

Albina Candian

La Corte di legittimità e la qualificazione delle polizze vita

Cassazione Civile, Sez. III civ., 30 aprile 2018, n. 10333, ord. - Pres. Vivaldi - Rel. Scoditti - P.M. Troncone (conf.) - Lombard International Assurance SA c. S. e a.

IL COMMENTO Albina Candian

Il saggio analizza in una prospettiva anche comparatistica e in chiave critica l'impatto della sent. n. 10333/2018 sulla disciplina delle polizze vita e in particolare delle polizze *linked* che la Cassazione, in base ad un'indagine funzionale, qualifica in termini di contratto di investimento distinto dai contratti di assicurazione sulla vita connotati da una funzione più segnatamente previdenziale.

Premessa

L'ordinanza n. 10333/2018 della terza sezione della Cassazione civili ha suscitato vasta eco sulla stampa generalista poiché da essa si è voluto trarre la quasi certezza che le polizze assicurative *unit linked* di ramo terzo che non prevedano la restituzione dell'intero capitale al termine del periodo assicurativo siano da riqualicificare integralmente come investimenti finanziari, con ricadute importanti sul loro trattamento fiscale nonché sul regime di esenzione dalla azioni esecutive di terzi creditori *ex art. 1923 c.c.*

In sede di più pacato esame è da osservare che l'Ordinanza suddetta merita anzitutto di essere considerata come un precedente giurisprudenziale ed in tale più preciso contesto si evidenzia che la cassazione ha unicamente stabilito, in conformità con la precedente decisione 6061/2012¹, che è possibile per il giudice di merito qualificare come operazione di investimento finanziario e di conseguenza sottoporre alla disciplina relativa alla formazione del contratto, un contratto formalmente confezionato come polizza assicurativa vita di ramo III, mentre nulla ha statuito circa i presupposti necessari per pervenire a tale risultato. Infatti, i motivi del ricorso mediante i quali l'assicuratore, in veste di ricorrente, lamentava la errata qualificazione del contratto che a suo dire doveva qualificarsi come assicurazione sulla vita del terzo *ex art. 1919 c.c.*, sono stati dichiarati inammissibili e quindi il profilo qualificatorio non è stato oggetto di diretta statuizione ed è entrato nella *ratio decidendi* solo indirettamente.

Considerata come un caso di specie di scarso valore precedenziale², la decisione assunta dalla Cassazione civile segnala tuttavia la esistenza di un problema, anzi di due, di non piccolo spessore per il mercato assicurativo.

Il primo problema ha carattere generale ed attiene alla possibilità di ottenere una revisione in cassazione di un giudizio di merito che abbia erroneamente qualificato una polizza assicurativa, o un contratto in genere.

¹ Cass., Sez. III civ., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Foro it.*, 2013, I, 631.

² Sul tema del "precedente" giudiziale, la bibliografia è estesissima, mi limito a rinviare a: A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, pag. 119 ss.

Il secondo ha carattere più specifico e riguarda il tema, da tempo discusso in dottrina e giurisprudenza³ circa i criteri di distinzione tra polizze vita *unit*, o *index linked*, rispetto a contratti di intermediazione finanziaria. I due profili problematici sono collegati tra loro nel senso che criteri di distinzione affidabili possono essere dettati dal legislatore oppure, qualora tale fonte non si attivi, possono essere individuati dal formante giurisprudenziale facendo leva sulla funzione nomofilattica svolta dalla corte di cassazione⁴. Tuttavia lo svolgimento di tale funzione presuppone che la corte di legittimità possa esaminare i ricorsi con cognizione piena, mentre è proprio questa possibilità ad essere in forse.

Ricorso in Cassazione in caso di giudizi di “riqualificazione” del contratto rispetto all’inquadramento operato dalle parti

Affrontando partitamente i due problemi sopra evidenziati, giova logicamente iniziare da quello più generale che attiene all’annoso tema delle ricorribilità avanti la corte di legittimità della sentenza di merito che abbia, secondo il ricorrente, stravolto il contenuto di un contratto ed applicato ad esso regole giuridiche inappropriate.

Giova quindi ricordare in sintesi che la giurisprudenza di legittimità appare da tempo assestata sull’assunto per cui l’interpretazione del contratto precede la sua qualificazione e che l’operazione si svolge in due fasi: a) l’accertamento della volontà delle parti; b) l’inquadramento del fatto accertato nella tipologia predisposta dal diritto che comporta l’applicazione di norme di diritto⁵. Le due fasi, ed anche quelle intermedie che una riflessione più analitica può mettere in evidenza, sono ovviamente complementari e sinergiche nel senso che sono entrambe funzionali a decidere quali effetti giuridici produca la fattispecie negoziale posta in essere dalle parti. È però assai noto che trasposta in termini di procedimento avanti la corte di legittimità la stessa sequenza non riceve una considerazione unitaria perché da molto tempo la giurisprudenza di cassazione è fedele alla massima per cui la prima fase, consistente nella ricerca e nella individuazione della comune volontà dei contraenti, è un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale, mentre la seconda - concernente l’inquadramento della comune volontà nello schema legale corrispondente - risolvendosi nell’applicazione di norme giuridiche - può formare oggetto di verifica e riscontro in sede di legittimità sia per quanto attiene alla descrizione del modello tipico della fattispecie legale, sia per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto così come accertati⁶.

Dal punto di vista logico tuttavia la sequenza sopra sommariamente descritta rimane unitaria; e dal punto di vista pratico occorre anche tener conto del dato realistico, per cui nella struttura delle motivazioni delle sentenze di merito, la fase interpretativa della volontà delle parti è continuamente frammischiata⁷ con la fase qualificatoria (come puntualmente è accaduto nella sentenza appellata). Sicché la critica alla qualificazione operata dal giudice di merito stenta a rispettare la scissione tra aspetti di fatto e diritto, ed in ogni caso difficilmente può omettere di contestare la dazione di senso giuridico che il giudice di merito ha dato ai segni che compongono il testo negoziale. Cruciale diviene quindi il tema dei limiti del sindacato che i giudici di legittimità possono esercitare in materia di ermeneutica contrattuale.

La complessa distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio juris*

L’assunto per cui la fase di interpretazione del contratto costituisce un tema di fatto è di antica data e proviene dalle prime esperienze del giudizio di cassazione messe a punto dalla cassazione di Francia, ereditate

³ Su ciò cfr. *infra* note 37 ss.

⁴ È però da segnalare la tendenza ad estendere il concetto di nomofilachia, ipotizzando una nomofilachia orizzontale, o diffusa, che chiami anche i giudici di merito a partecipare alla formazione del diritto vivente. Cfr. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. Carleo, *op. cit.*, 27. Al riguardo si può solo osservare che in tal modo le due nozioni: quella di nomofilachia e di “diritto vivente” si sovrappongono totalmente e che la prima perde la sua funzione essenziale di procurare l’unità del diritto oggettivo nazionale; funzione che nel caso specifico qui esaminato si traspone in quella di procurare una ragionevole certezza agli operatori del mercato assicurativo i quali debbono poter sapere ex ante quale tipo di contratto concludono.

