³¹, si distinguono dal contratto di capitalizzazione, in ragione del contenuto tipico ad esso assegnato dalla normativa secondaria del settore bancario (art. 117, comma 8, TUB). In particolare le obbligazioni bancarie, presentano, al pari delle altre obbligazioni societarie, il carattere – evidentemente affatto estraneo

²⁹ V., in tal senso, G. DESIDERIO, *L'attività bancaria (Fattispecie ed evoluzione)*, Milano, 2004, 455, 505 s.; M. MIOLA, *Assicurazione e mercato finanziario*, in *Dir. giur.*, 2000, 22; i quali considerano esplicitamente il contratto di capitalizzazione il modello con il quale le imprese di assicurazione realizzano la raccolta del risparmio.

³⁰ Secondo la precisazione di C. SILVETTI, *I contratti bancari. Parte generale*, in V. CALANDRA BUONURA-M. PERASSI-C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, VI, Padova, 2001, 369 s. che riprende sul punto il pensiero di G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 935 ss.

³¹ La dottrina prevalente, invero, reputa che i certificati di deposito e i buoni fruttiferi non siano distinguibili sulla base di indici certi (v., G. FAUCEGLIA, *I certificati di deposito nella disciplina del testo unico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 470).

alla capitalizzazione – di titolo di credito di massa, costituente frazioni uguali fungibili tra loro di un prestito unico, che assume una precisa valenza nel contesto organizzativo delle s.p.a; i certificati di deposito bancario, invece, presentano una durata dell'operazione tendenzialmente più breve³² rispetto a quella prevista nel contratto di capitalizzazione³³.

Tuttavia, è da reputarsi che alle parti – banca e cliente – sia consentito, al di fuori di questi ultimi modelli, di stipulare depositi di risparmio a lungo termine vincolati, in relazione ai quali la banca assume l'impegno di corrispondere interessi a tasso fisso prestabilito ed il contraente accetta di riscuotere capitale ed interessi solo al decorso del termine fissato (c.d. zero coupon). Non è infrequente, inoltre, che, sia prevista in tale contesto la possibilità di rimborso anticipato con penalità, generalmente corrispondenti alla rinuncia agli interessi o a parte di essi³⁴.

Ebbene, in tali ipotesi, soprattutto qualora dovessero essere previsti nel regolamento contrattuale del deposito alcuni atteggiamenti del tutto analoghi a quelli che contraddistinguono il contratto di capitalizzazione³⁵, la sovrapposizione tra le due fattispecie negoziali diverrebbe totale³⁶, considerando che entrambe realizzano, tramite una struttura analoga, la funzione di risparmio, ossia di remunerazione del capitale depositato.

Tuttavia, mentre il contratto di capitalizzazione, in quanto prodotto finanziario emesso da imprese di assicurazione, è sottoposto ad una parte consistente della disciplina del TUF e, in misura residuale, alla disciplina

³² Originariamente non inferiore a tre mesi e non superiore a cinque anni, secondo quanto disposto dalle Istruzioni di vigilanza. Attualmente è stata rimossa la previsione di una durata minima. Cfr., per una recente e accurata analisi sul punto, R. LENER, *La raccolta bancaria del risparmio attraverso certificati di deposito*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber Amicorum Pietro Abbadesa, Torino, 2014, 2260.

³³ Ove è previsto un termine minimo – biennale in caso di riscatto e quinquennale in caso di scadenza naturale – di durata del contratto mentre non è prevista alcuna durata massima. Cfr., anche per gli opportuni riferimenti, P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, 19 ss.

³⁴ V. M. PERASSI, *Il deposito*, in V. CALANDRA BUONaura-M. PERASSI-C. SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, cit., 571; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, 2^a ed., II, 1, Padova, 1992, 75.

³⁵ Quali la durata ultraquinquennale, la possibilità di rimborso anticipato, con penalità, solo a partire dal secondo anno, l'imputazione annuale al capitale degli interessi maturati annualmente e simili.

