

21165

21165/12
Cron 7563/12
Rep 17355/12



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI ROMA

Terza Sezione Civile

in persona del Giudice Unico, Dott.ssa Clelia Buonocore, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado, iscritta al n. 76449 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2009, posta in decisione all'udienza dell'8 maggio 2012 e vertente

TRA

alla

, elettivamente domiciliata in
Roma, alla presso lo studio dell'Avv. David Giuseppe Apolloni, che la rappresenta e difende per mandato a margine del ricorso ex art. 702 bis c.p.c..

Attrice

E

in persona del Direttore Generale,
elettivamente domiciliata in Roma, alla, presso lo studio degli Avv. ti e sa, che la rappresentano e difendono per mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta.

Convenuta

OGGETTO: Contratto di assicurazione.

CONCLUSIONI. All'udienza dell'8 maggio 2012, il Procuratore della parte attrice si riportava alle conclusioni già rassegnate nelle memorie ex art. 183, VI co., n. 1 c.p.c. nei termini che seguono: "Piaccia al Tribunale, *contrariis rejectis*, in via principale accertare e dichiarare che la A. ha assunto l'obbligo contrattuale di garantire il capitale inizialmente versato a titolo di premio unico, ovvero la somma di euro 16.000,00. In via alternativa e subordinata, 1) accertare e dichiarare la nullità del contratto dedotto in lite per mancanza di causa, ex art. 1418, II co., c.c.; 2) accertare l'annullamento del contratto (*rectius* annullare il contratto) per errore ex art. 1429 c.c.; 3) accertare l'annullamento del contratto (*rectius* annullare il contratto) per il dolo della , ex artt. 1439 e 1440 c.c.; 4) accertare la responsabilità precontrattuale e/o extracontrattuale e/o contrattuale di A. e pronunciare la risoluzione del contratto; 5) ove ritenuta inserita, nel contratto per cui è causa, una clausola di esonero dalla "garanzia del capitale", accertare la vessatorietà della stessa e, conseguentemente, dichiararne la nullità per violazione dell'art. 1341 c.c., non essendo stata, detta clausola, oggetto di specifica approvazione scritta, ed, in via alternativa, dichiarare la stessa come non apposta, ai sensi dell'art. 1370 c.c.; 6) accertare, ex art. 1469 *quater* c.c., che la clausola di "esclusione della garanzia del capitale" non è scritta in modo chiaro e comprensibile e, per l'effetto, dichiararla come non apposta; 7) in caso di dubbio interpretare la clausola di cui sopra nel senso più favorevole al cliente, ex art. 1469 *quater* c.c.; 8) accertare che la Compagnia assicurativa non ha rispettato le norme del T.U.F. e del Regolamento CONSOB n. 11522/1998 e dichiarare la nullità e/o pronunciare la risoluzione e/o l'annullamento del contratto e/o dichiarare la responsabilità precontrattuale/extracontrattuale/contrattuale della medesima società. Per l'effetto condannare la .. alla restituzione della somma di euro 16.000,00, oltre interessi, ed al risarcimento di tutti i danni, compreso il maggior danno da calcolare secondo il recente insegnamento della Corte di Cassazione (Sentenza n. 19499/2008). Con vittoria di

spese di lite, da distrarre in favore dell'Avv. David Giuseppe Apolloni, in quanto antistatario".

Nessuno era presente per la _____ onde, per tale parte, si intendono confermate le conclusioni già rassegnate nella comparsa di costituzione e risposta, nei termini che seguono: "Voglia il Tribunale, previo accertamento della totale confusione operata dall'attrice tra la Banca intermediaria e la Compagnia di assicurazione parte contrattuale, respingere ogni domanda formulata nei confronti di _____ per totale infondatezza in fatto ed in diritto. Con vittoria di spese di lite".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c. – ritualmente notificato con pedissequo decreto di fissazione d'udienza – l'_____ ha deduceva che nel marzo del 2001 aveva sottoscritto, presso la _____

_____ denominato "Progetto Performance 5", versando contestualmente, a titolo di premio unico lordo, l'importo di lire _____ (euro _____); aggiungeva che, in forza di tale contratto, l'allora _____ aveva assunto inequivocabilmente la garanzia della conservazione del capitale obbligandosi a liquidarle, alla scadenza, un importo in ogni caso non inferiore a quanto inizialmente versato; precisava, peraltro, che solo in ragione di tale garanzia si era determinata a raccogliere l'invito del funzionario della _____ ad investire i suoi risparmi nella sottoscrizione della cennata polizza.

_____ lamentava che, tuttavia, la _____ A.) non aveva adempiuto agli obblighi assunti ed, anzi, con con missiva del 16.01.2009 le aveva comunicato che, in conseguenza delle vicende che avevano coinvolto il Gruppo Lehman Brothers Holding Inc., non era dato determinare il valore della polizza sottoscritta da essa attrice, essendo la stessa collegata ad una obbligazione strutturata emessa da società appartenente al predetto Gruppo; rassegnava, pertanto, le conclusioni riportate in epigrafe.

Instaurato il contraddittorio, con comparsa ritualmente notificata si costituiva la _____ la quale, in primo luogo, evidenziava che la _____

controversia introdotta da] .lla non poteva essere trattata e definita nelle forme previste dagli artt. 702 *bis* e ss. c.p.c.; eccepiva, poi, che essa, subentrata nei rapporti che facevano capo alla era soggetto ben distinto dalla onde non poteva in alcun modo considerarsi passivamente legittimata a fronte delle domande e doglianze fondate sulla asserita "mala fede" della Banca intermediaria.

La convenuta deduceva, inoltre, che il rapporto originante dalla polizza in contestazione aveva avuto regolare esecuzione, tanto che all'odierna attrice erano state liquidate cedole annuali non riscattate per l'ammontare di euro 3.093,03; precisava che, anche a fronte degli eventi che avevano colpito la Lehman Brothers essa aveva tenuto una condotta del tutto corretta, avendo proposto a una soluzione transattiva oltremodo favorevole che, tuttavia, quest'Ultima non aveva inteso accettare.