⁵ Un inquadramento più sofisticato in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, IV ed., 2016, 1345.

⁶ Così da ultimo Cass., Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 29111, ord.; in senso conforme Cass., Sez. III, 14 luglio 2016, n. 14355; Cass., Sez. lav., 29 marzo 2016, n. 6054; Cass., Sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2465; Cass., Sez. II, 22 maggio 2013, n. 12594.

⁷ Questa puntualizzazione realistica risale a M. Casella, *Il contratto e l’interpretazione*, Milano 1962, 1160- 201; G. G. Scalfi, *La qualificazione dei contratti nell’interpretazione*, Milano, 1962, pag. 8-18.

dalla nostra⁸, ed è superfluo ricordare come abbia attraversato quasi indenne tutte le evoluzioni della teoria dell'ermeneutica contrattuale e che quindi sarebbe ingenuo osservare come tale assunto si fondi su un approccio teorico connotato da un cognitivismo elementare che oggi non ha più seguaci⁹. In realtà si tratta di scelta di politica giudiziale, che è parso necessario compiere¹⁰ e mantenere per evitare che la corte di legittimità sia invasa da ricorsi che la obblighino ad immergersi in dispute complesse circa la corretta dazione di senso a testi ambigui. Tuttavia si è anche ampiamente osservato che nell'esperienza italiana, il codice civile del 1942 ha normato l'interpretazione del contratto assoggettando il procedimento intellettuale relativo a regole di diritto positivo. Anche se sono stati necessari parecchi lustri per formare la *communis opinio* secondo cui gli artt. 1362 ss. del c.c. sono da qualificarsi come norme giuridiche al pari delle altre¹¹, tuttavia la dottrina civilistica corrente è oggi unanime nel considerare che in sede processuale, ove si contrappongono ipotesi interpretative tra loro alternative, l'interpretazione del contratto è sì il risultato di un giudizio di fatto diretto ad accertare la volontà delle parti, ma tale accertamento è guidato da norme. Trasferita in termini di accesso al sindacato di legittimità questa *communis opinio* ha tuttavia generato unicamente l'inciso finale che compare nelle massime tratte in cui in primo luogo si enuncia che l'interpretazione del contratto è operazione istituzionalmente riservata al giudice del merito, e si aggiunge che tuttavia essa può essere censurata dalla parte soccombente sotto il profilo della mancata osservanza dei criteri di ermeneutica legale¹².

Una abbondante letteratura si è dedicata a risolvere la indubbia tensione che intercorre tra l'asserzione per cui l'attribuzione di senso ai testi negoziali, così come ricostruiti in giudizio attraverso l'interazione tra testo e contesto¹³, rimane un problema di fatto¹⁴ e quella susseguente secondo cui, tuttavia, il sindacato di legittimità può intervenire in relazione alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica¹⁵; ma ad essere rigorosi in punto di coerenza logica dei discorsi giuridici si può solo concludere che il problema rimane aperto¹⁶.

Esaminata la questione sotto un profilo realistico si può osservare come sia proprio la strutturazione delle regole civilistiche di interpretazione dei contratti, le quali impegnano l'interprete a ricercare la volontà delle parti mediante una complessa e non particolarmente limpida articolazione di criteri ermeneutici, ad innestare la necessità di porre una corte di legittimità al riparo dal dovere di giudicare su questioni di tal fatta, posto che l'accertamento della volontà contrattuale comporti quasi inevitabilmente una attività di tipo istruttorio che nel giudizio di cassazione non può svolgersi. Nella prospettiva di un efficace funzionamento di una corte di legittimità la violazione delle regole di ermeneutica contrattuale potrebbe divenire materia di sindacato qualora esse si limitassero a prescrivere il rispetto della testualità negoziale¹⁷.

Sempre in ottica realistica non si può infatti evitare dall'osservare come da sempre la Corte di Cassazione non potendo evitare di considerare i ricorsi in cui si sollevi una questione attinente la violazione delle norme del codice civile di cui agli artt. 1362 ss. abbia attivato varie tecniche di filtraggio, tra le quali quella che fa leva sul principio di autosufficienza dei ricorsi. Se si traspone la complessa trama delle regole legali di ermeneutica contrattuale in termini di autosufficienza del ricorso per cassazione, l'onere che viene addossato alla

⁸ Rectius, sino al 1925: "dalle nostre".

⁹ Da ultimo cfr. A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Vol. II, *Tecnica*, Torino, 2015, 469-476 ed ivi bibliografia selezionata.

¹⁰ Le discussioni più accanite si sono svolte in Francia nella prima metà dell'ottocento, pervenendo alla equilibrata, anche teoricamente insoddisfacente, soluzione di mantenere in capo alla court del cassation un potere di filtro. Cfr. il riassunto di quelle discussioni alla voce: Court de Cassation in *Répertoire Dalloz*, nouvelle édition, T.VII, Paris, 1847, chap. 15, nn. 1567-1578, 376.

¹¹ In tema cfr. R. Sacco - G. De Nova, *op. cit.*, 1339 ove si storicizza il problema e A. Gentili, *Senso e consenso*, *op. cit.*, 331 ss. con ampio panorama comparativo.

¹² Da ultimo: Cass. n. 22889/2006; Cass. n. 18375/2006.

¹³ In realtà non si dubita che l'operazione di ricostruzione del negozio come testo linguisticamente composto sia un problema di fatto riservato al giudice di merito.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 12016, ord. "L'accertamento della volontà degli stipulanti in relazione al contenuto del negozio si traduce in un'indagine di fatto affidata in via esclusiva al giudice di merito.

¹⁵ Cfr. da ultimo Cass., Sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2465.

¹⁶ Certamente non è risolutiva la tesi, vastamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui il sindacato di legittimità non può investire il risultato interpretativo in sé, che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito, ma afferisce solo alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica e della coerenza e logicità della motivazione addotta. Cfr. Cass., Sez. III, 10 febbraio 2015, n. 2465, perché non vi è modo di scindere la valutazione dei criteri dalla valutazione dei risultati ermeneutici raggiunti, se non supponendo la possibile irrazionalità di quelli legali.

¹⁷ Sul punto cfr. *infra* nota 18.

parte ricorrente consiste nella trascrizione nel ricorso di tutte le clausole contrattuali con specifica sottolineatura di quelle individuative dell'effettiva volontà delle parti; di indicare specificatamente i canoni ermeneutici che sarebbero stati violati; nonché di riportare i passi della sentenza di merito che li avrebbe violati, chiarendo le ragioni per cui sussiste una contraddizione tra quei passi ed i canoni legali di ermeneutica contrattuale. Il tutto rispettando però il canone di ragionevole sinteticità degli atti processuali in conformità ai principi contenuti nel Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio Nazionale Forense sulle "Regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria"¹⁸.

