

Maria Cecilia Paglietti

*Dal consumatore ai consumatori:
Armonizzazione massima e particolarismo giuridico*

SOMMARIO: 1. Armonizzazione massima e frammentazione della figura di consumatore. – 2. Criteri di raccordo tra sistemi normativi. 3. L'assicurato come contraente debole. – 3.1. segue: Le traiettorie politiche, giurisprudenziali e normative. – 4. Il consumatore assicurato. – 5. Subsidiarietà e specialità: limiti intrinseci, estrinseci e rapporti a geometria variabile tra codici di settore.

1. *Armonizzazione massima e frammentazione della figura di consumatore*

Uno dei grandi temi che la dottrina civilistica europea si trova a dover affrontare è quello dell'efficiente raccordo, nelle politiche consumeristiche, tra le istanze dell'armonizzazione massima e la frammentazione della figura di consumatore.

Il primo tema, il quale sottende la transizione racchiusa nella formula *from market construction to market regulation*, implica che l'attuale intento politico non sia più il puro ravvicinamento dei diritti nazionali, ma la convergenza verso obiettivi comuni, quali evitare la frammentazione dei mercati, il protezionismo, il *forum shopping*, la sovraregolazione, mirando alla creazione di un *level playing field*, nel segno della semplificazione e a garanzia della concorrenza e dell'effettività del diritto¹.

¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, COM/2001/0398 def.; Libro verde, *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*, 8.2.2007 COM(2006) 744 definitivo; M. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in 37 «Common Market Law Rev.», 2000, p. 835 ss.; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Bodmin 2005; A. THIERITE DUQUENSE, *Approche critique du vocabulaire juridique européen: l'harmonisation totale*, in *Les Pet. Aff.*, 2009, p. 9 ss.; H.-W. MICKLITZ, *The Targeted Full Harmonisation*

Il secondo tema allude all'attuale tendenza alla proliferazione di sottocategorie di consumatori in virtù di tendenze innovative (alcuni individuano *new generation consumers rights*²), soggette a spinte centrifughe, le quali trovano la loro base teorica nel rifiuto di ricorrere ad aggregazioni comprendenti soggetti che in realtà configurano gruppi eterogenei³.

Le due tematiche, unitariamente considerate, pongono dunque la questione di recuperare un sufficiente grado di uniformità nel momento della produzione del diritto ma soprattutto in quello dell'applicazione giuridica delle norme di settore, frutto della innovazione quantitativa e qualitativa⁴ dell'ordinamento, realizzata attraverso una legislazione speciale e tendente verso il particolarismo delle discipline, tra loro prive di un rigido ordine di precedenza nell'applicazione delle relative disposizioni⁵.

Approach: Looking Behind the Curtain, in *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, (eds.) G. Howells, R. Schulze, Sellier, Munich 2009, p. 48.

Il concetto di armonizzazione risulta tuttavia già di per sé assai controverso (sui differenti tipi di armonizzazione: H. P. GLENN, *Harmony of Laws in the Americas*, in 34 «Univ. Miami Inter-Amer. L. Rev.», 2003, p. 223 ss.); in Europa viene alternativamente definita «totale» (Com (2008) 614 final pt. 3) o «completa» (Com (2008) 614 final, artt. 3 e 4), avendo riguardo, negli esiti, ad un processo di armonizzazione che, in sede di trasposizione, vincola gli Stati membri non solo relativamente allo scopo da perseguire e al livello minimo di tutela da approntare, ma anche relativamente al livello maggiore di tutela, rendendo illegittime eventuali trasposizioni maggiormente protettive.

² I. BENÖHR, H. W. MICKLITZ, *Consumer Protection and Human Rights*, in *Handbook of Research on International Consumer Law*, (eds.) G. Howells, I. Ramsay, Th. Wilhelmsson, Edward Elgar Pub, Cheltenham Northampton 2011, p. 19 ss.

³ E. HONDIUS, *The Notion of Consumer: European Union vs. Member States*, in 28 «Sydney Law Rev.», 2006, p. 93 ss.; H. W. MICKLITZ, *Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law?*, in *EUI working papers, law 2012/23*, p. 22; *Opinion of the European Consumer Consultative Group Opinion on consumers and vulnerability*, del 7 febbraio 2013, p. 10; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, E. POILLOT, C. AUBERT DE VINCELLES, G. BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes*, in *Traité de droit civil*, dir. da J. Ghestin, LGDJ, Paris 2012, p. 214 ss.

⁴ Posto che la codificazione speciale non deroga per sottrazione ma per addizione e determina un accrescimento della disciplina, della complessità e del rischio di antinomie: L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in «Eur. dir. priv.», 2010, p. 685 ss. (e in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di E. del Prato, Esi, Napoli 2013, p. 1991 ss.).

⁵ Il problema della centralità o marginalità del codice era stato già individuato da U.

In particolare il tema del raccordo nell'applicazione di norme congeneri (e dunque dell'individuazione di criteri sistematizzanti nell'attuale 'disordine normativo'⁶) deve a sua volta tenere in debita considerazione l'esigenza di effettività della tutela, locuzione riassuntiva di un indirizzo di politica del diritto costituente il perno concettuale delle scelte tanto del legislatore quanto del giudice, la quale implica l'elevazione del piano della tutela a momento centrale della garanzia dei diritti riconducibili al paradigma del consumatore, e si riferisce all'insieme delle garanzie che un sistema di tutela dei diritti dovrebbe assicurare: una completa, adeguata ed efficace tutela⁷.

Il tema dell'armonizzazione massima non costituisce una mera opzione di carattere tecnico-compilativo, ma una scelta normativa⁸ e interpretativo-giurisprudenziale ('*Europeanised interpretation*')⁹; soprattutto, e a mon-

BRECCIA, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, in «Pol. dir.», 1982, p. 571 ss. (ora anche in *Immagini del diritto privato: Volume I. Teoria generale, fonti, diritti, Scritti di Umberto Breccia*, Giappichelli, Torino 2013, p. 147 ss.) e compiutamente svolto, come noto, da N. IRTI, *Letà della decodificazione*, 4° ed., Giuffrè, Milano 1999, p. 40; sul tema delle leggi speciali cfr. anche V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, 2ª ed., Giuffrè, Milano 1994, spec. 39 e ss.; F. MODUGNO, D. NOCELLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, p. 424 ss.

⁶ U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in «Pol. dir.», 2006, p. 361, spec. 370.

⁷ L'effettività, divenuta parola d'ordine delle moderne riflessioni sul diritto, più che un concetto dotato di una propria autonomia e rilevanza normative, costituisce una formula riassuntiva di un indirizzo di politica del diritto (F. SNYDER, *New Directions in European Community Law*, Weidenfeld and Nicholson, London 1990, p. 3). Per un inquadramento in ottica moderna e trasversale del principio d'effettività cfr. P. BIAVATI, *Europa e processo, Metodi e prospettive*, Giappichelli, Torino 2003, p. 121; Ad. DI MAJO, *La tutela dei diritti*, 4° ed., Giuffrè, Milano 2003, p. 1-2; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Esi, Napoli 2008, p. 17 ss.

⁸ Art. 4, Dir. 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; art. 4, Dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori.

⁹ Per '*Europeanised interpretation*' si intende la linea interpretativa verso un'armonizzazione più ampia, a tratti anche intrusiva, seguita dalla Corte di giustizia (ed indice di una scelta di natura politica che va ben al di là della mera decisione dei fatti in causa: S. WEATHERHILL, *Harmonisation: How Much How Little*, in «Eur. Bus. Law Rev.», 2005, p. 533, a 546).

te, essa costituisce una netta opzione di politica del diritto, che implica lo spostamento del *focus* dalle istanze sociali a quelle del mercato¹⁰ (segnando la transizione «*d'une logique civiliste à une logique de régulation*»¹¹).

Posto, cioè, che gl'intenti edificatori europei si sono saldati sin dalle prime battute con la matrice concorrenziale, d'indole marcatamente economica, che concepiva la tutela del consumatore come strumentale alla strutturazione del mercato interno¹², va tuttavia rilevato che, volendo individuare degli snodi fondamentali all'interno della riflessione sul diritto dei consumatori, le prime fasi si sono caratterizzate per la focalizzazione dell'attenzione istituzionale sui concetti di asimmetria e residualità, i cui corollari, sul piano sistematico, assumevano il livello di tutela più elevato possibile per il consumatore a criterio guida delle opzioni ricostruttive.