. evidenziava, ancora, che al contratto oggetto di causa doveva applicarsi, *ratione temporis*, la disciplina di cui al D.Lgs. n. 174/95 e non, invece, quella contenuta nel D.Lgs. n. 209/2005 (cd. Codice delle Assicurazioni) ovvero la normativa in tema di intermediazione finanziaria trasfusa nel D.Lgs. n. 58/98 e nel D.Lgs. n. 164/2007; precisava, quindi, che nella fattispecie concreta, in ossequio al disposto dell'art. 109 del D.Lgs. n. 174/1995, al momento della sottoscrizione della proposta contrattuale erano state consegnate a la copia della medesima proposta, nonché copia delle condizioni contrattuali e della nota informativa, onde l'attrice era stata puntualmente informata della portata e del contenuto degli impegni che andava ad assumere.

Ciò premesso la convenuta deduceva che, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte avversa, la polizza assicurativa denominata "Performance 5" non contemplava, a carico dell'allora A., alcuna garanzia di rimborso del capitale iniziale alla scadenza ch , invece, tanto nelle condizioni di polizza che nella nota informativa risultava pi  volte specificato che detta polizza comportava rischi finanziari a carico dell'assicurato, riconducibili all'andamento dell'indice di riferimento a cui erano collegate le prestazioni; rassegnava, pertanto, le conclusioni riportate in epigrafe.

551/05

Incardinatasi la lite, il G.O.T., ritenuto che le difese svolte dalle parti richiedessero un'istruzione non sommaria, adottava i provvedimenti di cui all'art. 702 *ter*, III co., c.p.c.. Indi, acquisita documentazione conferente ed omessa ogni ulteriore attività istruttoria, all'udienza dell'8 maggio 2012, sulle conclusioni delle parti come in epigrafe riportate, la causa veniva trattenuta in decisione, con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene il Tribunale che, in accoglimento della domanda formulata in via principale, debba pervenirsi alla condanna della (), al pagamento, in favore di (), della somma di euro (), oltre interessi di mora con decorrenza dal 04.04.2009.

Attese le "articolate" argomentazioni svolte dall'odierna attrice e le eccezioni opposte dalla convenuta, prima di procedere all'esame della fattispecie concreta par d'uopo soffermarsi sul percorso compiuto nella pratica dei rapporti commerciali nella progressiva direzione della "finanziarizzazione" dei prodotti assicurativi, e sulla conseguente evoluzione della disciplina in materia.

È noto che il contratto di assicurazione sulla vita ha svolto storicamente una funzione essenzialmente previdenziale, diretta a tutelare l'individuo dai rischi relativi alla propria esistenza. È, altresì, noto che la durata di tali contratti, spesso destinati a protrarsi per un lungo arco di tempo, ha fatto emergere l'esigenza di contrastare il fenomeno inflattivo, facendo sì che il capitale o la rendita che l'impresa di assicurazione si fosse impegnata a corrispondere «□al verificarsi di un evento attinente alla vita umana□», mantenesse nel tempo il proprio effettivo valore. Questa esigenza, associata alla costante ricerca da parte dei risparmiatori di nuovi strumenti di investimento, ha portato alla creazione di contratti di assicurazione nei quali il tradizionale aspetto previdenziale risulta sempre più intrecciato al profilo relativo al rendimento del capitale investito dall'assicurato. Nel solco di questo cammino il mercato assicurativo ha elaborato forme contrattuali caratterizzate da una crescente accentuazione del profilo finanziario a

discapito di quello assicurativo, sino a comportare — in alcuni casi — la totale eclissi di quest'ultimo a favore del primo. I prodotti cui si fa riferimento sono le c.d. *linked policies*, nate nell'esperienza anglosassone e consistenti in contratti di assicurazione, inquadrati nel ramo vita, in cui la prestazione dovuta dall'assicuratore non è determinata nel *quantum* al momento della stipulazione del contratto, ma è commisurata al valore di una entità di riferimento suscettibile di un andamento variabile nel tempo.

Tali polizze si differenziano a seconda del parametro di riferimento cui sono collegate le prestazioni dell'assicuratore. In particolare, nel nostro ordinamento, si opera la distinzione tra polizze *Unit Linked* e polizze *Index Linked* (distinzione basata ora sull'art. 41 del Codice delle assicurazioni private, che ha raccolto la disposizione prima contenuta nell'art. 30, II co., del D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 174).

Segnatamente le polizze *Unit Linked* sono indicizzate al rendimento di un fondo di investimento; nelle polizze *Index Linked*, invece, la prestazione dell'assicuratore è determinata in rapporto al valore di un indice azionario o di un altro parametro di riferimento, quale — ad esempio — un paniere di indici o un'obbligazione.

Con specifico riferimento alle polizze *Index Linked* - che rappresentano l'oggetto della pronuncia all'attenzione - va rammentato che il legislatore, nel prevedere la disciplina relativa alle attività da porre a copertura delle riserve tecniche nei contratti in esame, ha stabilito che "qualora le prestazioni previste in un contratto siano direttamente collegate ad un indice azionario o ad un altro valore di riferimento diverso da quelli di cui al comma primo, le riserve tecniche relative a tali contratti sono rappresentate con la massima approssimazione possibile dalle quote rappresentanti il valore di riferimento oppure, qualora le quote non siano definite, da attivi di adeguata sicurezza e negoziabilità che corrispondano il più possibile a quelli su cui si basa il valore di riferimento particolare" (ora art. 41 Cod. Ass.).