In realtà questi oneri svolgono una funzione di filtro e sono finalizzati ad esentare i giudici di legittimità dal compito di svolgere una revisione complessiva dell'attività ermeneutica dispiegata dai giudici di merito. Operazione verso cui sarebbero sospinti da una coerente applicazione del carattere legale dell'interpretazione contrattuale. La prevalenza assegnata all'esigenza di ridurre il numero dei ricorsi, traspare del resto anche dalle modifiche introdotte alla possibilità di censurare in grado di appello la dazione di senso al contratto preferita i giudici di primo grado. Infatti, secondo il nuovo testo dell'art. 342, comma 1, n. 2 c.p.c.¹⁹ la motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità (...) "l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata". Trasposto in termini di problematiche ermeneutiche ciò significa che è onere dell'appellante non solo indicare il passo della motivazione di primo grado in cui si è fatto mal governo di una o più regole specifiche di ermeneutica legale - il che è ovvio - ma anche di indicare le ragioni per cui l'esito interpretativo cui il primo giudice è pervenuto è incompatibile con il testo contrattuale.

Sempre in ottica realistica è allora opportuno considerare che la funzione deflattiva che viene assegnata al criterio per cui sono ammissibili ricorsi (ed ora anche appelli) fondati sulla "violazione della legge", richiede un qualche sacrificio dell'idea per cui è indiscutibile dovere del giudice adeguarsi ai canoni ermeneutici fissati dalla legge.

Viceversa l'insegnamento corrente è nel senso che la fase qualificatoria, la quale concerne l'inquadramento della comune volontà, come accertata in sede interpretativa, nello schema legale corrispondente, si risolve nell'applicazione di norme giuridiche e quindi può formare oggetto di verifica e riscontro in sede di legittimità sia per quanto attiene alla descrizione del modello tipico della fattispecie legale, sia per quanto riguarda la rilevanza qualificante degli elementi di fatto così come accertati, sia infine con riferimento alla individuazione delle implicazioni conseguenti alla sussistenza della fattispecie concreta nel paradigma normativo²⁰. Da ciò dovrebbe conseguire che in tema di qualificazione la critica della decisione di merito si può svolgere in cassazione sotto il profilo della violazione o falsa applicazione di norme di diritto. Tuttavia la dottrina civilistica ha da tempo messo in guardia verso prospettive riduzionistiche ricostruendo la complessità del procedimento intellettuale di qualificazione dei contratti e dei negozi giudici in generale in termini niente affatto lineari²¹ e sottolineando come anche nel procedimento di qualificazione sia condizionato da elementi di fatto, sicché escludere la possibilità di critica dei modi con cui questi ultimi sono stati ricostruiti dai giudici di merito, limita anche la possibilità di criticare l'operazione qualificatoria posta in essere.

Al riguardo giova aggiungere che a rendere arduo il compito di selezionare ciò che appartiene alla sfera del fatto e ciò che appartiene alla sfera del diritto ed è quindi sindacabile in cassazione concorrono anche altre regole da tempo affermatesi nel nostro sistema. Così un'altra massima costantemente ripetuta in giurisprudenza insegna che mentre la fase interpretativa mira a ricostruire la effettiva volontà delle parti, le quali quindi possono ben influire con la loro condotta su di essa²², l'attività di qualificazione è una provincia del giudice il quale nel procedere alla qualificazione del contratto o del negozio non è vincolato dall'attività delle parti ed in particolare dal *nomen juris* che costoro abbiano prescelto per dare veste giuridica al loro rapporto²³.

¹⁸ Cfr. da ultimo Cass., Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3704.

¹⁹ Introdotto con l'art. 54, lett. oa), D.L. 22 giugno 2012, n. 183, conv. L. 7 agosto 2012, n. 134.

²⁰ Così Cass., Sez. I, 5 dicembre 2017, n. 29111, ord.; in precedenza Cass. n. 4567/1983; Cass. n. 6146/1986; Cass. n. 6744/1988; Cass. n. 3485/1990; Cass. n. 1054/2001; Cass. n. 2912/2002; Cass. n. 21064/2004; Cass. n. 420/2006.

²¹ Cfr. ad es. V. Roppo, *Il contratto*, II ed., Milano 2011, 437- 438, ove si suggerisce di pensare in termini di sequenza non rettilinea, ma circolare.

²² Il problema viene discusso in collegamento con il principio dispositivo in ambito processuale, focalizzando quindi l'attenzione sulla fase in cui le parti sono già in disputa avanti un giudice circa la corretta interpretazione del loro negozio. Il che probabilmente contribuisce a rendere poco limpida la questione cfr. R. Sacco - G. De Nova, *op. cit.*, 1341.

²³ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. lav., 9 gennaio 2001, n. 224; Cons. giust. amm. sic., Sez. giurisdiz., 24 gennaio 2000, n. 10, in Cons.

Senza qui entrare nel merito della questione e delle riserve che la dottrina più attenta manifesta verso una massima tralattanza non poco connotata da un paternalismo giudiziale antagonista dell'autonomia privata; ci si può limitare ad osservare che in tal modo il sindacato che i giudici di legittimità possono esercitare si restringe all'esame delle critiche mediante le quali il ricorrente censura la cattiva ricostruzione che i giudici di merito abbiano dato ai caratteri giuridici del tipo astratto, mentre quasi sempre ciò che interessa ai ricorrenti è censurare la qualificazione che è stata data al concreto contratto, o al negozio, che è all'origine della disputa.

Quaestio juris e vizio di motivazione

Le pur sommarie osservazioni appena svolte sono tuttavia sufficienti a spiegare la ragione per cui i ricorrenti, i quali lamentano che il contratto da essi concluso è stato stravolto dalla operazione di interpretazione/qualificazione operata dai giudici di merito, si siano orientati a proporre ricorso in cassazione criticando la sentenza impugnata per vizio motivazionale, ossia invocando il motivo di cui all'art. 360, n. 5, cui va riconosciuto un carattere ibrido essendo il difetto di motivazione riferibile ad una *questio juris* come, e più sovente, ad una *questio facti*.