Attualmente, invece, si assiste ad una evoluzione delle priorità europee, che fa assurgere il criterio dell'edificazione del mercato unico nel segno di una maggiore uniformità quale elemento valoriale superiore rispetto agli altri.

Il postulato in base al quale l'Europa ha inaugurato la nuova fase giuridica nei termini dell'orizzontalità nell'edificazione del mercato unico, è identificabile, in primo luogo, nella revisione in chiave critica del c.d. metodo di armonizzazione selettiva (concentrato su singoli rimedi o contratti specifici) il quale, foriero di incoerenze nel recepimento o nell'attuazione

¹⁰ L. ANTONIOLLI, voce *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig., Disc. priv.*, Civ., VI, aggiornamento, Utet, Torino 2011, p. 208 ss.; M. B. M. LOOS, *Full harmonization as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the Consumer Rights Directive*, in *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series* No. 2010/03; Chr. TWIGG-FLESNER, *Introduction: Key Features of European Union Private Law*, in *European Union Private Law*, (ed.) C. Twigg-Flesner, Cambridge, Cambridge 2010, p. 5.

¹¹ PH. STOFFEL-MUNCK, *L'autonomie du droit contractuel de la consommation: d'une logique civiliste à une logique de régulation*, in «*Riv. trim. dir. com.*», 2012, p. 705.

¹² T. BOURGOIGNIE, *Le droit communautaire de la consommation: acquis et perspectives au regard de l'Europe de 1993*, in 33 «*Cahier du droit*», 1992, p. 231, spec. 247; A. ZOPPINI, *Il diritto privato quale tecnica di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, Atti del convegno svoltosi a Roma e a Catania, Il Mulino, Bologna 2010, p. 9; H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection*, in 44 «*Common Mark. L. Rev.*», 2007, p. 1244.

non uniforme negli ordinamenti nazionali¹³, impedisce il buon funzionamento del mercato interno¹⁴.

Riunendo in sé il nucleo gravitazionale di una serie di profondi mutamenti di prospettiva del diritto dei contratti europeo, la scelta dell'approccio orizzontale presenta, in primo luogo, una valenza ideologica e politica, essendo essa volta ad evitare il 'paradosso europeo' di un territorio unificato nella moneta ma che persiste nella frammentarietà delle regole; mentre, sul piano pratico, consentirebbe alle imprese di ridurre i costi di transazione, e ai consumatori di godere di una maggiore certezza del diritto¹⁵.

L'opzione dell'approccio trasversale è evidentemente gravida non solo di implicazioni concettuali ma anche tecnico-pratiche. Le istanze di armonizzazione massima calate nello specifico del raccordo tra discipline di settore (soprattutto nel caso di fattispecie suscettibili di due opposte soluzioni¹⁶), implicano l'assunzione di un angolo prospettico differente da quello tradizionale, tanto sul piano dei valori quanto su quello ermeneutico.

Sul piano dei valori, si assiste allo slittamento dell'attenzione politica dal primato della tutela preferenziale per il consumatore alle preminenti ragioni della disciplina semplificata: l'interesse del consumatore non costituisce più l'obiettivo esclusivo ma deve essere bilanciato dal valore superiore della creazione del mercato unico. Il tema del livello di tutela più elevato possibile diviene ora recessivo rispetto al valore dell'uniformità.

Sul piano interpretativo la recente legislazione europea determina l'emersione di un nuovo criterio ermeneutico caratterizzato dalla tensione verso *standards* globali e dall'avversione per interpretazioni che aumentino

¹³ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, COM/2001/0398 def.; sul tema del *gold-plating*, inteso quale introduzione extra di norme protettive e dunque ulteriore elemento di diversificazione all'interno degli ordinamenti: N. REICH, *Chapter 1, Economic Law, Consumer Interests and EU Integration*, in *Understanding EU Consumer Law*, (eds.) H.-W. Micklitz, N. Reich, P. Rott, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland 2009, p. 40.

¹⁴ Comunicazione, séguito dato al Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'UE (COM(2002) 289 definitivo, dell'11 giugno 2002).

¹⁵ Cfr. lo studio presentato nel 2014 per il Parlamento europeo: «*Gold-plating' in the EA-FRD To what extent do national rules unnecessarily add to complexity and, as a result, increase the risk of errors?*»; M. FAURE, *Towards a Maximum Harmonization of Consumer Contract Law?*, in «Maastricht Jour.», 2008, p. 440-441.

¹⁶ N. IRTI, *Letà della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999, p. 67 ss.

la frammentazione e la complessità della normazione. Che l'operatore del diritto sia tenuto, oggi, ad un'applicazione 'semplificante' delle norme si ricollega, del resto, ad un espresso divieto normativo, quello di *gold-plating* -ossia di una sovraregolazione inutilmente complessa - divenuto ora un criterio cui improntare le vicende ricostruttive sia europee che interne¹⁷.

In quest'ottica, dunque, la lettura degli artt. 1469 *bis* cod. civ. (che detta il regime generale di applicazione delle disposizioni del diritto generale al consumatore, ovvero la soccombenza rispetto alle disposizioni del Codice del consumo o ad altre disposizioni più favorevoli) e 67, comma 1, cod. cons. (secondo cui le nuove disposizioni «non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottate in conformità a norme comunitarie») dovrà essere necessariamente restrittiva a pena di produrre frizioni con il nuovo corso del diritto europeo.

Si aggiunga che in base all'obbligo d'interpretazione conforme, l'operatore deve orientare l'interpretazione nella selezione dei rimedi al diritto europeo (e dunque tenendo nella dovuta considerazione le indicazioni della dir. 2011/83 e le istanze dell'armonizzazione massima¹⁸).

Corollario di questo nuovo angolo di visuale è la centralità assunta dall'esigenza di *coherence* (congruenza) ossia la circostanza che le ricostruzioni volte alla soluzione di conflitti di disciplina siano razionalmente e strumentalmente correlate alla realizzazione del principio comune (nella fattispecie, alla ricostruzione semplificante)¹⁹.

Sul piano metodologico, una riflessione volta ad indagare il dispiegarsi del raccordo in senso armonizzato quanto effettivo tra discipline di settore può svolgersi almeno da due punti di osservazione: inquadrando il tema sul piano sovranazionale alla luce dei mutamenti culturali susseguenti

¹⁷ Art. 32, Legge 24 dicembre 2012, n. 234, *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*.

¹⁸ C. GIUST. CE, 14 gennaio 2010, *Zentrale zur Bekämpfung* C-304/08, punto 41; C. GIUST. CE, 9 novembre 2010, *Mediaprint*, C-540/08, punto 30; C. GIUST. CE, 23 aprile 2009, *Total Belgium*, cause riunite 261 e 299/07; C. GIUST. UE, 30 novembre 2011, *Wamo*, C-288/10.

¹⁹ N. MACCORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, I, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino 1987, p. 243 ss., spec. 247 ss.

all'elaborazione del diritto europeo; contestualizzandolo sul piano dei diritti nazionali – con l'aiuto della comparazione giuridica – per procedere ad una mappatura delle soluzioni interne. È evidente che i due punti d'osservazione non si atteggiano come momenti autonomi di una riflessione a compartimenti stagni ma, al contrario, si compenetrano e influenzano reciprocamente, nel tentativo di individuare una linea interpretativa comune.

2. *Criteri di raccordo tra sistemi normativi*

L'obbligo interpretativo conforme alle interpretazioni semplificanti²⁰ necessita di essere debitamente raccordato con la frantumazione del sistema giuridico in una pluralità di microsistemi settoriali (particolarismo giuridico)²¹.

Come noto, i profondi mutamenti degli scenari politico-economici e sociali hanno determinato l'emersione di interessi particolari e l'accoglimento delle premesse culturali e politiche che hanno minato il concetto di un unico, uniforme ed astratto soggetto di diritto²² (quale quello accolto nelle tradizioni codicistiche ottocentesche) in luogo della proliferazione di leggi speciali che, superando la logica della generalità e dell'indifferenziato, hanno configurato *statuti di gruppi*²³ regolati da comuni principi di disciplina e sorretti da logiche di settore²⁴.