L'applicazione della riferita disposizione ha fatto registrare nel tempo la prevalente tendenza, da parte delle imprese di assicurazione, ad acquisire, a copertura delle riserve tecniche, un titolo strutturato, costruito in modo tale da

replicare l'andamento dell'indice di riferimento, ottenendo così un attivo a copertura perfettamente corrispondente all'attivo su cui si basa il valore di riferimento.

Inoltre, nella pregressa pratica dei rapporti commerciali non erano infrequenti i contratti nei quali l'attivo strutturato costituiva direttamente il «□valore di riferimento□» da cui dipendevano le prestazioni dell'assicuratore. Tuttavia, proprio a seguito delle ripercussioni della crisi della Lehman Brothers sui sottoscrittori di polizze direttamente collegate ad obbligazioni dalla stessa emesse, attualmente non è più consentito che le polizze *Index Linked* vengano strutturate in modo tale da far coincidere il titolo acquisito dall'impresa assicuratrice a copertura degli impegni assunti e l'entità di riferimento a cui è collegata la prestazione dovuta all'assicurato.

La modifica da ultimo richiamata è stata introdotta dal Regolamento ISVAP n. 32 dell'11 giugno 2009. In particolare, nella relazione al predetto Regolamento viene affermato che *“la novità principale del Regolamento è rappresentata dalla disposizione in base alla quale i titoli a copertura delle obbligazioni offerte non possono più rappresentare l'entità di riferimento delle prestazioni ma esclusivamente la copertura finanziaria della compagnia a fronte degli impegni contrattuali. Ciò rende più agevole per le imprese anche la sostituibilità degli asset utilizzati a copertura delle riserve tecniche, in relazione ai quali l'impresa assume il rischio di insolvenza del soggetto emittente. Viene inoltre operato un intervento mirato ad accrescere la trasparenza degli indici ammissibili prevedendo, tra l'altro, che le azioni o le obbligazioni su cui sono costruiti siano negoziate esclusivamente su mercati regolamentati attivi e liquidi”*.

Va, ancora, evidenziato che le polizze *linked*, benché possano assumere contenuto diverso in base alle concrete pattuizioni intercorse tra le parti, sono caratterizzate, in ogni caso, dalla presenza di un rischio di investimento, dovuto all'incertezza relativa all'andamento del valore di riferimento, il quale può essere in vario modo ripartito fra assicuratore e sottoscrittore.

In particolare, l'assicurato è normalmente soggetto al rischio relativo al possibile andamento negativo del parametro di riferimento (ciò accade

principalmente nelle c.d. *index linked* pure), mentre l'assicuratore corre il rischio che l'attivo acquisito a copertura delle riserve tecniche dia un rendimento peggiore rispetto all'indice di riferimento cui è collegata la prestazione dovuta all'assicurato (c.d. "rischio di base").

Con specifico riferimento al menzionato rischio di base, va rilevato che lo stesso, in forza delle vigenti prescrizioni normative, grava in defettibilmente sull'assicuratore; tuttavia, nel sistema di cui al D.Lgs. n. n. 174/95 ed alla Circolare ISVAP n. 332 D del 25 maggio 1998 era ben possibile che le prestazioni offerte dall'impresa fossero direttamente collegate proprio al titolo da quest'ultima detenuto a copertura degli impegni finanziari assunti.

Sempre con riferimento al riparto dei rischi, va rammentato che non infrequenti sono le polizze le cui condizioni prevedono che l'assicuratore, a prescindere dall'eventuale andamento negativo del parametro di riferimento, fornisca una garanzia di integrale o parziale restituzione alla scadenza del capitale inizialmente investito dall'assicurato (rispettivamente, c.d. *guaranteed index linked* e *partial guaranteed index linked*), alla quale può eventualmente aggiungersi anche una garanzia di rendimento minimo (c.d. *interest guaranteed index linked*). Ebbene, in ipotesi di tal fatta la società di assicurazione, oltre a sopportare il "rischio di base", si fa parzialmente carico del rischio relativo all'andamento variabile del valore di riferimento (c.d. "rischio di □performance").

Per quanto di specifico interesse nella fattispecie concreta, va infine rammentato che incombe sull'assicuratore il rischio derivante dalla possibilità che l'ente emittente degli strumenti finanziari posti a copertura delle riserve tecniche, non adempia ai propri obblighi contrattuali (c.d. "rischio di controparte").

L'assunzione di tale rischio da parte dell'assicuratore trova giustificazione nel fatto che l'assicurato è solitamente estraneo al rapporto che si instaura tra l'emittente e l'impresa di assicurazione a seguito dell'acquisizione, da parte di quest'ultima, del titolo strutturato da porre a copertura degli impegni assunti con la stipulazione della polizza.

Tuttavia, nell'ipotesi — attualmente non più consentita□ — in cui il titolo strutturato rappresentasse, oltre all'attivo posto a copertura delle riserve tecniche,

anche l'indice cui era direttamente collegata la polizza, era possibile che il rischio di controparte venisse trasferito, totalmente o parzialmente, in capo all'assicurato.

A tal proposito deve, però, rimarcarsi che anche nel sistema previgente il ribaltamento sull'assicurato del cd. rischio di controparte poteva operare solo a condizione che ciò risultasse chiaramente dal contenuto contrattuale.

Ed infatti, prima dell'introduzione del divieto di cui al Regolamento ISVAP n. 32 dell'11 giugno 2009, sul punto la Circolare ISVAP n. 332/D del 25 maggio 1998 prevedeva che l'impresa potesse non assumere a proprio carico il rischio di controparte solo se ciò risultasse chiaro dalle condizioni di polizza..

Passando, ora, ad esaminare il percorso compiuto dal legislatore nella disciplina delle polizze *index* – percorso orientato dall'esigenza di garantire un'adeguata tutela dell'assicurato, quale parte contraente debole - va rammentato che sebbene il dibattito sulla qualificazione giuridica delle polizze *unit* e *linked* sia sorto già nel corso degli anni settanta dello scorso secolo, in concomitanza con il diffondersi nella prassi operativa di assicurazioni sulla vita con prestazioni direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni, ovvero ad indici o altri valori di riferimento, il legislatore ha dato ingresso nel sistema alle polizze all'attenzione con il D.Lgs. n. 174/1995, di recepimento della Direttiva 92/96/CEE (c.d. «terza direttiva vita»).