Va però ricordato che quello indicato all'art. 360, n. 5 c.p.c. è il motivo di ricorso per cassazione storicamente più controverso, è anche quello su cui si sono appuntate oscillazioni di formulazione letterale. A quest'ultimo riguardo è ben noto come la riforma del 1950 aveva per così dire allargato l'ambito di applicazione parlando di "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettata dalle parti o rilevabile d'ufficio", mentre quella del 2012 ha riportato il testo dell'art. 360, n. 5 alla formulazione originale del 1942 e quindi alla formula che individua un vizio di "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti". Hanno probabilmente ragione coloro che sostengono che le variazioni nella formulazione legislativa non rilevano eccessivamente²⁴, ma il punto che in tal modo si sottolinea non è solo quello per cui la intrinseca vaghezza delle formule che un codice di procedura può utilizzare per individuare i motivi di ricorso per cassazione lasciano ampiamente mani libere alla corte; quanto il fatto che concorrono a formare la griglia dei requisiti che un ricorso per cassazione deve possedere per essere preso in esame sia regole scritte sia regole informali che operano allo stato latente e che manifestano scelte di politica giudiziale. In questo scenario non stupisce che rimanga assai incerta la possibilità di ricorrere alla suprema corte quando il giudice di merito abbia errato nel qualificare il contratto posto alla base della controversia non perché ha male interpretato lo schema negoziale astratto del tipo²⁵, ma perché ne ha stravolto il contenuto.

Analisi del caso alla luce della teoria della *dénaturation* di un atto

Nel caso esaminato nella Ordinanza in commento un assicuratore, in veste di ricorrente, sosteneva che la fonte del rapporto fosse contratto assicurativo il quale aveva come parti unicamente l'assicuratore stesso ed una fiduciaria stipulante, mentre le persone fisiche fiducianti la cui durata della vita era dedotta come evento condizionante erano meri portatori del rischio sicché la loro sottoscrizione era da intendersi come manifestazione del consenso richiesto dall'art. 1919, comma 2, c.c. In sostanza quindi sosteneva che quella stipulata fosse una polizza vita nell'interesse di un terzo beneficiario cui era estraneo l'interesse delle persone fisiche mandanti della fiduciaria stipulante²⁶. La tesi della controparte, rigettata dai primi giudici, ma accolta dalla corte d'appello, era che il contratto in questione vedeva come parti l'assicuratore da un lato e le due persone fisiche che avevano provveduto, tramite la società fiduciaria, al versamento del premio e che tale contratto

Stato, 2000, I, 158; Cass., Sez. lav., 21 luglio 2000, n. 9617; Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2000, n. 325, in *Foro amm.*, 2000, 70; Cass., Sez. trib., 28 luglio 2000, n. 9944; Trib. Crema 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1996, 52.

²⁴ Parla di una modifica che "con ogni probabilità lascia il tempo che trova" F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, IX ed., Milano, 2017, 432.

²⁵ In questo caso non è disputato che sotto il profilo processuale il ricorso sarà ben impostato in riferimento all'art. 360, n. 3. Ed i problemi si pongono tutti sotto il profilo sostanziale essendosi dubitato che sia corretto che nel qualificare il contratto l'interprete, o, meglio, il giudice faccia ricorso indiscriminato a regole imperative ed a regole dispositive. Cfr. A. Gambaro, *Qualificazione del contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pag. 1 ss.

²⁶ In tema cfr. da ultimo Cass. 15 febbraio 2018, n. 3707.

aveva natura di contratto di investimento. A prescindere dalla difficoltà a comprendere come tali tesi si collegassero con la materia del contendere²⁷, rimane evidente che uno stesso testo contrattuale non può essere inteso come generativo di un rapporto patrimoniale tra A e B a beneficio di D e generativo di un rapporto tra A e C con esclusione di ogni rilevanza di B e D²⁸. Une delle due ricostruzioni deve necessariamente comportare una erronea strutturazione del contratto stesso. Sicché sotto il profilo processuale l'interrogativo che ci deve porre diviene: esiste un mezzo per denunciare in sede di legittimità la *dénaturation du contrat*, come esiste nella esperienza francese?

Nell'esperienza francese il vizio di *dénaturation* di un atto, è creazione pretoria della stessa *court de cassation* alla quale spetta individuare i tipi di ricorso ammissibili posto che il *code de procédure civil* si limita ad indicare che il ricorso per cassazione è diretto a far dichiarare la “non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit” (art. 604 c.p.c.)²⁹ e si è già accennato infatti al dato storico³⁰ per cui la *cour de cassation* ha introdotto la regola relativa al vizio di *dénaturation du contrat* come soluzione intermedia tra la tesi di coloro che facendo leva sulla declamazione codicistica per cui “les convention légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont formé”³¹ sostenevano che gli errori di interpretazione dei contratti avevano erano errori di diritto e coloro che sostenevano la tesi opposta. Soluzione intermedia nel senso che la cassazione di Francia è assai ferma nel ritenere che incorra nel vizio di *dénaturation du contrat* solo la sentenza di merito che abbia capovolto il senso di un testo contrattuale chiaro e preciso, mentre laddove si tratti di testi ambigui, la questione rimane una questione di merito³². È noto come anche la dottrina civilistica francese si sia adoperata per dare una veste giuridicamente ragionevole a questa soluzione mediana; ma qui non è il caso di ammirare simili tentativi più di quanto non si debba fare per quelli posti in essere dalla nostra per razionalizzare le soluzioni adottate dalla nostra corte di legittimità. Simili soluzioni si giustificano infatti alla luce di scelte di politica giudiziaria e richiedono di essere comprese in tale ottica, mentre è poco produttivo argomentare in termini di coerente applicazione di norme legislative.

Il confronto comparativo chiarisce che la soluzione francese si è formata quando il codice civile non contemplava regole di interpretazione del contratto, ma contemplava la enfatica asserzione relativa alla forza di legge dei contratti e si mantiene tutt'ora quando l'enfasi è sparita e la riforma del 2016 ha introdotto agli artt. 1188-1192 regole legali circa l'interpretazione del contratto³³. La cassazione italiana si è mantenuta fedele alla direttiva per cui le questioni di interpretazione del contratto sono questioni di fatto e di merito anche dopo

²⁷ Si tratta di difficoltà generale ed anch'essa ben nota che deriva dallo stile della sentenza di cassazione ove viene narrato succintamente lo svolgimento del processo e non mai i fatti della vita che hanno dato origine alla controversia.

²⁸ Per miglior chiarezza si intenda che A sia l'assicuratore, B la fiduciaria, D il beneficiario della polizza, e C i fiducianti che hanno versato il premio.

²⁹ Per un panorama al riguardo cfr. *Le Corti supreme in Europa: le regole per l'accesso*, in *Foro it.*, 2008, V, 239.

³⁰ Non del tutto precisamente la narrazione corrente in Francia fa risalire l'introduzione del vizio di *dénaturation* alla sentenza della *chambre civil* 15 avril 1872 (*arrêt Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault*, Civ., 15 avril 1872, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12e éd., 2008, n. 161, 156).

³¹ L'asserzione era contenuta all'art. 1134 *code civil*. L'Ordonnance n. 2016-131 del 10 février 2016 ha però cancellato tale epigramma.