²⁰ L. NIGLIA, *Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. la teorica dell'obbligo interpretativo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2001, p. 65 ss.

²¹ Sul tema, cfr. già le lucide intuizioni di R. SAVATIER, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, in «Dalloz», 1977, p. 43 ss.; e, in ottica, comparata, J. M. MERRYMAN e al., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and east Asia*, The Michie Company, Charlottesville 1994, p. 1244 ss. Il tema che la persistenza di un diritto codificato costituisca tutt'ora un punto di divergenza rispetto ai Paesi di *common law*, non tanto sul piano della possibile convergenza quanto su quello dell'approccio metodologico al diritto: G. SAMUEL, *L'esprit de non codification: la Common Law face au Code Napoléon*, PUF, Paris 2005, p. 123 ss.; in Italia cfr. R. VIRIGLIO, *Il processo di neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione a mezzo di testi unici e codici*, Jovene, Napoli 2007.

²² Nel senso di leggi speciali che, compiendo la logica della generalità e dell'indifferenziato, configurano *statuti di gruppi* (c.vo dell'A.) cfr. N. IRTI, *Letà della decodificazione*, cit., p. 40, e 70 s.

²³ N. IRTI, *Letà della decodificazione*, cit., p. 40 (c.vo dell'A.); cfr. anche p. 67 ss.

²⁴ Sul tema della (asserita) perdita di centralità del Codice civile cfr. P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Laterza, Bari 2013, spec. 81 ss.

Questa nuova prospettiva salda l'effettività della tutela con la necessità che essa sia differenziata e rafforzata, sull'assunto che il rispetto dell'uguaglianza sostanziale implichi il rifiuto di un approccio livellatore e parificatore²⁵, nel segno del diritto alle differenze²⁶ (va specificato che la centralità culturale del *dilemma of difference*, inteso come interrogativo su come il diritto debba trattare le differenze per evitare il rischio che la neutralità divenga ingiustizia, è il portato di un movimento culturale globale e non specificamente ancorato alle problematiche dei sistemi a diritto codificato²⁷).

²⁵ L.P. COMOGGIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in «Riv. dir. proc.», 2008, p. 1509, spec. 1511.

²⁶ A. DI MAJO, *L'attività di armonizzazione nel diritto privato. Il diritto alle e/o differenze*, in *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, a cura di M. N. Miletti, G. Rizzelli e O. Troiano, Giuffrè, Milano 2004, p. 327, spec. 337 ss. ove il rilievo che, di fronte all'ineluttabilità di un diritto pluralista (che non può essere scongiurato, ma solo governato) l'interprete debba muovere dalla 'realtà' delle 'differenze' rinvenibili tra i vari ordinamenti allo scopo d'identificare *una grammatica e un linguaggio comuni* (virgolettato e corsivo dell'A.).

²⁷ L'espressione è di M. MINOW, *Forward: Justice Engendered*, in 101 «Harv. L. Rev.», 1987, p. 12 ss.

Il tema, classico anche all'interno della nostra tradizione giuridica, inerisce la presa di coscienza che l'esistenza, all'interno di un rapporto contrattuale, di una parte svantaggiata implichi la necessità di trattamenti differenziati (per la maturazione di questa consapevolezza, in Italia, cfr. il volume *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969, Milano 1970, in particolare il contributo di P. PERLINGERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, p. 21 ss.; e l'intervento di M. LIBERTINI, p. 166 ss.); di riflesso il dogma dell'assoluta parità tra le parti (conquista dell'800: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica occidentale giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, p. 244) è stato revocato in dubbio per l'inadeguatezza del modello del soggetto di diritto unico a raggiungere risultati di giustizia sostanziale (la circostanza che la debolezza strutturale del consumatore potesse minare il principio dell'unitarietà del contratto – e, poi, dell'uguaglianza dei contraenti, era già significativamente intuita da G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, Paris 1982, p. 247, p. 255 ss.) in favore di trattamenti giuridici differenziati sulla base dei soggetti protagonisti dei rapporti sostanziali (la formalizzazione di questa teoria, con particolare riguardo al diritto dei consumatori, in Italia si deve a V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in «Giur. it.», 1993, IV, p. 57 e p. 69; per uno svolgimento in chiave attuale

Il nuovo impianto ideologico presenta una delle sue propaggini più significative sul piano metodologico laddove, tra gli strumenti di lavoro sulle nuove categorie, fa il suo ingresso la *behavioral law and economics*²⁸, che implica la revisione del modello dell'*homo oeconomicus* quale soggetto operante nel mercato secondo logiche di perfetta razionalità assiomatica²⁹ (sul presupposto che tale condotta non sia riscontrabile nella realtà)³⁰, in luogo di un più reale *homo cogitans* (o reale³¹, dotato di una razionalità limitata, tendente a scelte soddisfacenti ma influenzato da fattori psicologici che scontano *bias*, errori di valutazione, semplificazioni operative ed euristiche³²) che postula non tanto l'(irrealistica) elaborazione di un rigido modello predittivo di compimento delle scelte, ma lo studio delle diverse modalità operative che sorreggono i processi decisionali³³.

del tema cfr. F. MACARIO, *Le 'forme del diritto' nella storia presente: il nuovo diritto europeo dei contratti tra ordine, ragione e decisione*, in «Quaderni fiorentini», 2012, p. 441 ss.).

Sulla politica della differenza cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, a cura di J. Habermas e C. Taylor, trad. it. di Ceppa e Rigamonti, Feltrinelli, Milano 1999, p. 24 ss.

²⁸ Cfr., nel campo che qui interessa, *Decision Technology Ltd, Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioral Economics Perspective, Final Report*, Novembre 2010.

²⁹ *Rationally behaving profit-maximiser*: S. WEATHERILL, *Consumer Policy*, in *The Evolution of EU Law*, a cura di P. Craig e G. De Burca, 2° ed., Oxford Univ. Press, Oxford 2011, p. 837 ss.; voce *Consommateur*, in *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, Paris 2011.

³⁰ R. KOROBKIN, T. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in 88 «Calif. Law Rev.», 2000, in particolare pp. 1127 ss. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229937).

³¹ E. BAFFI, *Le imperfezioni della razionalità dell'uomo reale (conosci te stesso) e l'adeguamento ad esse del diritto*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2015, p. 317 ss.; E. FEHR, S. GÄCHTER, *Reciprocity and Economics: The Economic Implications of Homo Reciprocans*, in 3 «Eur. Ec. Rev.», 1998, pp. 845 ss.

³² C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in 50 «Stan. Law Rev.», 1998, p. 1471 ss., e il volume collettaneo *Behavioral law and economics*, cura di C.R. Sunstein, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2000, in particolare il contributo di Th. ULEN, *Human Fallibility and the Forms of Law: the Case of Traffic Safety*, p. 397-424. In Italia cfr. i volumi curati da G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale*, Roma-TrePress, Roma 2015, e da R. CATERINA, *Un approccio cognitivo alla diversità culturale, I fondamenti cognitivi del diritto*, Mondadori, Milano 2008, p. 207.

³³ E. BAFFI, *'Mental Budget': clausole inefficienti o scelte del consumatore?*, in «Riv. crit. dir.

Una volta appurata la natura polimorfica ed intrinsecamente evolutiva del consumatore si è dunque manifestata anche l'irriducibilità dello stesso ad una definizione unitaria e monolitica (in grado, cioè, di accomunare identiche condizioni di debolezza e di bisogno)³⁴ unitamente alla necessità di un apprezzamento in concreto delle qualità ascrivibili alle fattispecie in esame³⁵.

Pluralità delle tipologie di consumatore e preferenza per l'applicazione di criteri sostanziali – e non formali – decretano dunque l'abbandono di una prospettiva statica (la quale configgerebbe con la varietà degli àmbiti, *rectius*: mercati) nei processi interpretativi di selezione della disciplina consumeristica in luogo di una dinamica e plurale, accolta anche sul piano normativo³⁶ e giurisprudenziale³⁷. La considerazione empirica (tenendo conto dell'eredità giuspositivistica culturale europea³⁸) delle situazioni in cui versano le parti contrattuali, la graduazione della tutela in base alle loro caratteristiche personali, divengono dunque i criteri che orientano le scelte ricostruttive dell'interprete³⁹.