Segnatamente, il ramo III della tabella A allegata al citato D.Lgs. n. 174/1995 (al quale rinviava l'art. 2 del decreto stesso per la individuazione delle assicurazioni e delle altre "operazioni"), faceva riferimento alle sole assicurazioni di cui al ramo I (sulla durata della vita umana nonché di natalità e nuzialità) "connesse con fondi di investimento", vale a dire alle polizze *unit linked* e non anche alle *index linked*; queste ultime, tuttavia, erano menzionate dall'art. 30 del D.Lgs. n. 174/1995, in tema di copertura delle riserve tecniche, che faceva riferimento alle prestazioni dell'assicuratore "direttamente collegate ad un indice azionario od altro valore di riferimento"; d'altro canto anche la circolare Isvap n. 332/1998 aveva ritenuto, in via interpretativa, che nulla ostasse alla ricomprensione, tra i prodotti di ramo III, anche delle assicurazione connesse con una indicizzazione di riferimento.

Va, ora, rilevato che già con il D.Lgs. n. 174/1995 si è inteso accrescere il livello di protezione dell'assicurato mediante l'imposizione alle imprese assicuratrici di obblighi informativi finalizzati al riequilibrio tra le posizioni dei contraenti, anche e soprattutto al fine di una scelta più consapevole del contratto da stipulare.

E tanto in considerazione della spiccata componente finanziaria presente nelle polizze *index* e della circostanza che all'epoca le stesse potessero prevedere una transizione del rischio di investimento dall'assicuratore all'assicurato in maniera potenzialmente totale, senza neppure la garanzia minima di conservazione del capitale, formato dai premi versati.

Non a caso, infatti, l'art. 109 del D.Lgs. n. 174/1995 prevedeva che l'impresa dovesse fornire al contraente, per iscritto, sia in fase precontrattuale che durante "la vigenza" del contratto, le informazioni indicate rispettivamente ai punti A e B dell'allegato II al decreto.

Il comma IV di detta disposizione lasciava comprendere, inoltre, che le informazioni menzionate, anche mediante il rinvio all'allegato II, rappresentassero solo una base minima, laddove attribuiva all'ISVAP la facoltà di prescrivere alle imprese di fornire informazioni supplementari qualora ciò risultasse necessario alla piena comprensione degli elementi essenziali del contratto da parte del contraente.

Ed è certo noto come l'ISVAP, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza, si sia concentrato particolarmente sui prodotti di ramo III i quali, sia per la loro complessità strutturale, difficilmente intellegibile da parte del contraente, sia per lo scostamento possibile dalla funzione di sicurezza e garanzia che l'assicurato normalmente si attende da prodotti quanto meno formalmente "assicurativi", imponevano ed impongono esigenze di tutela del contraente debole.

E così, a partire dal 1998, sono state emanate, con riferimento ai prodotti assicurativi all'attenzione, una serie di Circolari.

Segnatamente, con la Circolare n. 332/1998, l'ISVAP ha ribadito il carattere necessario della presenza del c.d. rischio demografico, affermando che non possono essere qualificate come assicurazioni sulla durata della vita umana, e

quindi non possono essere incluse nel ramo III, quelle polizze le cui condizioni contrattuali siano articolate in modo tale da rendere, di fatto, l'entità e l'effettiva erogazione delle prestazioni, indipendenti dalla durata della vita della testa assicurata.

Le successive circolari hanno ulteriormente chiarito la portata degli obblighi informativi in relazione a questi nuovi modelli contrattuali. Ciò è avvenuto dapprima con la Circolare n. 451/D del 24 luglio 2001, dedicata alle *polizze index linked* e poi con la Circolare n. 474/D, del 21 febbraio 2002, relativa alle *polizze unit linked*. Entrambe le circolari, di contenuto pressoché identico, hanno insistito soprattutto sulla imposizione di obblighi informativi relativi ai profili di rischio implicati dalle polizze, anche attraverso il chiarimento che la prestazione finale dell'assicuratore dipende dalle oscillazioni di valore dei criteri di riferimento adottati (per le *polizze index*) oppure dalle oscillazioni di prezzo delle attività finanziarie che le quote rappresentano; alle eventuali garanzie di rendimento minimo offerte, oppure alla circostanza che la polizza non preveda neppure un rendimento minimo garantito, con indicazione anche delle eventuali prestazioni che possono risultare inferiori ai premi versati dall'assicurato.

Nella vigenza del D.Lgs. n. 174/1995, l'Autorità di vigilanza è nuovamente intervenuta con la Circolare n. 551/2005, nota per aver costituito il punto di riferimento in tema di documentazione informativa relativa alle polizze *linked* sino alla recentissima entrata in vigore del Regolamento n. 35/2010 (c.d. regolamento «trasparenza»), con il quale l'Autorità ha esercitato le facoltà attribuitele al riguardo dagli artt. 183 e 185 Cod. Ass..