³² È significativo che la giurisprudenza della nostra corte di cassazione si avvicina alquanto a quella cugina francese quando decidendo in tema di interpretazione valorizza il significato chiaro e preciso delle parole cui le parti hanno fatto ricorso. Cfr. ad es. Cass., Sez. III, 4 maggio 2005, n. 9284 (“In tema di ermeneutica contrattuale, la norma di cui all'art. 1362 c.c., nel sancire, al 1° comma, la necessità di indagare sulla comune intenzione delle parti senza limitarsi al senso letterale delle parole usate, non svaluta l'elemento letterale del negozio, ma ribadisce, per converso, che, ove il dato letterale riveli con chiarezza e univocità la volontà dei contraenti (senza che esso contrasti con lo spirito della convenzione negoziale), una diversa interpretazione non è ammessa, poiché soltanto la mancanza di chiarezza, precisione ed univocità delle espressioni letterali adottate dalle parti nella redazione del testo negoziale legittimano l'interprete alla adozione di altri - e sussidiari - canoni ermeneutici, del pari indicati dal ricordato art. 1362; consegue che, nella ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento dell'attività interpretativa del giudice è costituito dalle parole e dalle espressioni adottate dalle parti, la cui chiarezza ed univocità (dimostrativa di una intima ed incontrovertita ratio contrahendi) obbliga l'interprete ad attenersi strettamente, senza sovrapporre la propria, soggettiva opinione all'effettiva volontà dei contraenti).

³² Non però a quella di Rodolfo Sacco, cfr. R. Sacco - G. De Nova, *op. cit.*, 1347.

³² Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. lav., 9 gennaio 2001, n. 224; Cons. giust. amm. sic., Sez. giurisdiz., 24 gennaio 2000, n. 10, in *Cons. Stato*, anno 2000, pag. 120.

³³ Peraltro l'art. 1192 *code civil*, sancisce espressamente la soluzione giurisprudenziale indicando che: “On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de *dénaturation*”. Anche se le altre norme sanciscono chiaramente il distacco dal canone dell'interpretazione letterale e quindi l'impostazione puramente cognitivistica dei testi contrattuali.

la svolta impressa al tema dal codice del 1942 e non si è lasciata impressionare dal fatto che il legislatore italiano non ha provveduto a modificare la formula che appare all'art. 1372 c.c. circa la forza di legge dei contratti.

In realtà il nocciolo del problema si riduce alla scelta degli strumenti mediante i quali si cerca di ottenere la quadratura del cerchio, ossia di evitare l'inflazione dei ricorsi da un lato e nel contempo segnalare ai giudici di merito che non possono liberamente ricostruire il senso degli atti giuridici privati³⁴. È scontato che nel cercare di ottenere il duplice risultato perseguito non si potrà attingere ad un livello elevato di coerenza logica e di assenza di contraddizioni e di ambiguità; ma nella scelta degli strumenti tecnico giuridici da impiegare non si potrà nemmeno evitare di considerare che regole a loro volta vaghe ed ambigue lasciano sì ampia discrezionalità ai giudicanti per perseguire finalità di giustizia o di buon funzionamento delle istituzioni, ma creano anche condizioni di incertezza operativa che possono essere paralizzanti, ottenendo così l'effetto contrario alle finalità deflative perseguite, essendo ovvio che l'inflazione dei ricorsi o delle liti è alimentata proprio dalla incertezza, o incalcolabilità, che grava sulle operazioni giuridiche dei consociati.

Il problema della qualificazione delle polizze *linked*

Passando al secondo tipo di problema evidenziato agli inizi, quello concernente i criteri di distinzione tra polizze vita unit, o index linked, rispetto a contratti di investimento finanziario, è da ricordare come in dottrina la discussione sia avviata da tempo³⁵ e non sembra essersi formata una *communis opinio*, anche a cagione del fatto che le prese di posizioni dottrinali sono non poco dipendenti dalle decisioni della giurisprudenza³⁶ specie di legittimità e quest'ultima, come si è appena rilevato, si esprime solo indirettamente posto che le sue statuizioni passano attraverso i filtri processuali anzidetti. Quanto si è osservato nei paragrafi precedenti serve non solo a sottolineare una difficoltà che grava sui patroni dei ricorrenti, ma anche una criticità che riguarda lo svolgimento della funzione di nomofilachia che è riconosciuta alla suprema corte; criticità che, se riconosciuta, può indurre a chiedersi se quello giurisprudenziale sia effettivamente il formante meglio attrezzato per risolvere la questione.

Impostata in termini generali la *quaestio*³⁷ si può così riassumere

A) in seguito ad una evoluzione delle prassi assicurative verificatasi negli ultimi decenni del secolo scorso sono presenti sul mercato assicurativo polizze vita c.d. unit-linked che per quanto qui rileva presentano le seguenti caratteristiche: il premio assicurativo, che può essere un premio unico iniziale oppure un premio versato ratealmente, viene investito in quote di organismi di investimento collettivo del risparmio, o di fondi interni, ovvero in strumenti finanziari; la prestazione dovuta dall'assicuratore al termine del rapporto assicurativo, che comunque non può superare la durata della vita umana, si concretizza principalmente nel versamento a favore dell'assicurato o del beneficiario dell'ammontare monetario corrispondente a quello dell'ammontare dei versamenti, decurtato delle spese ed eventualmente maggiorato dell'incremento di valore conseguito dall'investimento (unit linked, garantite); oppure nel solo ammontare monetario corrispondente al valore dei prodotti finanziari in cui è stato operato l'investimento al momento del termine del rapporto, valore

³⁴ Cfr. in questo senso: F. Terré - Ph. Simler - Y. Lequette, *Drot Civil - Les Obligations*, IX ed. Paris, Dalloz, 2005, par. 459, ove dopo aver messo in luce come distinguere tra *dénaturation* che può essere oggetto di ricorso e *Fausse interprétation* che non può esserlo, sia impresa logicamente impossibile perché "dans les deux cas, l'opération intellectuelle est la même", rilevano che la "dénaturation permet de mettre un frein aux décisions arbitraires de certains tribunaux. Grâce a celle-ci, les juges du fond savent qu'ils ne peuvent se livrer aux interprétations les plus fantaisistes."

³⁵ Come è noto la giurisprudenza è da tempo affezionata a fare riferimento alla declinante nozione di causa, cui viene conferita una specifica accezione per poterla utilizzare in tale direzione. In dottrina è stato suggerito il più adatto metodo tipologico.

³⁶ Si pensi sul punto le profonde differenze interpretative espresse in merito alla natura delle polizze linked da parte dei vari giudici di merito (cfr. ex multis Trib. Brescia 13 giugno 2018, sent. e Trib Taranto 7 giugno 2018, sent.).