Sul piano della tecnica legislativa il processo di differenziazione delle categorie implica il passaggio da una regola generale (più estesa) ad una speciale (meno estesa) in ragione di una fondamentale idea di giustizia, giacchè «il persistere nella regola generale importerebbe il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse, e quindi un'ingiustizia»⁴⁰.

Il tema si è dapprima concretizzato nella necessità di specificare il rapporto rispetto alla disciplina generale del contratto, se cioè esso si continui a mantenere nel solco della *lex specialis/lex generalis* (paradigmatica in questo senso la vicenda dottrinale del diritto commerciale⁴¹), ovvero se le

priv.», 2013, p. 305 ss.

³⁴ 18° considerando, Dir. 2005/29/CE.

³⁵ CGCE, 16 gennaio 1992, *Procédure pénale c/ X*, C-373/90, punto 15.

³⁶ Dir. Mifid.

³⁷ CGCE, 20 gennaio 2005, C-464/01, *Gruber*, punti 39 e 50.

³⁸ V. ZENO-ZENCOVICH, *The 'European Civil Code', European Legal Traditions and Neo-Positivism*, in 6 «Eur. Rev. Priv. Law», 1998, p. 349 ss.

³⁹ G. HOWELLS, *The Potential and the Limits of Consumer Empowerment by Information*, in 32 «Jour. Law Soc.», 2005, p. 349 ss.

⁴⁰ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, p. 100 s. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino 1960, p. 100 s.

⁴¹ È il tema della *commercialisation du droit privé*, secondo la formula coniata da G.

norme di settore siano dotate di un grado di specificità tale da costituire un sistema loro stesse, come tale armonico, completo e dotato di principi generali⁴².

Attualmente, invece, la discussione si pone, per i giuristi appartenenti a sistemi a diritto codificato, su di un piano inedito, dovendosi misurare gli interpreti con il tentativo di raccordo tra modelli concettuali e interpretativi comuni alle esperienze dei diritti «secondi» (cioè specialistici)⁴³, racchiusi tanto nei codici di settore che nei Testi unici.

La descritta dicotomia tra specialità e sovrapponibilità, e tra complessità (del sistema) e unitarietà (dell'approccio) costituisce dunque l'oggetto delle pagine che seguiranno, che indagheranno la possibilità di comporre tale apparente contraddizione.

Ai fini di una corretta *actio finium regundorum*, va specificato come il tema che s'intende affrontare in queste pagine non è l'esportabilità, sul piano ermeneutico, di nuovi paradigmi concettuali al di fuori del micro-sistema settoriale in cui sono stati concepiti (fenomeno solitamente indicato col nome di consumerizzazione che allude all'interpretazione analogica di norme speciali), tematica che andrebbe affrontata in caso di lacune, ma, al contrario, l'eventuale sovrapposizione tra corpi disciplinari congeneri e non formalmente coordinati, cioè l'ipotesi di antinomie. Tale ipotesi di contrasto tra norme è, del resto, non solo possibile ma frequente e fisiologica in un sistema ormai caratterizzato dal pluralismo delle fonti e dall'at-

RIPERT, *Aspects juridique du capitalisme*, LGDJ, Paris 1951, p. 331, poi ripreso in Italia: per tutti cfr. V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli 2006, spec. 104, 112, 158 e 247; il medesimo problema si è posto, notoriamente, anche per il diritto del lavoro: R. SCOGNAMIGLIO, *Codice civile e diritto del lavoro*, in *Scritti giuridici, II, Il diritto del lavoro*, Cedam, Padova 1996, spec. 959 ss.

⁴² Al rapporto tra parte generale e parte speciale del contratto è stato dedicato un convegno svoltosi a Pisa nei giorni 25 e 26 maggio 2007, i cui Atti sono ora raccolti nel volume curato da E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, Milano 2008; su questa linea di ricerca cfr. anche D. MAZEAUD, *A propos du droit virtuel des contrats. Réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Paris 1999, p. 205 ss.

⁴³ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in «Jus», 1981, p. 158 ss.; E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, LGDJ, Paris 1997, spec. 264; recentemente C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, Paris 2009.

titudine di ognuna di introdurre una disciplina nuova conferente con le mutate esigenze⁴⁴.

La questione involge cioè il rapporto tra blocchi di norme pariordinate configuranti un sistema che, in quanto dinamico e caratterizzato da marcata complementarità, rende impraticabili due dei tre criteri per la risoluzione delle antinomie: tanto quello cronologico (*lex posterior derogat priori*: inapplicabile per risolvere il tema delle interrelazioni tra normative circolari, complesse e di derivazione comunitaria) quanto quello gerarchico (*lex superior derogat inferiori*: inapplicabile alle fonti pariordinate).

Nel caso di contraddittorietà tra norme, la teoria generale suggerisce che la soluzione avvenga sul piano ermeneutico, tramite la limitazione dell'ambito di una delle disposizioni coinvolte⁴⁵ e l'utilizzo del criterio della competenza⁴⁶.

L'interrogativo che l'operatore del diritto è chiamato a sciogliere è allora se il criterio della competenza (*lex specialis etiamsi prior derogat generali etiamsi posteriori*) utilizzato per risolvere i conflitti tra norme sia valevole anche tra norme settoriali, o se, pur nel segno dell'uniformità e dell'effettività della tutela, siano necessari dei distinguo.

3. *L'assicurato come contraente debole*

Allo scopo di affrontare compiutamente la questione, può essere utile verificare e comparare le opzioni italiane con le esperienze degli altri sistemi, soprattutto se a diritto codificato, ed in particolare quella francese, che vanta una risalente nella tradizione intellettuale in materia di codici di settore (secondo la tecnica invalsa della *codification à droit constant*)⁴⁷.

⁴⁴ L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (dir. costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali II*, Giuffrè, Milano 2008, p. 536 ss.

⁴⁵ A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Giuffrè, Milano 1977, p. 167.

⁴⁶ R. GUASTINI, *Antinomie e sistemazione del diritto*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, a cura di M. Bessone, Giappichelli, Torino 1989, p. 151, spec. 161 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990, spec. 418 e ss.

⁴⁷ La *codification à droit constant* costituisce una tecnica «*de gestion du droit et non de creation des normes nouvelles*» (E. CATTA, *Les techniques de la codification: de la cire au silicium*,

In particolare, un terreno d'analisi proficuo è quello delle intersezioni tra diritto dei consumatori e diritto delle assicurazioni, posto che ad entrambi sono dedicate codificazioni apposite sul presupposto dell'insufficienza del diritto civile generale a disciplinare materie caratterizzate da un alto tasso di specialità.

Assunta l'inesistenza sul piano positivo dell'espressione assicurato consumatore (o consumatore assicurativo o «*consommateur (de produits) d'assurance*»)⁴⁸, la questione risulta particolarmente cruciale dal momento che nel coacervo di norme che regola la materia si verificano fenomeni di cumulo tra disposizioni caratterizzate da un elevato tasso di difformità tra loro, tanto sul lato sostanziale (in particolare, sul profilo della trasparenza⁴⁹ e delle pratiche commerciali sleali⁵⁰) che su quello processuale/regolatorio (con particolare riguardo ai fenomeni di riparto di competenze tra autorità).

Il tema sottende la questione, nota e dibattuta, se l'assicurato sia parte debole in senso consumeristico e possa dunque giovare delle relative tutele, quesito che implica a sua volta l'interrogativo – più ampio e per questo non affrontabile nei ristretti limiti del presente lavoro – se il contraente debole sia un paradigma conoscitivo (e se il consumatore sia un tipo normativo)⁵¹.

in «AJDA», 1997, p. 647, spec. 648) volta allo scopo di contenere la proliferazione dei testi legislativo nel perseguimento del duplice obiettivo della sistematizzazione coerente (in questo distinguendosi dalla mera compilazione) e della semplificazione (G. BRAIBANT, *Utilité et difficultés de la codification*, in «Droits», 1996, p. 61, spec. 72; ID., *La codification française*, in «Rev. adm.», 1994, p. 173; B. OPPETT, *Essai sur la codification*, PUF, Paris 1998).