In particolare, nella “scheda sintetica” relativa ai contratti *linked*, inserita tra gli allegati alla Circolare n. 551/2005, è previsto, al punto intitolato “Rischi finanziari a carico del contraente”, che qualora l'impresa non offra alcun tipo di garanzia, debba essere riportata, con caratteri grafici di particolare evidenza, la frase: “L'impresa di assicurazione non offre alcuna garanzia di capitale o di rendimento minima”. Interessante è anche l'art. 15 della predetta Circolare, ove è previsto che nel caso in cui le imprese accertino che il controvalore delle quote complessivamente detenute dal contraente (nel caso di polizze *unit linked*) si sia

ridotto di oltre il 30% rispetto all'ammontare complessivo dei premi investiti, oppure che si sia verificata una riduzione del valore degli indici di riferimento tale da determinare una riduzione del valore di riscatto di oltre il 30% sempre rispetto all'ammontare complessivo dei premi investiti (per le polizze *index linked*), le stesse debbano darne comunicazione per iscritto al contraente entro 10 giorni lavorativi dalla data in cui l'evento si è verificato. L'adozione di una tale previsione, esattamente modellata su quella contenuta nell'allora vigente Regolamento Consob n. 11522/1998, rappresenta probabilmente la prima e più significativa testimonianza di quel progressivo processo di convergenza tra disciplina dei prodotti assicurativi di ramo III e di quelli finanziari, poi realizzato con l'estensione dell'applicazione, ai primi, di molteplici disposizioni del TUF.

L'emanazione del Codice delle assicurazioni (D.Lgs. n. 209/2005) ha ulteriormente legittimato i contratti misti «assicurativi finanziari», laddove, all'art. 2, ha ricompreso nell'ambito della classificazione per rami dei vari prodotti assicurativi, quelli di c.d. ramo III, ovvero le assicurazioni sulla durata della vita umana e quelle di nuzialità e natalità (rami I e II), le cui prestazioni principali siano direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento: tali contratti, quindi, sebbene, possano prevedere una componente prevalentemente (se non esclusivamente) finanziaria, rientrano tra quelli che possono essere stipulati dalle imprese assicuratrici nell'ambito del loro oggetto sociale (art. 11, comma 2, cod. ass.); significativa è, poi, la scelta del legislatore del Codice delle assicurazioni di introdurre, con l'art. 178, quella regola dell'inversione dell'onere della prova nei giudizi di risarcimento danni subiti dai contraenti dei soli prodotti assicurativi dei rami III e V (contratti di capitalizzazione, tradizionalmente posti al di fuori dell'alveo assicurativo), già contenuta nell'art. 23 del Testo Unico sull'intermediazione finanziaria.

A chiusura del breve *excursus* sugli interventi normativi nella materia all'attenzione, va rammentato che la progressiva finanziarizzazione dei “prodotti assicurativi” del ramo III ha, infine, condotto il legislatore ad estendere, a tali prodotti, l'applicabilità di talune disposizioni del TUF.

E così, con l'art. 11 della L. n. 262/2005 (cd. legge sul risparmio) è stata abrogata la lettera f) del comma I dell'art. 100 TUF, che escludeva dall'applicazione di molte disposizioni del Testo Unico — segnatamente in tema di obblighi informativi — i prodotti assicurativi emessi da imprese di assicurazione: è stato, poi, introdotto nel TUF l'art. 25 bis (intitolato proprio «Prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione»), il quale dispone l'applicabilità, ai prodotti all'attenzione, di rilevanti regole contenute nel TUF, e specificamente di quelle poste dall'art. 21, dall'art. 23, dall'art. 30, comma IX, e dall'art. 34, attribuendo, inoltre, alla CONSOB l'esercizio di poteri di vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva anche sulle imprese d'assicurazione, con riferimento ai prodotti finanziari da queste emesse.

L'iter di cui sopra è, poi, proseguito con il D.Lgs. n. 303/2006 il quale, emanato proprio al fine di coordinare la legge sul risparmio con il TUF e con il TUB, ha introdotto nel nostro ordinamento (art. 3, I co.) la categoria e nozione dei “prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione”.

Il cennato processo di convergenza tra il comparto assicurativo e quello finanziario ha avuto, infine, un notevole impulso seguito del recepimento della direttiva MIFID (2004/39/CE), ad opera del D.Lgs. n. 164/2007.

Invero il Regolamento intermediari conseguentemente adottato dalla CONSOB dedica il libro VI proprio alla “distribuzione di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione”.

Fatte tali premesse e passando all'esame della fattispecie concreta, va rilevato che il contratto dedotto in lite si sostanzia in una polizza *index linked* e risulta essersi perfezionato nell'aprile 2001, a fronte di una proposta sottoscritta da
il 16 marzo 2001.

Segnatamente — per quanto innanzi considerato — la cennata polizza rientra nel novero dei prodotti del ramo III di cui al punto A) della Tabella allegata al D.Lgs. n. 174/1995, i quali si caratterizzano per il fatto che, pur avendo un'elevata componente finanziaria, rimangono comunque prodotti assicurativi in considerazione del fatto che l'assicuratore assume il cd. rischio demografico, dacché la prestazione a suo carico, ancorché agganciata al valore di un fondo

comune o di un indice, è comunque dovuta al verificarsi di un evento attinente alla vita umana.

Pertanto, avuto riguardo alla data di conclusione del contratto, alla cennata polizza è applicabile – *ratione temporis* - la disciplina di cui al D.Lgs. n. 174/1995 ed alla Circolare ISVAP n. 332D/1998; per converso, non possono trovare applicazione le successive disposizioni di legge e regolamentari dettate per disciplinare i prodotti assicurativi del ramo III, e neppure le previsioni del TUF, la cui estensione ai cennati prodotti è stata contemplata solo a far data dal 2005.

Sotto tale profilo, dunque, si palesa improprio il richiamo dell'odierna attrice alle disposizioni da ultimo menzionate.

Precisato quanto innanzi, va ora rimarcato che la domanda formulata in via principale da Porath Gisella è evidentemente volta ad ottenere l'adempimento.

Invero, l'odierna attrice, a supporto della pretesa azionata, ha invocato l'obbligo della liquidare, alla scadenza, un importo non inferiore al capitale iniziale versato; ha pertanto chiesto la condanna della convenuta al pagamento del cennato importo, maggiorato degli interessi, oltre che al risarcimento del danno.