³⁷ Cfr. i riferimenti in P. Corrias, *La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento*, in *Assicurazioni*, 2016, 225; G. Volpe Putzolu, *Le polizze linked nel diritto europeo e nel diritto italiano*, *ivi*, 213; A.C. Nazzaro, *La causa delle polizze unit e index linked*, in *Dir. mercato assic. e fin.*, 2016, 57; A. Albanese, *Le polizze linked tra assicurazione sulla vita e prodotti finanziari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1572; C. Geretti, *I prodotti vita a elevato contenuto finanziario*, in S. Miani (a cura di), *I prodotti assicurativi*, III ed., Torino, 2010, 89 ss.; M. Rossetti, *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, III, 955 s.; G. Romagnoli, *Controllo e regole di collocamento dei prodotti assicurativi a carattere finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 90 ss.; M. Siri, *I prodotti finanziari assicurativi nella prospettiva del testo unico della finanza*, in *I prodotti finanziari, bancari ed assicurativi*, in ricordo di Gaetano Castellano, Milano, 2008, 186; D. Cerini, *Prodotti e servizi assicurativi. Distribuzione ed intermediazione*, Milano, 2003, pag. 20..

ovviamente che può essere sia superiore sia inferiore all'ammontare dei premi investiti (unit linked, non garantite; oppure, infine, a polizza miste in cui l'assicuratore garantisce la restituzione parziale del capitale investito nella misura stabilita dal contratto (unit linked, parzialmente garantite).

B) Salvo alcuni dubbi affiorati in dottrina, che simili polizze possano essere legittimamente emesse è reso certo dalla previsione legislativa contenuta nell'art. 2.1.1, III del D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice della Assicurazioni Private), ma in verità la loro validità era ovvia anche prima alla luce del generale principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c.

C) In punto di qualificazione però la discussione è insorta in relazione alla polizza vita *unit linked* non garantite osservandosi che la assenza di obbligazioni a carico dell'assicuratore di restituire al termine del rapporto, pone totalmente il rischio dell'investimento a carico dell'assicurato e per conseguenza il contratto assume natura speculativa-finanziaria, natura che diverge da quella assicurativa previdenziale che sarebbe propria del contratto di assicurazione sulla vita ex art. 1882 c.c.

Ricordato ciò, è da rilevare che se il problema è di qualificazione e non di validità, esso necessariamente si deve connettere con l'individuazione di una disciplina, o, meglio, delle discipline relative ai contratti *unit linked* che sono più d'una trattandosi di un contratto ampiamente conformato da fonti variegata, o, come si usa dire, multilivello³⁸. Dalla casistica edita emerge infatti che il problema di qualificazione può porsi in relazione a: 1) l'individuazione dell'autorità di vigilanza sull'impresa stipulante³⁹; 2) l'individuazione delle norme inderogabili che si applicano al rapporto, ed in particolare quelle riguardanti la fase di formazione del contratto; 3) l'individuazione della disciplina fiscale pertinente⁴⁰; 4) l'individuazione delle norme speciali che si possono applicare unicamente ad un dato tipo contrattuale.

Giova anche notare che nella discussione sino a qui svolta è stato universalmente assunto che qualificato il tipo di contratto in relazione ad una specifica disciplina, la medesima qualifica debba guidare nella individuazione di tutte le altre applicabili. Questo assunto è una conseguenza del metodo della sussunzione per cui una volta individuati i tratti distintivi caratterizzanti un determinato tipo legale si deve solo procedere a verificare se tali tratti distintivi sono presenti nel contratto in questione così come interpretato nella prima fase del procedimento logico di qualificazione. Sono note le alternative proposte in dottrina e sotteraneamente seguite in giurisprudenza a questo modo di ragionare⁴¹ che in effetti non riesce a convincere. In ogni caso, seguendo questa moda, la dottrina specialistica è divisa nella individuazione dei tratti caratterizzanti il tipo dell'assicurazione vita. Alcuni autori, in letterale adesione al testo dell'art. 1882 c.c., hanno sostenuto la tesi liberale per cui l'assicurazione vita ha una struttura aperta che sostanzialmente lascia all'autonomia privata

³⁸ In estrema sintesi si può ricordare che sulle polizze *unit linked* si appuntano diverse fonti normative la cui storia può essere così riepilogata. In primo luogo ricordiamo la legge sulla tutela del risparmio del 28 dicembre 2005, n. 262 (Decreto Pinza), la quale ha abrogato la lett. f) dell'art. 100 del T.U.F. (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che escludeva i prodotti assicurativi dall'ambito di operatività delle norme sulla sollecitazione all'investimento dei valori mobiliari, ancorché fossero connotati da profili di investimento finanziario ed ha invece introdotto l'art. 25 *bis*, con il quale è stata estesa ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione l'applicazione degli artt. 21 e 23 del T.U.F. Si ricorda poi l'art. 25 *ter* del T.U.F. (introdotto dal D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 129) che estendeva l'applicabilità ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione gli artt. 21, 23 e 24 *bis* del T.U.F., l'art. 41 del D.Lgs. 7 luglio 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private). Sono ancora in vigore gli artt. 53 - 55 del Regolamento ISVAP 28 marzo 2008, n. 21, gli artt. 7-8 del Regolamento ISVAP 11 giugno 2009, n. 32 (sulle riserve tecniche), gli artt. 4-6 del Regolamento ISVAP 11 giugno 2009, n. 32 e gli artt. 45-46 Regolamento ISVAP 26 maggio 2010, n. 35. Si ricordano poi gli artt. 29-34 del Regolamento Consob 14 maggio 1999, n. 11971 (Regolamento Emittenti) e gli artt. 83 - 88 del Regolamento Consob 29 ottobre 2007, n. 16190 (Regolamento Intermediari). Da ultimo si segnala che, con l'introduzione della categoria di "prodotti di investimento assicurativi" compiuta dal D.Lgs. 21 maggio 2018, n. 68 in attuazione della direttiva sulla distribuzione assicurativa, è stato modificato l'art. 25 *ter* comma 1 del TUF, il quale specifica adesso che la distribuzione di prodotti di investimento assicurativi è disciplinata dalle disposizioni del Codice delle Assicurazioni private e dalla normativa europea direttamente applicabile. Attualmente si è in attesa delle risultanze del tavolo congiunto IVASS Consob, menzionato dagli schemi di regolamento dell'IVASS, in particolare a pag. 3 della relazione di presentazione dello schema di regolamento 5/2018, la cui pubblica consultazione si è conclusa il 9 luglio 2018.

³⁹ Questo aspetto è connesso al tema dell'appartenenza o meno di questo tipo di contratti all'ambito dell'attività assicurativa. Al riguardo tuttavia il problema è risolto dalle disposizioni di diritto unionista, ricalcate dal citato art. 2 CAP, che includono le polizze unit linked tra quelle che possono essere emesse nell'ambito dello svolgimento dell'attività assicurativa; dato del resto puntualmente confermato dalla giurisprudenza della CGUE. Cfr. CGUE, causa C-166/11 (1° marzo 2012) ove si legge ai parr. 28/29: "i contratti detti 'unit linked', oppure "collegati a fondi d'investimento", come quello concluso dal sig.(...), sono normali in diritto delle assicurazioni. Difatti, il legislatore dell'Unione ha ritenuto che questo tipo di contratti rientri in un ramo dell'assicurazione sulla vita, come si ricava espressamente dall'allegato I, punto III, della direttiva "assicurazione vita", letto in combinato disposto con l'articolo 2, punto 1, lettera a), della stessa direttiva".