³⁶ C. GANDINI, *Sub art. 40*, in G. PARTESOTTI-M. RICOLFI (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, Padova, 2000, 412, spec. nota 99; A.D. CANDIAN, *I contratti di capitalizzazione*, in F. GALGANO (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, III, Torino, 1995, 2602.

del codice delle assicurazioni, la riferibilità della disciplina del TUF ai modelli bancari di raccolta del risparmio con obbligo di rimborso in alcune ipotesi è certamente esclusa, in altre è fortemente controversa e, comunque, soggetta a una serie di distinguo che ne inficiano una ragionevole certezza di applicazione³⁷.

In conclusione, quindi, quantunque occorra tener presente che le regole contrattuali contenute nel TUB e nel TUF sono ispirate ai medesimi principi e talvolta esprimono previsioni coincidenti³⁸, rimane il fatto che, anche in questa circostanza – come si è già rilevato con riguardo alle garanzie personali del credito –, i risparmiatori, a fronte di un contratto avente gli stessi caratteri, possono trovarsi dinanzi ad un regime di protezione differente a seconda dell’impresa finanziaria della quale sono divenuti parti contrattuali.

2.3. - La gestione di portafogli individuali di investimento.

Una ulteriore e assai significativa sovrapposizione tra banche e assicurazioni è riscontrabile al di fuori dalla attività tipica di entrambe, ossia della attività bancaria in senso stretto e di quella, propriamente assicurativa, di trasferimento del rischio. Le due imprese, infatti, si trovano a competere con riguardo ad un prodotto tipico del mercato finanziario in senso stretto (o mobiliare), quale la gestione individuale del risparmio.

Tale attività è effettuata abitualmente dalle banche in qualità di intermediari finanziari (art. 18, comma 1, TUF), ma può essere posta in essere indirettamente anche dalle imprese di assicurazione quantunque le stesse, come è noto, non sono contemplate tra i soggetti abilitati a prestare i servizi di investimento. Queste, infatti, possono arrivare alla stipulazione di contratti di tale natura – e, segnatamente, di gestioni individuali di

631

³⁷ Per l’illustrazione del complesso sistema delle esenzioni dei modelli bancari di raccolta del risparmio dalle norme di indole contrattuale del TUF, cfr. P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione*, cit., 118 s.; recentemente, con riguardo ai certificati di deposito bancario, R. LENER, *La raccolta*, cit., 2260 ss. spec. 2262.

³⁸ Emblematica è, al riguardo, la previsione della nullità del contratto per difetto di forma scritta, valevole per i depositi bancari ex art. 117, comma 3, TUB e per il contratto di capitalizzazione ex art. 23, comma 1, TUF.

patrimoni in fondi comuni di investimento (GPF)³⁹ – ricorrendo al modello delle polizze del ramo III, *Unit Linked*, ossia a polizze sulla durata della vita umana la cui prestazione è direttamente collegata al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio.

Nel contesto di queste figure, infatti, quando la prestazione dell’impresa per un verso è svincolata dal verificarsi dell’evento relativo alla vita umana (*id est*, manca o risulta sostanzialmente irrilevante il rischio demografico), e, per altro verso, risulta di ammontare incerto in quanto dipendente dal valore (che potrebbe essere anche notevolmente inferiore a quello dei premi corrisposti) che esprimono le quote di tali organismi di investimento al momento del pagamento, è agevole constatare che, in realtà, l’impresa di assicurazione – che non sopporta alcun rischio finanziario – si limita a gestire e/o investire in quote di fondi le risorse assegnatele sotto forma di premio dall’assicurato-risparmiatore, in cambio di un corrispettivo, scorporato dal premio medesimo; in definitiva, stipula un negozio che, nella sostanza, non differisce significativamente dalla gestione – mediante l’acquisto di quote di fondi – di un portafoglio individuale di investimento (artt. 1, comma 5, lett. d) e 24 TUF)⁴⁰.