⁴⁸ L'incertezza della categoria emerge anche dalle oscillazioni nell'utilizzo dell'espressione: alcuni discorrono infatti di assicurato consumatore (P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Giuffrè, Milano 2008, pp. 543-583 (anche in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1749 ss.); altri *consommateur d'assurances* (L. MAYAUX, *À la recherche du consommateur d'assurance*, in «Revue gén. droit ass.», 2014, p. 296).

⁴⁹ Cfr. R. LENER, P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo*, in «Banca, Borsa, Tit. Cred.», 2012, p. 369 ss.

⁵⁰ Cfr. G. CARRIERO, *Commento sub art. 3*, in *Commentario al Codice delle assicurazioni private*, cit., spec. 24 ss.

⁵¹ F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. 'tipi' protetti: la nozione di benessere dei consumatori decostruita*, in «Giur. comm.», 2009, I, p. 1059 ss.; il problema della difficile definizione di contraente debole viene approfonditamente analizzato da ultimo da ID.,

Il tema dell'ampiezza della figura di consumatore, della sua sovrapponibilità ad altre figure di contraenti deboli⁵², e dunque della possibile estensione (e prevalenza) della disciplina consumeristica anche ad ambiti che non le sono propri rappresenta uno dei punti dolenti delle dottrine consumeristiche in materia di delimitazione soggettiva.

Sul piano della teoria generale, va preliminarmente specificato che al problema dell'emersione di microsistemi che rispondono a logiche particolari⁵³ non formalmente coordinati, la teorica del rimedio non offre strumenti di utile soluzione.

Benché, infatti, il diritto di matrice europea (e, ormai, anche quelli interni di recepimento) presenti un'indole spiccatamente rimediale, nel caso siano somministrati rimedi di differente natura (per ipotesi, da un codice demolitori, da un altro conformativi⁵⁴) essi non sono posti tra loro in un rapporto gerarchicamente ordinato, essendo il diritto rimediale rimesso alla *discretionary* giudiziale, e prevedendo che dal legislatore venga offerto un *basket of remedies*, all'interno del quale il giudice possa scegliere quello più adatto al caso concreto⁵⁵.

Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di 'parte debole', in «Orizz. dir. comm.», 2013, p. 1 ss.

Anche se, come noto, il tema del contraente debole costituisce oggetto classico di riflessione nella nostra tradizione giuridica, tanto da indurre il legislatore del '42 a recepirlo (primo fra i legislatori moderni) nel codice civile: R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, I, Utet, Torino 2004, p. 361 ss.; C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Jovene, Napoli 1975; E. ROPPO, *Contratti standard: autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali d'impresa*, Giuffrè, Milano 1975; G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari*, in «Riv. dir. comm.», 1963, p. 127. In Francia, secondo questa prospettiva, cfr. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection: essai de méthodologie législative*, LGDJ, Paris 2002, p. 222.

⁵² Il tema della possibile sovrapposizione di due regimi protettivi era emerso nella dottrina italiana già con riguardo ai contratti bancari: cfr. A. DI MAJO, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in *Clausole 'vessatorie' e 'abusivie' (Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore)*, a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano 1997, p. 238 ss., spec. 244-246, 248 s.

⁵³ A. DI MAJO, *L'attività di armonizzazione nel diritto privato...*, cit., p. 327, spec. 337 ss.

⁵⁴ Cfr. V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Giuffrè, Milano 2005, p. 638 ss.

⁵⁵ P. BIRKS, *Rights, Wrongs, and Remedies*, in 20 «Ox. J. Leg. Stud.», 2000, p. 1 ss., spec.

3.1 segue: *Le traiettorie politiche*

La ricostruzione tradizionale negava interferenze tra la figura dell'assicurato e quella del consumatore sul presupposto della differente *ratio* alla base delle due discipline (e la conseguente differente natura delle posizioni soggettive tutelate): tutela dell'interesse pubblico sotteso al contratto e protezione dal rischio d'insolvenza dell'assicuratore nella disciplina del contratto di assicurazione; regime protettivo in ragione dello squilibrio e dell'asimmetria di poteri tra le parti nel contratto di consumo⁵⁶.

Sulla scorta di tale impostazione, condivisa anche dall'ordinamento europeo⁵⁷, la protezione dell'assicurato si è inizialmente concentrata, dunque, in larga parte al di fuori della regolazione del contratto di assicurazione e in favore di quella dell'attività delle compagnie assicurative⁵⁸: i Codici dedicati alle assicurazioni, dunque, non nascono volti a racchiudere la completa disciplina dei contratti assicurativi, ma per regolare prevalentemente

3 ss.; F.H. LAWSON, *Remedies of English Law*, 2° ed., Butterworths, London 1980; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Remedies in contract*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova 2008, p. 139 ss. (e in «Eur. e dir. priv.», 2007, p. 585 ss.).

⁵⁶ In questo senso, pur con varietà di prospettive, la dottrina francese: J. ROCHFELD, *Du statut du droit contractuel «de protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in *Mél. G. Viney*, LGDJ, Paris 2008, p. 835 ss.; J. BEAUCHARD, *Remarques sur le code de la consommation*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, Paris 1994, p. 9;

⁵⁷ Il tema del margine di solvibilità è infatti centrale nelle prime direttive che hanno disciplinato il comparto assicurato nella Comunità europea, quali la Direttiva CEE 73/239, seguita dalla seconda direttiva 88/357/CEE (che disciplina l'esercizio della libera prestazione di servizi dell'assicurazione diversa dall'assicurazione sulla vita; la terza direttiva 92/49/CEE del 18.6.1992, modifica le precedenti e coordina le norme nazionali in materia di investimento per i rami non vita, e la Direttiva 79/267 per il ramo vita (prima direttiva), 79/267/CEE del 5.3.1979, nota come 'Prima direttiva' di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività dell'assicurazione diretta sulla vita ed il suo esercizio, cui hanno fatto seguito le direttive 90/619/CEE (seconda direttiva) e 92/49/CEE (terza direttiva), poi confluite nelle delle Direttive 2002/13/EC (imprese ramo danni) e 2002/12/EC (imprese ramo vita) che costituiscono la disciplina c.d. *Solvency I* attualmente in vigore.

⁵⁸ L. MAYAUX, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, III, diretto da J. Bigot, LGDJ, Paris 2° ed., 2014, p. 23 ss.; G. DURRY, *Propos introductifs*, in «Rev. gén. dr. assur.», 2014, p. 294.

la vigilanza assicurativa e i controlli sulle imprese⁵⁹ (in Italia si è parlato, ripetutamente, di codice monco)⁶⁰.

Nel caso di sovrapposizioni tra due regimi protettivi, e segnatamente con riferimento all'inserimento di clausole abusive nei contratti assicurazione (tema analogo a quello che si era posto in Italia negli ambienti finanziari relativamente alla differenziazione tra cliente della banca e consumatore)⁶¹, si negava la configurabilità di uno statuto generale del consumatore assicurato⁶².

La tendenza iniziale è stata di riconoscere al diritto dei consumatori una posizione recessiva rispetto a quello assicurativo, predicandosi la minor ampiezza della nozione di consumatore rispetto a quella di assicurato⁶³, l'assicurato essendo qualunque controparte dell'impresa assicurativa, al contrario del consumatore che è solo una controparte qualificata del professionista⁶⁴. La prevalenza del Codice delle assicurazioni su quello dei consumi (in Francia prevista normativamente dall'art. L. 112-2-1 *Code des assurances*)⁶⁵ si basava dunque sul presupposto che il 'consumatore d'assicu-

⁵⁹ Cfr. ancora A. CANDIAN *op. cit.*, p. 42.

⁶⁰ A. CANDIAN, *ult. op. loc. Cit.*

⁶¹ A. DI MAJO, *I contratti bancari e finanziari dopo la legge sulle clausole vessatorie*, in *Clausole 'vessorie' e 'abusive' (Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore)*, cit., spec. 244-246, 248.