⁴⁰ Anche l'aspetto fiscale è tuttavia condizionato dalla esigenza di uniforme applicazione del diritto unionista cfr. nota precedente.

⁴¹ Cfr. G. De Nova, *Tipicità e atipicità dei contratti*, ora in G. De Nova, *Il Contratto, dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 157.

la determinazione del contenuto del contratto; fermo restando unicamente che mediante la stipulazione di una polizza vita un assicuratore - necessariamente: una impresa abilitata al ramo - si obbliga a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana, ma senza limitazioni di sorta per quel che concerne la misura e le modalità della prestazione dovuta⁴² e per quanto concerne le funzioni che il contratto può svolgere. All'opposto si è sostenuto che il contratto di assicurazione vita è connotato da una struttura aleatoria e da una funzione previdenziale, dando così rilievo giuridico ad una situazione di incertezza rappresentata dall'incidenza della sopravvivenza, o dalla scomparsa, di una persona umana sull'*an* e sul *quantum* della prestazione dovuta dall'assicuratore su cui si trasferisce il rischio⁴³, in collegamento con una funzione previdenziale consistente nel garantire all'assicurato, o al beneficiario, le risorse economiche necessarie a far fronte all'evento incerto⁴⁴.

Facendo leva sulla necessaria funzione previdenziale si può sostenere la estraneità delle polizze *unit linked* al tipo dell'assicurazione vita. L'argomentazione si svolge secondo i seguenti passaggi: nei modelli per così dire tradizionali la prestazione dovuta dall'assicuratore era prevista in rapporto all'ammontare dei premi versati, e quindi si trattava di vincolare una somma certa alla copertura di bisogni economici derivanti dall'evento; se invece la misura della prestazione dovuta dall'assicuratore dipende interamente da fattori esterni quali il valore di mercato degli strumenti finanziari acquisiti alla *unit* e la solvibilità dell'emittente, svanisce la certezza dell'assicurato di poter contare sulla somma accantonata⁴⁵ e con ciò anche la funzione previdenziale.

Vi sono due criticità in questa sequenza argomentativa. La prima è stata più volte sottolineata e consiste nel connotare la funzione previdenziale con i caratteri della certezza circa la prestazione che l'assicurato deve ricevere al verificarsi dell'evento. Tuttavia per adempiere alla funzione previdenziale di fronteggiare i bisogni economici insorti al verificarsi di un evento attinente alla vita umana, la certezza in questione dovrebbe assumere il carattere della effettività sostanziale, mentre nei discorsi che vengono svolti in quest'ambito la certezza della prestazione dovuta dall'assicuratore all'assicurato rimane di carattere formale, sostanziandosi nella erogazione di un somma prefissata di denaro, somma che però essendo versata in un momento anche cronologicamente assai distante da quello in cui viene calcolata, può assumere in periodi con alto indice di inflazione un potere di acquisto inadatto ad integrare una effettiva funzione previdenziale. Su questo aspetto del resto hanno fatto leva gli argomenti adottati da quanti, ricalcando l'esperienza passata hanno sostenuto che la tecnica delle *unit linked* è la sola che può sostenere effettivamente la funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita.

Al riguardo si può solo osservare che se coloritura data alla nozione di "previdenza" risulta divergente, tuttavia è universale l'opinione per cui la funzione previdenziale che caratterizza l'assicurazione vita si trae giuridicamente dal disposto dell'art. 1923 c.c. Infatti è unanime considerazione, suffragata dalla motivazione espressa dei codificatori, che il privilegio dell'esenzione da azioni esecutive o cautelari si giustifica alla luce del carattere previdenziale che connota l'assicurazione sulla vita nelle sue varie forme. Da ciò il cortocircuito cui è fatto cenno per cui qualificare un contratto come appartenente al tipo della assicurazione vita comporta l'applicabilità del disposto dell'art. 1923, comma 1, c.c. alle somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario, e viceversa, negare che al rapporto in questione si applichi il disposto dell'art. 1923 c.c., comporta la necessità logica di qualificare la fonte del rapporto diversamente dal contratto di assicurazione sulla vita.

Senonché la dottrina maggioritaria ritiene che il contratto di assicurazione vita sia connotato da carattere previdenziale⁴⁶ per rifiutare l'idea che esso sia connotato da una funzione indennitaria⁴⁷ sottolineando che

⁴² Cfr. da ultimo G. Volpe Putzolu, *Le polizze*, cit., 217.

⁴³ Una variante consiste nel non considerare necessaria, ma solo usuale, che un assicuratore sia parte del contratto, con ciò negando che quello di assicurazione sulla vita sia necessariamente un contratto di impresa.

⁴⁴ Cfr. in questo senso P. Corrias, *La natura delle polizze*, cit., 229.

⁴⁵ Una variante di questo ragionamento prevede che la natura assicurativa delle polizze vita sia mantenuta solo se il contratto prevede che al verificarsi dell'evento l'assicurato riceva una somma significativamente maggiore di quella versata Cfr. P. Corrias, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, 132; Trib. Parma 18 agosto 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 189.

⁴⁶ Cfr. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, vol. II, Le obbligazioni e i contratti, T. II, Singoli contratti*, IV ed, Padova, 2004, 241.

⁴⁷ Cfr. G.G. Scalfi, *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. Comm.*, I, Torino, 1987, 339. La teoria secondo cui la assicurazione vita avrebbe funzione indennitaria venne da ultimo sostenuta da L. Buttarò, *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, III, 435, e *Assicurazioni sulla vita*, 611 ss. ed ivi riferiment.

l'assicurazione sulla vita può essere contratta per qualsiasi somma l'assicurato preferisca accantonare a nulla rilevando l'entità del bisogno che i beneficiari o l'assicurato stesso possano avvertire. Da ciò discende che la funzione previdenziale dell'assicurazione vita è generica e si basa su scelte del tutto autonome del contraente che sono condizionate solo dalla necessità di incontrare sul mercato assicurativo un'offerta corrispondente. In questo quadro, il disposto dell'art. 1923 c.c. si giustifica non tanto come incentivo rivolto ad un effettivo programma previdenziale che il tipo contrattuale assicurazione vita non è di per sé idoneo a garantire, ma di una scelta di politica del diritto volta ad incentivare il ricorso ad uno schema contrattuale che in base alle libere scelte del contraente può avere di mira il garantire a sé stesso o ai beneficiari una somma di denaro al verificarsi di evento attinente alla vita umana. Anche se l'origine del disposto dell'art. 1923c.c. è tradizionale⁴⁸, si tratta di una scelta di policy posta in essere dal legislatore che da luogo alla produzione di una regola positivamente valida sino a quando non viene revocata o modificata dalla medesima fonte.