Tanto impone, dunque, di verificare se – come dedotto da
abbia effettivamente assunto la garanzia di rendimento minimo o, comunque, l'obbligo di conservazione del capitale iniziale ovvero se abbia, invece, interamente trasferito sull'assicurato ogni rischio (e, quindi, anche il cd. rischio di controparte).

Prima di procedere all'esame delle emergenze in atti, par d'uopo rammentare che la Circolare ISVAP n. 332D/1998, con riferimento alle polizze *index linked*, dopo aver fornito la definizione dei tre profili (rischio di performance, rischio di base e rischio di controparte) in cui si articola il rischio di investimento, prevedeva quanto segue: "*Nei contratti di cui all'art. 30, II co., con prestazioni legate ad un indice azionario (o ad un altro valore di riferimento esterno all'impresa), anche qualora le condizioni di polizza non prevedano una garanzia di minimo e, quindi, non sia rilevabile un rischio di performance, l'impresa assume in ogni caso sia il rischio di base che il rischio di controparte. La presenza di attivi a copertura in*

grado di immunizzare la posizione finanziaria dell'impresa in relazione agli impegni collegati alla prestazione variabile, oltre a non evitare la presenza del rischio di controparte a carico dell'impresa, rileva infatti solo ai fini della valutazione del rispetto del principio della massima approvazione possibile, sancito dall'art. 30, II co, e non può essere invocata, tenuto conto della finalità dell'art. 35 del D.Lgs. n. 174/95, per escludere la sussistenza in capo all'impresa del profilo di rischio di investimento rappresentato dal rischio di base".

La medesima Circolare dettava, poi, specifiche previsioni afferenti i contratti di cui all'art. 30, II co, nei quali il titolo di riferimento rappresentasse non solo l'attivo posto a copertura delle riserve tecniche ma anche l'indice cui era direttamente collegata la prestazione di polizza

Segnatamente, in merito a tali fattispecie, la predetta Circolare prevedeva quanto segue: "Nei contratti di cui all'art. 30, II co, in cui le prestazioni assicurative siano direttamente collegate al valore di uno specifico attivo detenuto dall'impresa (ad esempio un titolo azionario o un titolo obbligazionario o un attivo strutturato che costituisce il valore di riferimento) i tre profili di rischio possono essere totalmente assenti in capo all'impresa se, in base alle condizioni di polizza risulta chiaro che l'impresa stessa non offre alcuna garanzia minima (assenza del rischio di performance), che ogni deprezzamento del valore dell'attivo di riferimento determina direttamente una corrispondente riduzione delle prestazioni assicurative (assenza del rischio di base) e che anche la perdita di valore dell'attivo di riferimento derivante dall'insolvenza dell'emittente si ripercuote direttamente sull'assicurato (assenza del rischio di controparte).

Precisato quanto sopra, occorre, dunque, procedere alla esatta ricostruzione del contenuto e della portata delle condizioni di polizza, onde verificare se effettivamente – come eccepito dalla convenuta – con tale contratto sia stato previsto il ribaltamento, sull'assicurato, di ogni profilo afferente il rischio di investimento.

Segnatamente, ove risulti che l'obbligazione Lehman 4.4.2001-2009 emessa dalla Lehman Brothers Treasury Co.B.V. rappresenti esclusivamente il titolo strutturato posto a copertura delle riserve tecniche e non anche – come pur

possibile all'epoca di stipulazione del contratto all'attenzione - il "valore di riferimento" cui è collegata la polizza, deve ritenersi gravante certamente sull'assicuratore tanto il rischio di base che quello di controparte.

Ed infatti, come sopra precisato, nel caso in cui l'obbligazione sia stata acquistata dall'impresa solo per far fronte agli impegni derivanti dalla polizza, senza che la stessa rappresenti il parametro di riferimento cui sono collegate le prestazioni dell'assicuratore, quest'ultimo non può — in alcun modo — trasferire sull'assicurato né il rischio consistente nella possibilità che tale obbligazione non consenta di replicare l'andamento del "valore di riferimento» (c.d. rischio di base), né il rischio derivante dalla possibilità che l'ente emittente degli strumenti finanziari, posti a copertura delle riserve tecniche, non adempia ai propri obblighi contrattuali (c.d. rischio di controparte).

Ove, invece, debba ravvisarsi identità tra il titolo a copertura delle riserve tecniche ed il valore di riferimento, pur venendo meno per l'impresa il rischio di base, non può ritenersi automaticamente trasferito sull'assicurato anche il rischio di controparte, occorrendo all'uopo una "chiara" ed inequivoca previsione contrattuale.

Ed ai fini della ricostruzione della comune volontà dei contraenti dovrà aversi riguardo alle previsioni trasfuse nella proposta sottoscritta dall'odierna attrice, nonché nelle clausole di cui alle condizioni di polizza; per converso non entrano a far parte del contenuto contrattuale le previsioni di cui alla nota informativa che costituisce documento a formazione unilaterale con funzione meramente esplicativa.

Orbene, nella proposta sottoscritta da risulta prevista una durata del contratto pari ad anni otto, a far data dal 04.04.2001 e con scadenza al 04.04.2009; viene, poi, contemplato il pagamento, da parte dell'assicurata, di un premio unico lordo dell'ammontare di lire 30.000.000 (euro 15.493,71) - di cui lire 60.720 (euro 31,36) quale premio per la polizza vita (*copertura caso morte*) - e previsto un capitale iniziale di lire 30.000.000 (euro 15.493,71) ed un "capitale minimo garantito alla scadenza" del medesimo importo di lire 30.000.000 (euro 15.493,71).

E non par superfluo precisare che la cennata proposta contrattuale, nell'indicare in maniera specifica ed espressa, la garanzia di liquidazione, alla scadenza, dell'importo di lire 30.000.000 (euro 15.493,71), pari al capitale iniziale, non contempla limiti o ipotesi di esclusione della cennata garanzia né prevede che la clausola afferente il "capitale minimo garantito alla scadenza" debba essere letta alla luce di altre previsioni di polizza.