A sostegno di quanto appena osservato, si può rilevare che nella prassi, non infrequentemente, avviene che un soggetto abilitato avvicini fuori sede, tramite un promotore finanziario, il potenziale investitore, proponendo allo stesso l’acquisto di strumenti finanziari caratterizzati da un determinato profilo di rischio e, in tale contesto, valuti, con lo stesso

³⁹ Come opportunamente precisa E. PIRAS (*Le polizze variabili nell’ordinamento italiano*, Milano, 2011, 32, spec. nt. 38) – richiamando in proposito i Provvedimenti dell’AGCM 19 ottobre 2006, n. 16016 e 3 marzo 2007, n. 16398 – infatti, le polizze *Unit Linked*, dal momento che prevedono l’acquisto di quote di fondi comuni, sono assimilabili alle gestioni individuali di patrimoni in fondi (GPF) – caratterizzate, appunto, dall’investimento delle risorse acquisite dal cliente in quote di fondi comuni – e non alle (ordinarie) gestioni individuali mobiliari (GPM), nel cui ambito i risparmi conferiti al gestore sono investiti in azioni, obbligazioni e strumenti finanziari derivati.

⁴⁰ In tal senso v., in luogo di altri, A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice bancaria ed assicurativa*, in Ass., 2007, 192 ss., spec. 197; E. PIRAS, *Le polizze*, cit., 38 ss., spec. 47 s.; recentemente, F. CAPRIGLIONE, *Le polizze “Unit Linked”: prodotti assicurativi con finalità di investimento* (parere *pro veritate* reso in data 31.3.2014), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 426 ss., spec. 428 e 430; sia consentito, infine, per ulteriori richiami della dottrina e per la citazione della copiosa giurisprudenza, di rinviare a P. CORRIAS, *Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 457 ss.

investitore, se configurare il modello negoziale come contratto tipico di gestione di portafoglio individuale – e, in tale ipotesi, la controparte dell’investitore sarà il soggetto abilitato medesimo – oppure come polizza *Unit Linked* e, nel caso, il soggetto abilitato predisporrà il contratto in qualità di intermediario di una impresa di assicurazione (ad esso collegata) – ai sensi dell’art. 109, comma 2, sub *d*, cod. ass. – che diverrà la controparte formale dell’investitore medesimo. In quest’ultima ipotesi – che prevede, appunto, il ricorso ad un contratto assicurativo – il contraente-risparmiatore, in caso di designazione di un beneficiario per l’ipotesi di premorienza, potrà contare su rilevanti vantaggi sul piano della disciplina delle successioni⁴¹, ma, generalmente, incorrerà in spese di gestione del contratto maggiori di quelle che dovrebbe sostenere se lo stesso investimento avvenisse nelle forme del contratto di gestione di portafogli.

Ciò induce a due considerazioni: (*i*) nell’attuale contesto legislativo, un prodotto con le caratteristiche proprie della gestione individuale del risparmio può essere configurato anche come contratto assicurativo, ossia come contratto emesso da imprese di assicurazione; (*ii*) le banche e le imprese di assicurazioni, in questa circostanza, si trovano a competere tra loro nell’ambito di attività propria degli intermediari del mercato mobiliare, quali le imprese di investimento e le società di gestione del risparmio (SGR).