⁶² In ambienti francofoni si predicava l'inutilità della protezione consumeristica nell'ambito di un diritto – quello delle assicurazioni – sufficientemente protettivo per l'assicurato: in particolare si registrava la tendenza – restrittiva – ad escludere dalla tutela i contratti che non si ponessero in rapporto diretto con l'attività professionale eventualmente svolta (cfr. la celebre e contestata decisione della *Cour de cassation* che ha negato l'applicabilità della regolazione sulle clausole abusive ad un contratto di assicurazione sottoscritto per i bisogni dell'attività professionale dell'assicurato – nel caso di specie, un'attività di *location de bateaux*: Cass. 23 febbraio 1999, in «Rev. gén. dr. ass.», 1999, p. 325, con nota di J. KULLMANN) e quella – estensiva – a riconoscere la tutela anche alle persone giuridiche (Cass. 15 marzo 2005, in *Petit Affiches*, 2005, p. 12, con nota di D. BERT; in *RTD civ.*, 2005, p. 393, con osservazioni di J. MESTRE e B. FAGES).

⁶³ A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie, I, Lineamenti generali*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori: commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del Codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, II, Giuffrè, Milano 1997, p. 988 ss.

⁶⁴ P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., p. 174; A. LA TORRE, *Contratti di assicurazione e tutela del consumatore*, in «Ass.», 1996, I, p. 151.

⁶⁵ La formulazione dell'art. L. 112-2-1, relativo alla fornitura di prodotti assicurativi a

razione' fosse in primo luogo un assicurato e successivamente un consumatore, il quale beneficia residualmente di alcune disposizioni a lui riservate⁶⁶.

Tuttavia, questo iniziale quadro ricostruttivo ha da subito mostrato delle debolezze che ne minavano gli assunti di base.

Prima fra tutte la segnalazione dottrinale, sin dalle fasi iniziali del dibattito, che una dimensione consumeristica dell'assicurato fosse un fenomeno non solo oggettivamente verificabile ma anche normativamente recepito, come dimostrato in Italia dall'art. 123 del d.lgs. 175/1995⁶⁷ (attualmente trasfuso, con alcune modifiche, nell'art. 185 cod. ass. priv.) che, prevedendo, nell'ambito di un contratto di assicurazione vita, un obbligo di informazione dettagliato riservato solo alle persone fisiche, tradiva il peso dell'impostazione consumeristica, all'epoca ancora agli albori e confermava – unitamente all'art. 11 del d.lgs. 174/1995 – il trend verso l'erosione del principio volontaristico su cui si fondava la dottrina liberistica del contratto⁶⁸.

Conferme francesi di tale impostazione venivano individuate, in materia di competenza territoriale, nella previsione del c.d. foro dell'assicurato⁶⁹,

distanza, stabiliva che essa venisse regolata «*par les dispositions du présent livre*» il quale, nell'unico articolo dedicato alle interferenze tra le due figure stabiliva, il primato del codice assicurativo, lasciando che quello dei consumi subentrasse solo residualmente.

⁶⁶ L. MAYAUX, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, Paris 2011, p. 367. Sul piano ricostruttivo, si propendeva ad elaborare una categoria speciale di contraente debole, il profano («*celui qui ignore les aspects techniques et juridiques du contrat d'assurance, même si celui-ci a été souscrit dans le cadre d'une activité professionnelle*»: J. KULLMANN, *Clauses abusives et contrat d'assurance*, in «*Rev. gén. dr. ass.*», 1996, p. 11; tale indirizzo ricostruttivo è significativamente supportato dalla giurisprudenza – in proposito cfr. le riflessioni di Y. LAMBERT-FAIVRE, *Peut-on parler d'une dérive française de la jurisprudence en matière d'assurance?*, in «*Risques*», 1992, p. 71), al quale veniva accordato un regime protettivo in quanto parte debole *tout court*, svincolando dunque la protezione da qualunque connotazione consumeristica.

⁶⁷ Decreti legislativi n. 174 del 17 marzo 1995 e n. 175 del 18 maggio 1995 – che hanno ratificato rispettivamente la direttiva 92/96/CEE c.d. Terza direttiva sull'assicurazione vita e la direttiva 92/49/CEE c.d. Terza direttiva sull'assicurazione diversa dall'assicurazione vita.

⁶⁸ In questo senso le osservazioni formulate in proposito da V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto di 'ripensamento' nella disciplina del contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in «*Dir. econ. assic.*», 1996, p. 95, spec. 100.

⁶⁹ Art. L. 114-1 *Code des assurances*, previsione risalente al 1902 e tutt'ora in vigore: per l'impostazione seguita nel testo cfr. M. PICARD, A. BESSON, *Les assurances terrestres*, I, *Le contrat d'assurance*, 5° ed., LGDJ, Paris 1982, p. 144.

animata dai medesimi intenti protezionistici del modello di radicamento della controversia nel luogo del domicilio della parte debole⁷⁰ elaborato dalla giurisprudenza consumeristica⁷¹ e ora accolto anche normativamente (art. L. 141-5 *Code de la Consommation*)⁷².

Vanno inoltre tenute in debita considerazione le nuove prospettive d'analisi di cui il dibattito consumeristico si è andato via via arricchendo, che presentavano ripercussioni anche dirette nella materia d'interesse.

In primo luogo, la portata espansiva del diritto dei consumi. Il fenomeno, noto sin dalle prime riflessioni in materia⁷³, allude alla tendenza del diritto dei consumatori ad espandersi al di fuori dei limiti che gli sono propri (si pensi alla propaggine processualistica delle forme di tutela, evolutasi a tal punto da configurare un diritto processuale dei consumatori⁷⁴): da ultimo, la ricodificazione del diritto dei consumatori francese⁷⁵, ha modificato non solo il *Code de la consommation* ma anche altri codici di settore (finanziario, del commercio, penale e delle assicurazioni, fenomeno talora indicato con l'espressione di «*sous-spécialisation des contrats spéciaux*»⁷⁶).

⁷⁰ Sul legame fra criteri di giurisdizione e intento protezionistico (inteso nel senso di conferire alla parte debole la possibilità di difendersi al meglio, situandosi le prescrizioni in materia di radicamento delle controversie «*dans une ligne générale de protection des faibles*»: H.-D. COSNARD, *La compétence territoriale en matière contractuelle*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales, Toulouse 1981, p. 208 ss.) cfr. P. BIAVATI, *Scelta della giurisdizione e garanzie della difesa*, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri e M. Taruffo, Cedam, Padova 2000, p. 324-5 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni*, Utet, Torino 1999, p. 246 e 254-5.

⁷¹ Cfr. una stratificata giurisprudenza italiana ed europea: il Cass., 8 febbraio 2012, n. 1875, in «I contratti», 2012, con nota di M. C. PAGLIETTI; C-96/00, *Gabriel*, punto 39; C-27/02 *Engler*, punto 39; C-89/91, del 19 gennaio 1993, *Shearson Lehmann Hutton Inc.*, punto 18; C-180/06, p. 41 *Ilsinger*, cfr. anche sentenza *Pammer*, p. 57

⁷² Introdotto dall'art. 24, legge n° 2009-526, del 12 maggio 2009, di *simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*.

⁷³ J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in «RTD civ.», 1994, p. 239 ss.; H. W. MICKLITZ, *An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement*, 13 «Eur. Bus. L. Rev.», 2002, p. 583 ss.

⁷⁴ Sia consentito il rinvio a V. ZENO-ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Egea, Milano 2009, 95 ss.

⁷⁵ Legge n° 2014-344 del 17 marzo 2014 relative à la consommation (Loi Hamon).

⁷⁶ L. CADIET, *Interrogations sur le droit contemporain des contrats*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, Economica, Paris 1987, p. 7 ss.; A. BÉNABENT, *Les*

Alla circostanza che il diritto dei consumatori non si esaurisca nel codice del consumo fa da corollario l'irruzione del diritto dei consumi in un elevato numero di discipline speciali⁷⁷.

In secondo luogo e conseguentemente: l'incompletezza dei codici di settore. Costituisce un punto di pacifico accoglimento la rinuncia dei codici di settore all'ambizione all'autosufficienza e ad esaurire in sé la disciplina del settore che sono volti a regolare⁷⁸.