D'altro canto, anche dalle condizioni di polizza emerge in termini inequivoci l'assunzione della cennata garanzia a carico dell'assicuratore (rischio di performance).

E così all'art. 3 delle condizioni di polizza è dato leggere quanto segue: "*Alla scadenza contrattuale, a fronte del pagamento di un premio unico,*

garantisce ai Beneficiari la corresponsione del capitale di cui al successivo art. 5". Il menzionato art. 5 recita, poi, che: "Il capitale liquidabile alla scadenza contrattuale del 04.04.2009 sarà dato dalla somma dei seguenti importi: a) il "capitale iniziale" pari al premio versato. E' comunque garantito che il capitale minimo liquidabile a scadenza non è inferiore al "capitale iniziale". Nella polizza questo importo è definito "capitale minimo garantito alla scadenza"; b) la capitalizzazione di 8 cedole annuali di importo variabile; lo stacco della singola cedola avverrà ad ogni ricorrenza annuale a partire dal 4 aprile 2002 fino al 4 aprile 2009".

Peraltro, a confortare ulteriormente la circostanza che i

), con il contratto all'attenzione si sia impegnata a garantire, alla scadenza fissata in contratto, la corresponsione, in favore di , di un importo non inferiore al capitale iniziale, soccorrono le previsioni esplicative di cui al punto 2.1 della nota informativa.

Ciò posto, va osservato che, anche a voler ritenere che, nel caso di specie l'obbligazione Lehman 4.4.2001-2009 emessa dalla Lehman Brothers Treasury Co.B.V. rappresentasse e rappresenti non solo il titolo strutturato posto a copertura delle riserve tecniche ma anche il "valore di riferimento" cui era collegata la polizza (con conseguente esclusione del rischio di base a carico dell'assicuratore), potrebbe pervenirsi alla conclusione che le vicende concernenti la Lehman

Brothers fossero e siano atte ad escludere la cennata garanzia di restituzione del capitale, solo ove potesse ravvisarsi, nel testo contrattuale, una clausola contemplante in termini chiari ed inequivoci il trasferimento integrale del rischio di controparte a carico di

Senonché nessuna delle clausole trasfuse nelle condizioni di polizza può riguardarsi come "chiara" previsione della volontà che *"anche la perdita di valore dell'attivo di riferimento derivante dall'insolvenza dell'emittente"* sia destinata a ripercuotersi integralmente sull'assicurato.

Segnatamente, non può riguardarsi come atto a trasferire interamente sull'assicurato il rischio di controparte — con susseguente liberazione dell'assicuratore dalla garanzia del versamento del capitale iniziale — la clausola di cui al terzo comma dell'art. 3 delle condizioni di polizza, avente il seguente tenore: *"La società ha selezionato un titolo di adeguata sicurezza e negoziabilità considerato che, in caso di inadempimento da parte dell'Ente Emittente di tale attività finanziaria, eventuali effetti economici pregiudizievoli sono in capo al Contraente"* (n.d.r. l'evidenziazione in grassetto è nel testo).

In proposito va innanzitutto osservato che tale ultima clausola, ove dovesse leggersi nel senso indicato dalla convenuta (ovvero, come volta a porre interamente a carico di a il rischio di controparte) si porrebbe in patente contrasto con la reiterata previsione della garanzia, da parte dell'assicuratore, di liquidazione di un capitale minimo alla scadenza pari al capitale iniziale (rischio di *performance*).

Ed è certo noto che un contrasto di tal fatta non potrebbe che essere risolto alla luce del disposto dell'art. 1370 c.c., a mente del quale *"le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro"*.

Tuttavia, a parere di questo Giudice, il contrasto fra le clausole in questione è solo apparente e può essere composto collocando tali pattuizioni all'interno del testo del contratto, al fine di attribuire a ciascuna il significato che risulta dal complesso dell'atto, secondo quanto disposto dall'art. 1363 c.c..

Orbene, ai fini del processo ermeneutico deve rilevarsi mentre la clausola con la quale viene prevista la garanzia di restituzione del capitale è assolutamente piana e comprensibile, per converso quella asseritamente volta a trasferire in capo all'assicurato il rischio di insolvenza dell'emittente risulta di formulazione piuttosto ambigua.

Segnatamente, essa indica come "eventuali" e secondari gli effetti pregiudizievoli per l'assicurato, conseguenti all'insolvenza dell'emittente.

Senonché l'esclusione dell'obbligo di pagamento del capitale minimo garantito, per l'eventualità dell'insolvenza della emittente, costituisce non certo un effetto pregiudizievole meramente secondario ed eventuale ma, piuttosto, costante e primario.

Pertanto, onde conferire coerenza logica e sistematica alla cennata clausola, anche in rapporto alle ulteriori previsioni contrattuali, la stessa deve essere interpretata nel senso che l'assicuratore, fermo restando il suo impegno di restituire alla scadenza il capitale inizialmente versato dall'assicurato, ha inteso trasferire su quest'ultimo il rischio di un inadempimento dell'emittente, ma solo nei limiti dell'importo derivante dal possibile rendimento positivo del titolo obbligazionario cui la polizza è collegata.

Invero, solo in tale ottica il pregiudizio per l'assicurato conseguente all'insolvenza dell'emittente, può ritenersi "eventuale", perché subordinato all'esistenza di un rendimento positivo del titolo, e "secondario", in quanto non incidente sul capitale inizialmente versato ma solo sulla sua potenziale remunerazione.

In altri termini, con la clausola trasfusa nell'art. 3, III co., delle condizioni generali di polizza l'assicuratore ha inteso trasferire sull'assicurato il c.d. rischio di controparte, solo per la parte relativa all'eventuale rendimento positivo della polizza.