È bene rimarcare, peraltro, che, in questo contesto, non emerge alcuna disparità di tutela dell’utente, in quanto i menzionati contratti di gestione individuale del risparmio sono soggetti alla stessa disciplina a prescindere dai caratteri soggettivi dell’impresa contraente. Come si ricorderà, invero, tramite la c.d. legge sul risparmio⁴² e le successive integrazioni a questa⁴³, il legislatore ha opportunamente esteso la parte più significativa della

⁴¹ Il principale vantaggio, come è noto, è previsto dall’art. 1923, comma 2, c.c., ai sensi del quale il capitale dovuto dall’assicuratore non entra a far parte della massa ereditaria agli effetti della collazione e della riduzione, ma, viceversa, vengono considerati a questa stregua i soli premi pagati. Significativa è anche la disposizione di cui all’art. 1920, comma 3, secondo cui, per effetto della designazione, il beneficiario acquista un diritto proprio ai vantaggi dell’assicurazione, i quali non transitano nel patrimonio del contraente-assicurato ma, appunto, si radicano al momento della designazione in quello del beneficiario. Infine vanno ricordate le particolari regole sulla revocabilità del beneficio (analoghe a quelle previste nel contratto a favore del terzo da eseguirsi dopo la morte dello stipulante ex art. 1412, comma 2, c.c.) atte a salvaguardare quanto più possibile il potere di revoca (art. 1921 c.c.).

⁴² L. 28 dicembre 2005, n. 262.

⁴³ D.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303.

disciplina contrattuale riguardante i prodotti e gli strumenti finanziari contenuta nel TUF e nei regolamenti della Consob ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione (tra i quali, come è noto, rientrano le polizze del ramo III).

Diversamente da quanto è emerso con riguardo alle garanzie personali del credito e al contratto di capitalizzazione, può, quindi, osservarsi che questa figura contrattuale risulta attualmente soggetta ad una disciplina per atto.

2.4. - L'erogazione di finanziamenti da parte delle imprese di assicurazione.

Ulteriore elemento di concorrenza tra le due imprese finanziarie, infine, deriva dalla recente aggiunta del comma 2-*bis*, all'art. 114 TUB⁴⁴, tramite il quale viene consentito alle imprese di assicurazione di erogare finanziamenti a soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle microimprese⁴⁵. Le modalità con le quali è previsto che avvengano tali finanziamenti, che devono essere presentati in un piano soggetto alla valutazione dell'IVASS e che possono costituire solo una parte alquanto modesta delle riserve tecniche da coprire⁴⁶, sono illustrati dettagliatamente negli artt. 8-*bis* e 8-*ter* del regolamento ISVAP n. 36 del 31 gennaio 2011, (introdotti dall'art. 4 del provvedimento IVASS n. 22 del 21 ottobre 2014). Pur nella consapevolezza che siffatta idoneità delle imprese di assicurazione ad erogare credito, in ragione delle stringenti limitazioni previste, è davvero poco

⁴⁴ Avvenuta mediante l'art. 22, comma 3, del d.lsg. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 116.

⁴⁵ «Non configura esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma l'operatività, diversa dal rilascio di garanzie, effettuata esclusivamente nei confronti di soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle microimprese, come definite dall'articolo 2, paragrafo 1, dell'allegato alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea, del 6 maggio 2003, da parte di imprese di assicurazione italiane e di Sace entro i limiti stabiliti dal decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, come modificato dalla presente legge, e dalle relative disposizioni attuative emanate dall'IVASS. I soggetti di cui al comma 2-*bis* inviano alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche nonché ogni altro dato e documento richiesto, e partecipano alla centrale dei Rischi della Banca d'Italia, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia. La Banca d'Italia può prevedere che l'invio delle segnalazioni periodiche e di ogni altro dato e documento richiesto nonché la partecipazione alla centrale dei rischi avvengano per il tramite di banche e intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'art. 106».