Sotto questo profilo l'argomentare in termini di qualificazione del contratto per escludere che alle polizze *unit linked* sia applicabile il disposto dell'art. 1923, 1° comma, c.c. implica semplicemente una sostituzione dell'interprete al legislatore nel compimento di scelte di politica del diritto.

Sotto altro profilo non si può fare a meno di osservare come il medio logico della qualificazione si riveli una volta di più come veicolo di un paternalismo antagonista dell'autonomia privata⁴⁹, perché consegue il risultato di incentivare tipologie di contratto scelte dall'interprete anziché quelle scelte dalle parti⁵⁰.

Conclusioni

Se si guarda alla casistica giurisprudenziale ci si avvede però che il profilo discusso nelle corti non è stato affatto quello relativo alla applicabilità della disciplina dettata dall'art. 1923 c.c. e nemmeno quella relativa al trattamento fiscale delle polizze *unit linked*. Le controversie si sono invece incentrate sui doveri di informazione e di profilatura del cliente che incombono sull'assicuratore quando colloca un prodotto che assuma una delle svariate forme riassunte sotto l'etichetta *unit linked*; ed a scorgerle nel loro insieme si ha l'impressione che il medio logico della qualificazione sia stata nulla più che una scorciatoia motivazionale per pervenire ad un esito cui si sarebbe comunque pervenuti. Anche nel caso giunto all'attenzione della suprema corte nell'arresto in esame, la corte di merito aveva fatto riferimento alla decisione della S.C. n. 6061/12 ed aveva ritenuto che la natura assicurativa di un prodotto finanziario dipenda dall'elemento della garanzia da parte dell'assicuratore di restituzione del capitale inizialmente versato dall'assicurato al fine di preservarne le finalità previdenziali, mentre nel caso specifico l'assicuratore non aveva assunto alcuna obbligazione, né relativamente al rendimento degli investimenti, né relativamente alla restituzione del capitale investito⁵¹. Ma sarebbe esagerato dire che il tema qualificatorio ha avuto incidenza sul *thema decidendum* che era interamente assorbito dalle questioni relative al contenuto degli accordi relativi alle modalità di composizione della *unit* in cui il premio doveva essere investito. Tema su cui la qualificazione in termini assicurativi oppure di servizio di investimento non ha alcuna effettiva incidenza, posto che anche nei contratti assicurativi *unit linked* o *index linked* il paniere degli investimenti iniziali deve essere concordato tra le parti, mentre la tesi degli attori era che nessun accordo sul punto si era validamente formato.

In realtà il tema su cui hanno riflettuto per vari anni sia la dottrina che la giurisprudenza era relativo alla differenziazione degli obblighi informativi a carico degli assicuratori rispetto a quelli a carico degli intermediari e promotori finanziari, perché le regolazioni emanate dalla autorità di vigilanza nell'uno e nell'altro caso apparivano divergenti. Problema peraltro superato sia dall'evoluzione della regolazione sia, ancor prima dalla giurisprudenza che ha semplicemente fatto ricorso alle regole ed ai principi di parte generale⁵² e quindi ai

⁴⁸ Riproduce infatti una regola già contenuta nell'art. 453 codice di commercio.

⁴⁹ Cfr. R. Sacco - G. De Nova, *op. cit.*, 1347, "L'interferenza giudiziale e arbitrale nella contrattazione trova nella qualificazione dei contratti il suo strumento più pericoloso".

⁵⁰ Si consideri che una delle poste in gioco è il rischio di inflazione monetaria che attualmente è assai contenuto, ma che in passato aveva determinato un crollo delle preferenze degli assicurati.

⁵¹ In effetti l'assicuratore aveva solo procurato la conversione del premio unico versato tramite la società fiduciaria in un'unica obbligazione strutturata emessa dalla Lehman e garantito unicamente da altre entità del gruppo Lehman.

⁵² Cfr. Trib. Milano 12 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1626, con nota di A. Palmieri - F. Bechi; Cass., Sez. III, 24 aprile 2015, n. 8412 (Pres. Berruti, Est. Rossetti, P.M. Corasaniti (concl. conf.)), ove si è osservato che è dovere primario dell'assicuratore, del promotore e dell'intermediario fornire al contraente assicurato un'informazione esaustiva, chiara e completa, e proporre polizze assicurative realmente utili per le esigenze dell'assicurato.

doveri di correttezza e buona fede che si impongono indifferentemente agli assicuratori come agli intermediari finanziari. Al contrario non è venuto ad emersione il profilo connesso con la diversa articolazione degli obblighi di condotta incombenti sugli intermediari finanziari⁵³, rispetto a quelli degli assicuratori.

In conclusione non è a dirsi che attorno all'Ordinanza in esame è stato fatto molto rumore per nulla, quanto che si sono passati sotto silenzio i nodi più spinosi sottesi sia alla identificazione delle fonti meglio attrezzate a conferire certezze agli operatori del settore, sia alla definizione degli itinerari intellettuali più adatti a coniugare una complessa tipologia di contratto alle discipline di volta in volta più consonanti con il *thema decidendum* che si prospetta nei casi concreti.

In questa atmosfera di pacato silenzio si può avanzare almeno il dubbio che il formante giurisprudenziale possa continuare ad essere considerato l'oracolo della legge ai cui *dicta* tutti gli altri interpreti e tutti gli operatori del settore si rivolgono per ottenere una parola definitiva sui problemi che debbono affrontare, e ciò non perché la nostra corte di cassazione sia sprovvista della sapienza giuridica necessaria, ma, al contrario, perché in tema di interpretazione qualificazione dei contratti la sapienza giuridica di cui è dotata non è in grado di esprimersi adeguatamente in un contesto che persegua gli imprescindibili obiettivi di deflazione del numero dei ricorsi.

Si può avanzare altresì il dubbio che in un ambiente in cui la corte di legittimità limita al massimo grado i propri interventi l'operazione di qualificazione dei singoli contratti condotta senza una analisi completa del loro contenuto, funga sostanzialmente da scorciatoia per motivare rapidamente decisioni che altrimenti richiederebbero analisi molto più impegnative per essere messe in parallelo con gli orientamenti di dottrine e giurisprudenze europee sempre più problematiche e sofisticate.

Ciò potrebbe suggerire che gli sforzi della dottrina accademica potrebbero essere assai meglio indirizzati se anziché dirigersi ad una razionalizzazione e più spesso ad un racconto delle decisioni giurisprudenziali fossero indirizzati ad una costruzione teorica adeguata alla complessità dei sistemi assicurativi attuali.

⁵³ Cfr. M. Maggiolo, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato Cucu-Mesineo - Mengoni - Schlesinger*, Milano, 2012, 464.