Deve, dunque, ritenersi che le vicende che hanno riguardato le società del Gruppo Lehman Brothers non valessero e non valgano ad esimere la

) dall'obbligo di corrispondere a

alla scadenza del 04.04.2009, l'importo minimo garantito pari al "capitale iniziale" e, dunque, a lire 30.000.000 (euro 15.493,71).

Tuttavia, l'odierna convenuta non ha inteso eseguire la cennata prestazione, in ogni caso dovuta, ch , invece, ha manifestato in termini inequivoci la volont  di non adempiere, sull'erroneo assunto che le vicende della Lehman Brothers valessero ad esimerla dall'obbligo di liquidazione del capitale minimo garantito. Pertanto, la () va condannata a pagare, in favore di (), l'indicata somma di euro 15.493,71, maggiorata degli interessi legali con decorrenza dal 04.04.2009.

Va, invece, disattesa la domanda dell'odierna attrice volta ad ottenere, in una con la prestazione dovuta maggiorata degli interessi di mora, anche il risarcimento dei pregiudizi asseritamente sofferti in conseguenza del mancato, tempestivo adempimento, in essi compreso il cd. maggior danno.

Quanto al cd. maggior danno va rilevato che   ben vero che – come evidenziato dalle Sezioni Unite della Cassazione - nel caso di ritardato adempimento di una obbligazione di valuta, il maggior danno di cui all'art. 1224 co. 2 c.c. pu  ritenersi esistente anche in via presuntiva ed in difetto di una specifica allegazione o prova; ci  tuttavia a condizione che, durante la mora, il saggio medio netto del rendimento dei titoli di Stato con scadenza non superiore a 12 mesi, sia stato superiore al saggio degli interessi legali. Solo in ipotesi di tal fatta, al creditore di somme di danaro non corrisposte dal debitore in mora potr  riconoscersi un maggior danno ex art. 1224, II co., c.c., corrispondente alla differenza tra il tasso di rendimento netto, dedotta l'imposta dei titoli di Stato di durata non superiore ai dodici mesi (o tra il tasso di inflazione, se superiore), e quello degli interessi legali (se inferiore) (cos  Cass. SSUU 2008/19499).

Ci  posto, con riferimento alla fattispecie concreta il maggior danno non pu  presumersi, non risultando che, nel periodo di mora all'attenzione, il saggio di rendimento netto (ossia detratte le imposte) dei titoli di Stato con scadenza non superiore ai dodici mesi, abbia superato il tasso di interesse legale.

D'altro canto, in difetto di allegazione specifica e di prova, neppure   dato ritenere che () a, per effetto dell'inadempimento della parte avversa,

abbia subito un qualche pregiudizio ulteriore e diverso, non ristorato dalla percezione degli interessi di mora sul capitale dovuto.

Nell'accoglimento della domanda formulata in via principale, devono considerarsi assorbite le ulteriori istanze svolte da "in via alternativa e subordinata".

Va, infine, evidenziato che l'odierna attrice, pur avendo ampiamente argomentato in ordine alla responsabilità processuale aggravata della parte avversa, nel rassegnare le proprie conclusioni non ha formulato specifica domanda di ristoro dei danni ex art. 96 c.p.c..

Ad ogni buon conto, anche a voler inferire dalla lettura complessiva degli atti difensivi la volontà di di azionare la pretesa risarcitoria di cui all'art. 96 c.p.c., non potrebbe che pervenirsi all'integrale rigetto della stessa.

Ed infatti, è certo noto che l'affermazione della responsabilità processuale aggravata della parte soccombente postula, oltre al carattere totale di tale soccombenza, che l'avversario deduca e dimostri la concreta ed effettiva esistenza di un danno, quale conseguenza del comportamento processuale della parte medesima, nonché la ricorrenza, in detto comportamento, del dolo o della colpa grave, cioè della-consapevolezza, o dell'ignoranza derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle proprie tesi, ovvero del carattere irrituale o fraudolento dei mezzi adoperati per agire o resistere in giudizio.

Ebbene, nel caso di specie non è dato in alcun modo cogliere, nella condotta processuale della, quei profili di dolo o colpa grave indefettibili perché possa ritenersi integrato l'illecito di cui all'art. 96 c.p.c.; ciò tanto più ove si considerino le contrastanti pronunce rese dai diversi giudici di merito in fattispecie analoghe a quella all'attenzione.

Pertanto, neppure ricorre il requisito della totale soccombenza della società convenuta; ché, anzi, è stata disattesa la domanda risarcitoria formulata da in via principale.

Alla soccombenza consegue la condanna della

..... alla rifusione delle spese del presente giudizio, nella misura liquidata in dispositivo tenendo conto della natura e del valore della causa, del

numero e del rilievo delle questioni affrontate nonché delle attività difensive effettivamente espletate e documentate in atti.

Gli importi liquidati per spese processuali dovute in rifusione vanno, poi, distratti in favore dell'Avv. David Giuseppe Apolloni, Procuratore dell'attrice dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, in persona del Giudice Unico Dott.ssa Clelia Buonocore, definitivamente pronunciando nel procedimento iscritto al N. 76449/2009 R.G., promosso da _____ nei confronti della _____

, così provvede:

- In parziale accoglimento della domanda formulata in via principale, condanna la _____ al pagamento, in favore di _____, della somma di euro _____ oltre interessi legali con decorrenza dal 04.04.2009.
- Rigetta la domanda di parte attrice volta ad ottenere il risarcimento dei danni per inadempimento.
- Rigetta la domanda formulata da _____ e volta ad ottenere la condanna della _____ a.) al ristoro dei danni per lite temeraria.
- Condanna la _____ alla rifusione delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi euro _____ di cui euro _____ per spese vive, _____ per diritti ed euro _____ per onorari, oltre rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.

Così deciso, in Roma, il 10 agosto 2012.



Il Giudice
Clelia Buonocore
Clelia Buonocore