⁴⁶ Comunque non superiore all'8% delle riserve medesime (v. art. 30, comma 3-*bis*, lett. b), del Regolamento n. 36 del 2011).

rilevante sul piano della concorrenzialità con le banche, essa, tuttavia, appare significativa sul piano sistematico, in quanto denota la progressiva estensione dell'attività permessa alle prime all'interno del sistema finanziario in senso ampio: accanto alla tradizionale e caratterizzante attività di copertura dei rischi (relativi a eventi dannosi e ad eventi relativi alla vita umana) – che, è bene sottolinearlo, nessun altro soggetto abilitato del mercato finanziario può, allo stato, compiere – si è aggiunta la raccolta del risparmio (tramite il contratto di capitalizzazione), il rilascio di garanzie (tramite le polizze fideiussorie o cauzionali), la possibilità di effettuare operazioni di investimento (tramite le polizze *Unit Linked*) e infine, appunto, l'erogazione del credito (sebbene solo alle imprese non di modesta dimensione).

Non sembra azzardato quindi rilevare che, sulla base della normazione vigente, le imprese di assicurazione rappresentano i soggetti del mercato finanziario che più si avvicinano – sul piano astratto – al modello dell'intermediario universale.

3. - Notazioni conclusive e prospettive *de iure condendo.*

635

La progressiva estensione delle operazioni consentite alle imprese di assicurazione – ma anche alle banche e, in generale, a tutte le imprese che operano nel mercato finanziario – rende allo stato ineludibile una riflessione generale sui modi con i quali avviare un coordinamento e, se possibile, una armonizzazione dei tre tradizionali comparti del mercato finanziario⁴⁷, interrogandosi, in particolare, sulla opportunità di giungere: (i) ad un modello di intermediario unico o universale; (ii) ad un'unica autorità di vigilanza; (iii) ad un blocco comune, più o meno esteso, di disciplina contrattuale.

Il tema, evidentemente, non può essere sviluppato in questa sede, salvo concordare, in ordine al primo punto, sulle perplessità, autorevolmente espresse⁴⁸, circa la possibilità di individuare un unico soggetto – la c.d.

⁴⁷ Tale intervento è sollecitato, tra gli altri, da A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., 64 s.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Il diritto*, cit., 828; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., 91.

⁴⁸ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 205 ss., spec. 210.

impresa finanziaria – alla quale applicare una disciplina generale⁴⁹. Limitandosi, in proposito ed in via meramente esemplificativa, ad una osservazione relativa al settore assicurativo, si è avuta occasione di rilevare, infatti, che l’attività tipica e caratterizzante di trasferimento del rischio, richiede un funzionamento dell’impresa e, segnatamente, un regime di patrimonializzazione, affatto differente da quello necessario sia per l’esercizio congiunto della raccolta e dell’erogazione di fondi (attività bancaria) che per la gestione del risparmio (intermediazione mobiliare).

Difficoltà sostanzialmente analoghe emergono con riguardo al secondo punto, ossia all’ipotesi di un regime unico di vigilanza: si è accennato, invero, che i controlli che necessitano alcuni comparti del settore assicurativo – quali la maggior parte dei rami danni – sono del tutto estranei alle logiche che presiedono a quelli sul settore del credito e del mercato mobiliare. Il ché rende opportuna una diversificazione nella vigilanza e, quindi, assai difficile l’esercizio della stessa da parte di un’unica Autorità. Ponendosi, dunque, in una prospettiva realistica, si potrebbe, però, incidere sensibilmente sul terzo punto, intervenendo sulla disciplina delle operazioni finanziarie su due piani differenti. Da un lato prevedendo per tutte le singole figure negoziali una propria e definita regolamentazione che prescinda dai caratteri del soggetto abilitato che stipula con l’utente; dall’altro individuando un blocco comune di regole generali sul contratto e sugli obblighi precontrattuali, tramite un’opera di selezione, unificazione ed armonizzazione di quelle già esistenti e disseminate nei tre testi normativi fondamentali del mercato finanziario (TUB, TUF e cod. ass.), al quale va aggiunto anche il d.lgs. n. 251 del 2005 (Disciplina delle forme pensionistiche complementari)⁵⁰: una volta individuata tale normazione di base, essa potrebbe trovare una collocazione topografica autonoma o, più facilmente, all’interno di uno di siffatti testi normativi già esistenti.