In terzo luogo: il superamento del concetto che il Codice del consumo costituisca un «code suiveur»⁷⁹, assurgendo a testo che racchiude il diritto generale dei consumi nel segno di un rapporto di circolarità rispetto agli altri codici di settore. La traiettoria delineata dal Codice di consumo segna dunque una transizione dalla specialità alla generalità, nel senso che la specialità tipica del Codice di settore, da caratteristica che conferisce natura eminentemente derogatoria alle norme che ad essa appartengono, si attegga, in virtù della sua confluenza in un codice, a sua volta a parte generale⁸⁰.

Benché sia di tutta evidenza che i nuovi codici abbiano perso parte del loro *allure* quale momento storico di conquista sociale, per divenire

difficultés de la recodification: les contrats spéciaux, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Litec, Paris 2004, p. 245 ss., spec. p. 248.

⁷⁷ P. Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Paris 2001, n. 164 a proposito della *multitude de consommateurs individuels*.

⁷⁸ L'idea dell'ingenuità di un codice che aspiri alla completezza allo stato attuale di complessità degli ordinamenti giuridici e dell'impossibile autosufficienza di un'opera codicistica per quanto accurata, è ormai radicata nei Paesi a diritto codificato: A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., II*, Utet, Torino 1995, p. 443.

⁷⁹ V. LEGRAND, D. BAZIN-BEUST, *Droit de la consommation/droit des contrats: le bilan 20 ans après*, in «Petites affiches», 2015, p. 4 ss.

⁸⁰ Per il diritto dei consumatori: V. ZENO-ZENCOVICH, A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cura di F. Macario e M. N. Miletti, cit., p. 581 ss.; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie général du contrat*, PUAM, Aix-en-Provence 2002, p. 24 ss.; anche se *contra* cfr. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e N. Miletti, cit., 617 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova 2002, p. 455 ss.

piuttosto uno strumento di razionalizzazione normativa⁸¹ e un supporto di unificazione di norme⁸², pur in questo quadro di ridimensionata aulicità della forma codice, non va tuttavia esclusa la possibilità che i rapporti tra essi replichino quelli tra i codici generali classici e quelli speciali, considerando dunque il Codice del consumo quale *Bill of rights* dei diritti dei consumatori e le discipline dei sub-settori regolati una specificazione della stessa, se rivolte al consumatore⁸³.

3.2 *Gli indici giurisprudenziali e normativi*

La rilevanza d'interessi consumeristici nell'ambito del contratto d'assicurazione emergeva parallelamente ad una serie omogenea di indici – giurisprudenziali, dottrinali e normativi – i quali ammettevano ipotesi in cui un contraente (quello debole) assommava in sé tanto la qualifica giuridica di assicurato che di consumatore⁸⁴.

Tali indici, unitariamente considerati, smentivano l'assunto della difformità di *ratio* tra i due corpi disciplinari, in ragione della sempre maggiore attenzione del diritto delle assicurazioni alla debolezza contrattuale dell'assicurato.

⁸¹ B. G. MATTARELLA, *La codification du droit: réflexions sur l'expérience française contemporaine*, in «RFDA», 1994, p. 668.

⁸² A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Utet, Torino 1995, p. 442 ss.

⁸³ «La disciplina organica del codice del consumo» costituisce «il paradigma per qualsiasi forma di consumo, anche disciplinata in sub-settori specifici (ad esempio, bancario, assicurativo, finanziario, ecc.): Parere del Consiglio di Stato, emesso nell'Adunanza del 20-12-2004, n. 11602; per uno sviluppo dottrinale di quanto sostenuto nel testo cfr. il già citato contributo di V. ZENO-ZENCOVICH, A.M. MANCALEONI, *Una parte generale per i contratti con i consumatori?*, p. 581 ss.

Per inciso, l'impostazione siffatta implica un ulteriore, significativo corollario sistematico giacché, in ragione dell'assurgere dei codici di settore al rango di legge generale del diritto che sono tesi a regolare, è consentita l'applicazione analogica delle norme in essi contenute, nonostante la specialità insita in ognuno di essi: M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, I, Il Mulino, Bologna 2012, p. 51 ss.; il concetto veniva espresso già da E. HONDIUS, *Protection of the Weak Party in Dutch Contract Law*, in *Welfarism in Contract Law*, a cura di R. Brownsword, G. Howells e T. Wilhelmsson, Dartmouth, Aldershot 1994, p. 273 ss.

⁸⁴ L. MAYAUX, *À la recherche du consommateur d'assurance*, cit., 2014, p. 297.

Così, le Sezioni unite della Cassazione, in una significativa decisione in materia di *private enforcement*, nell'estendere la legittimazione ad agire a far valere la nullità dell'accordo collusivo e a domandare il risarcimento del danno anche ai consumatori (che nella fattispecie erano assicurati), ex art. 2043 c.c.⁸⁵, assimilavano l'assicurato al consumatore utilizzando i due concetti ambulatorialmente, mentre, ancor prima, la *Cour de cassation* censurava una decisione di merito per non avere applicato al contratto di assicurazione i canoni ermeneutici consumeristici dell'art. L. 133-2 *Cod. consommation*⁸⁶.

In Francia, l'apertura di spazi di rilevanza del diritto dei consumatori in quello assicurativo riceve poi dignità normativa, dapprima limitatamente alla fornitura di servizi finanziari a distanza⁸⁷ e recentemente – ed in linea generalizzata – con l'introduzione, nel *Code des assurances*, di rimedi destinati a proteggere il consumatore che agisca in qualità di assicurato.

Al di fuori di isolate eccezioni⁸⁸, il *Code des assurances*, infatti, non conteneva richiami al consumatore: anche nelle ipotesi di somministrazione di

⁸⁵ Cass. SS.UU. 4 febbraio 2005, n. 2207, in «Foro it.», 2005, I, c. 1014 (confermata dalla Cass., 12 febbraio 2008, n. 697) con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*: l'opzione ricostruttiva accolta dalla sentenza ha consentito di legittimare chiunque (vi abbia interesse) a domandare la nullità e il risarcimento del danno conseguente alle condizioni deteriori che il consumatore non avrebbe subito in assenza di un accordo cospiratorio. Per questi aspetti del *private enforcement* cfr. W.P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in 29 «World Competition», 2006, p. 183 ss.; D. WOOD, *Private Enforcement of Antitrust Rules - Modernization of the EUR Rules and the Road Ahead*, in «Loyola Cons. L. Rev.», 2004, p. 413 ss.; A.P. KOMINOS, *New prospects for private enforcement of ec competition law: Courage v. Crehan and the Community right to damages*, in «Comm. Mark. L. Rev.», 2002, p. 466 ss.; J. S. VENIT, *Brave New World: the Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty*, in «Comm. Mark. L. Rev.», 2003, p. 545 ss.

⁸⁶ Cass. 21 gennaio 2003, in «Rev. Gén. Droit Ass.», 2003, p. 442, con nota di J. KULLMANN.

⁸⁷ Con l'introduzione (tramite l'ordinanza n° 2005-648 del 6 giugno 2005 relativa à *la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs*) dell'art. L. 112-2-1 *Cod. consommation* che, invertendo significativamente i termini di precedenza tradizionalmente assunti, stabiliva la prevalenza della disciplina contenuta nel *Code de la consommation* su quella *des assurances*.

⁸⁸ Quattro articoli (L. 322-15, R. 250-1 et R. 431-5 *Code des assurances*), di cui il più importante era il L.112-2-1 relativo ai contratti di assicurazione conclusi a distanza, che richiama la disciplina del *Code de la consommation*,

un rimedio tipicamente consumeristico, quale il recesso di pentimento, esso non rispondeva a esigenze protettive della parte debole, essendo infatti accordato all'assicurato *tout court*⁸⁹, ad entrambi i contraenti⁹⁰, e all'assicuratore⁹¹.

La peculiarità delle norme ora introdotte è di essere riservate esclusivamente ai consumatori, riconoscendo il diritto di recesso dal contratto di assicurazione in ragione dell'asimmetria e dello squilibrio contrattuale (nelle ipotesi di una pluralità di contratti di assicurazione accessori a quello principale volti ad assicurare un medesimo rischio⁹² e di contratti tacitamente rinnovabili⁹³).

⁸⁹ Art. L.113-4 e L-113-15-1, nonchè art. L. 324-1, comma 7.

⁹⁰ Artt. L.113-12 e L-113-16.