⁴⁹ Tale ipotesi, pur essendo stata generosamente prospettata in dottrina (A. PRINCIPE, *L’impresa finanziaria*, Milano, 1998, *passim* ma spec. 169 ss.), non ha avuto seguito per insufficienza degli elementi normativi idonei a suffragarla.

⁵⁰ Si pensi, per menzionare il caso più emblematico, alle regole sulla trasparenza che appaiono ingiustificatamente disallineate nei tre settori, e che potrebbero essere unificate partendo dalla loro manifestazione più completa, presente nel TUB, suscettibile di essere poi adattata e integrata sulla base delle esigenze degli altri comparti del mercato finanziario (cfr., in tema, A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., 66 s.).

Sul primo piano il legislatore è già intervenuto ampiamente.

Si è rilevato che sono stati sottoposti alla disciplina del TUF i prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, uniformandoli agli analoghi prodotti offerti dalle banche o dalle imprese di investimento.

Assai significativa è, inoltre, la disciplina delle forme pensionistiche complementari e segnatamente, delle convenzioni per la gestione dei fondi pensione di cui all'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251 del 2005⁵¹, che sono assoggettate al medesimo trattamento normativo quantunque possano essere stipulate da soggetti diversi del mercato finanziario, quali le imprese di assicurazione che hanno ottenuto l'autorizzazione per il ramo VI, le società di intermediazione mobiliare (SIM), le banche e le società di gestione del risparmio (SGR)⁵².

Ancora, tale linea è stata seguita dalla normazione contenuta nei principi contabili internazionali denominati IAS/IFRS, la quale prevede che tutte le operazioni di carattere finanziario, anche se poste in essere da imprese di assicurazione, sono da contabilizzare secondo i principi contenuti negli IAS 39 e 32, riferiti agli strumenti finanziari, mentre sono riconducibili allo IFRS 4, che disciplina i contratti assicurativi, solamente i contratti caratterizzati dal rischio di un evento futuro ed incerto⁵³.

637

⁵¹ Per "convenzioni di gestione" si intendono i contratti che i fondi pensione stipulano con intermediari professionali che abbiano determinati requisiti di solidità e specifiche competenze di tipo gestionale nel mercato finanziario, affinché questi impieghino le risorse raccolte dagli aderenti.

⁵² Sul punto cfr., anche per i necessari riferimenti, P. CORRIAS, *Convenzioni di gestione in regime di contribuzione definita e finalità previdenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 43 ss.

⁵³ In ordine ai principi contabili internazionali denominati IAS/IFRS, è appena il caso di ricordare, in estrema sintesi, che il regolamento comunitario (del Parlamento e del Consiglio) n. 1606/2002 – ha per primo introdotto l'obbligo di utilizzare siffatte regole di ragioneria per alcune categorie di imprese societarie – tra le quali quelle di assicurazione – ai fini (quanto meno) della redazione dei conti consolidati; inoltre ha stabilito che tali regole, elaborate da un organismo di diritto privato (lo IASB, già *International Accounting Standards Board* – IASC), per poter acquistare efficacia giuridica devono essere preventivamente omologate mediante il recepimento in regolamenti della Commissione. Nel momento in cui avviene tale incorporamento i principi assumono l'efficacia normativa propria di tali regolamenti di attuazione e, pertanto, da norme tecniche assurgono al rango di norme giuridiche. Più specificamente, può osservarsi che gli IAS 39 "Strumenti finanziari: rilevazione e valutazione" e gli IAS 32 "Strumenti finanziari: esposizione nel bilancio e informazioni integrative", sono stati introdotti, rispettivamente, dal Regolamento (CE) n. 2086 del 2004 e dal Regolamento (CE) n. 2237 del 2004. L'IFRS 4, nella sua configurazione di testo del principio contabile internazionale che presiede alla redazione dei prospetti di bilancio delle imprese assicurative, è, invece, entrato in vigore il 1° gennaio 2005 con il Regolamento CE n. 2236 del 2004, poi modificato dal Regolamento CE n. 108 del 2006. A siffatti provvedimenti sono seguiti altri

Una ulteriore e significativa espressione di tale tendenza, infine, è riconoscibile nel recente Regolamento (UE) n. 1286 del 26 novembre 2014 (c.d. Regolamento PRIIPs)⁵⁴ relativo ai cc. dd. prodotti di investimento preassemblati (*packaged retail investment products – PRIIPs*), ossia a prodotti di investimento per la clientela al dettaglio – quali polizze *Unit Linked*, fondi comuni di investimento, prodotti strutturati e prodotti della previdenza complementare – che, pur non presentando forme giuridiche omogenee, hanno in comune la circostanza che la somma dovuta all'investitore a titolo di rimborso del capitale o di rendimento è esposta alla fluttuazione di valori di riferimento ovvero all'andamento di uno o più strumenti finanziari che non sono direttamente acquistati dall'investitore. Ebbene, la disciplina relativa a tali prodotti ha come obiettivo l'introduzione di un approccio orizzontale che costituisce una base coerente per regolamentare le informazioni obbligatorie e le pratiche di vendita a livello europeo, indipendentemente da come il prodotto sia assemblato o venduto. Ciò affinché il livello di protezione garantito agli investitori al dettaglio, non sia soggetto a variazioni in funzione dei diversi settori finanziari dove tali prodotti di investimento sono offerti⁵⁵.

638

Per portare a compimento il primo piano della armonizzazione, in definitiva, sarebbe sufficiente ricondurre a questa virtuosa logica della disci-

Regolamenti che hanno via via apportato ulteriori modifiche a tali Principi. Attualmente tutti i principi contabili internazionali, compresi lo IAS 32, lo IAS 39 e l'IFRS 4, sono recepiti in un unico regolamento, il Regolamento (CE) n. 1126 del 2008, al quale hanno fatto seguito ulteriori modifiche relative ai singoli Principi. In generale, sul problema relativo all'inquadramento dei Principi nel sistema delle fonti interne v., tra gli altri, G. SCOGNAMIGLIO, *La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto contabile*, in *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano, 2007, 29 ss.; M. CARATOZZOLO, *Principi contabili internazionali* (dir. comm. e tribut.), in *Enc. dir.*, *Annali*, Milano, 2007, 938 ss.; S. FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto (pluralismo giuridico, diritto riflessivo e "governance" nel modello europeo)*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 5 ss., spec. 29 ss.

⁵⁴ In ordine a tale Regolamento, pubblicato nella G.U. dell'Unione europea il 9 dicembre 2014 e relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati, cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti" e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi di impresa*, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, 2443 ss.; M. SIRI, *I prodotti finanziari assicurativi*, Roma, 2013, 165 ss.; F. BRUNO-E. FRANZA, *Prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e poteri della CONSOB in tema di vigilanza e trasparenza*, in *Ass.*, 2014, 3 ss., spec. 20 ss. E. PIRAS, *Le polizze rivalutabili collegate alle gestioni separate*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 41 ss.

⁵⁵ V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio relativa ai prodotti di investimento al dettaglio preassemblati del 30 aprile 2009 [COM (2009) 204 definitivo].

plina “per atto” le oramai rare ipotesi del mercato finanziario in senso lato – quali, come si è visto, le garanzie personali del credito e i fondi con obbligo di rimborso – nelle quali è ancora riscontrabile una disciplina “per soggetto”.

L’attuazione del secondo piano, relativo alla predisposizione di un nucleo comune di regole generali sul contratto e sugli obblighi precontrattuali, mediante la razionalizzazione e l’unificazione di quelle già esistenti, appare, invece, più lunga e meno agevole, in quanto mancano sinora segnali a livello legislativo in tale prospettiva.