⁹¹ Artt. L. 113.9, 113-3, R. 113-10, L. 113-4. In argomento cfr.: A. PÉLISSIER, *Consommation et assurances*, in *40 ans de Droit de la consommation*, diretto da D. Mainguy e M. Depincé, Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Montpellier 2013, p. 117; in senso critico J. BIGOT, *Traité de droit des assurances*, Tome III, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris 2002, p. 356.

⁹² È dunque riservata esclusivamente a chi agisca in qualità di consumatore la tutela specifica relativa ai contratti di assicurazione collegati ad un bene o alla fornitura di un servizio (*assurances affinitaires*), in cui l'assicurato subisce talora un cumulo di più contratti, a fronte dei quali sostenere un costo, volti ad assicurare un medesimo rischio (*multi-assurances*).

Poiché, secondo le regole del diritto comune, l'assicurato non poteva svincolarsi dal contratto 'doppione', non essendo il cumulo considerato causa di recesso dal contratto, il nuovo art. L.112-10 *Code des assurances* ha introdotto la facoltà di recedere dal contratto collegato, a condizione che la copertura dei rischi sia garantita da un altro contratto..

⁹³ Art. L.113-15-2 *Code des assurances* introduce dunque un'altra misura d'indole marcatamente consumerista, prevedendo che la facoltà di recesso da un contratto d'assicurazione (tradizionalmente esercitabile solo annualmente, al momento della decisione sul rinnovo del contratto e dunque imponendo al sottoscrittore termini restrittivi non permettendogli di svincolarsi rapidamente dal suo contratto: cfr. già art. L. 113-12 *Code des assurances*), possa ora avvenire in qualunque momento, senza penalità, decorso un anno dalla sottoscrizione. In questo caso, dunque, la dottrina francese parla di *résiliation infra-annuelle* per differenziarla dalla *faculté périodique* di recesso dell'art. L. 113-12, la quale è invece annuale e permette di sciogliere i contratti allo scadere dell'anno dalla loro conclusione; con la nuova previsione, invece –la cui giustificazione dogmatica viene individuata nella necessità di stimolare la concorrenza nel settore assicurativo–, trascorso un anno dalla conclusione del contratto, il consumatore assicurato può recedere dal contratto in qualsiasi momento.

A prescindere dalla coerenza tra le misure protettive adottate, va semplicemente registrato l'ingresso di un tassello da aggiungere al panorama legislativo, sottolineando che la legge

Benché, dunque, come ricordato, l'obiettivo iniziale del diritto delle assicurazioni fosse la protezione dell'assicurato non tanto dallo squilibrio e dall'asimmetria di poteri rispetto alla controparte, quanto dal rischio d'insolvenza dell'assicuratore, la traiettoria evolutiva in materia registra la convergenza tra le linee di *policy* del diritto delle assicurazioni con quelle dei consumi, per l'emersione del criterio della debolezza contrattuale come tratto comune ad entrambe le tipologie contrattuali.

La sempre più intensa interferenza dell'un *corpus* normativo con l'altro si è dunque tradotta nell'interrogativo se il diritto delle assicurazioni sia un diritto consumerista⁹⁴, quesito da ultimo tornato d'attualità a séguito della recente *loi Hamon* (per i motivi appena illustrati), dell'*Insurance Consumer Act* del 2012 e del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74 (c.d. *Solvency*⁹⁵ II).

Quest'ultimo provvedimento, nell'individuare quale scopo principale della vigilanza «l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative»⁹⁶ segna il capovolgimento di uno dei paradigmi fondamentali che ha caratterizzato la regolazione del comparto assicurativo, elevando la tutela del consumatore a finalità primaria della vigilanza assicurativa.

Rispetto alla tradizionale impostazione illustrata a più riprese (che s'incentrava su di una visione statica della vigilanza assicurativa, relativa

del 17 marzo 2014 indirettamente sopprime la sanzione dell'obbligo di informare l'assicurato sul tempo a sua disposizione per evitare il rinnovo automatico del contratto di sanzione, dal momento che all'assicurato viene data la possibilità di recedere dal contratto in qualsiasi momento (art. L. 113-15-1, par. 2, *Code des assurances*).

⁹⁴ Interrogativo che costituisce il titolo del saggio di L. MAYAUX, *Le droit des assurances est-il consumériste?* in *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, Paris 2011, p. 346 ss.

⁹⁵ L'articolo è la trasposizione della formulazione, più generica, della Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione, ed in particolare del 16° considerando e dell'art. 27 che individuano l'obiettivo principale della regolamentazione e della vigilanza in materia assicurativa nell'adeguata tutela dei contraenti e dei beneficiari (e, solo come obiettivo subordinato, la stabilità finanziaria: art. 28).

⁹⁶ Art. 3, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74: all'IVASS vengono assegnati altri tre compiti funzionali al perseguimento dello scopo, quali la verifica della sana e prudente gestione delle imprese vigilate, della loro trasparenza e correttezza nei confronti della clientela nonché, in posizione espressamente subordinata ai precedenti, la stabilità del sistema e dei mercati finanziari.

esclusivamente ai profili di solvibilità delle vigilate), già la formulazione del Codice delle assicurazioni private (art. 3)⁹⁷ racchiudeva l'accoglimento di profondi mutamenti di prospettiva, proponendo una visione integrata e unitaria delle finalità di stabilità e finalità di competitività in chiave di tutela dell'utente, e segnando l'accoglimento di un approccio dinamico (attributivo di rilevanza anche a elementi strutturali e patrimoniali) alla vigilanza del mercato assicurativo⁹⁸.

Il consumatore passava dunque dall'essere beneficiario indiretto di una vigilanza rivolta esclusivamente alla verifica della sana e prudente gestione, a divenire destinatario diretto dell'attività di controllo volta alla realizzazione della trasparenza e correttezza⁹⁹.

L'attuale innovazione dell'art. 3 del c.d. decreto *Solvency II*, invece, rappresenta un ulteriore passo avanti nel compimento di un percorso di centralizzazione della figura di consumatore nell'ambito dei mercati finanziari, sul presupposto che il profilo endocontrattuale, tramite il viatico della trasparenza e della *fairness*, abbia assunto una posizione di centralità, elevando la tutela del consumatore da elemento estraneo alla regolazione assicurativa a finalità con rilevanza costitutiva.

Considerato che la medesima traiettoria è rinvenibile nei mercati bancario e finanziario (tanto sul piano sostanziale che su quello della incisività dei poteri di vigilanza)¹⁰⁰, non può più considerarsi attuale una ricostruzione in chiave di separata differenziazione tra le figure operanti nei rispettivi mercati di riferimento, dedicandosi al contrario le punte più avanzate della dottrina europea alla possibile individuazione dei tratti comuni ravvisabili in capo ai consumatori di servizi finanziari¹⁰¹.

⁹⁷ Art. 3 cod. ass. priv. cui facevano da *pendant* normativo l'art. 5, d. legis. 24.2.1998, n. 58 (Testo unico finanza), e gli artt. 5 e 127 del Testo unico bancario.

⁹⁸ G. CARRIERO, *Commento sub art. 3*, in *Commentario al Codice delle assicurazioni private*, cit., p. 24.

⁹⁹ G. CARRIERO, *Commento sub art. 3*, in *Commentario al Codice delle assicurazioni private*, cit., p. 24

¹⁰⁰ Ad esempio sui rapporti tra legge sul risparmio e codice delle assicurazioni, cfr. G. CARRIERO, *Il controllo sull'attività assicurativa: istituzioni, obiettivi e strumenti*, in *Le Società*, 2009, p. 813 ss.

¹⁰¹ Art. 2, lett. d, Dir. 2002/65; ma cfr. già Dir. 97/7; Com. (2009) 226; in dottrina cfr. già V. ZENO-ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2002, II, p. 517 ss.

Quanto al *Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act* 2012 (CIDRA), esso introduce per la prima volta la biforcazione di disciplina tra contratti dei consumatori e quelli di non consumatori: la disciplina diviene molto prossima nella *ratio* e nelle modalità operative a quella dei paesi a diritto codificato (Francia e Italia soprattutto).

Lungi dal poter discorrere di una *Euroinsurance policy*¹⁰², va tuttavia preso atto che il comparto assicurativo registra omogeneamente una consolidazione delle istanze consumeristiche al suo interno, le quali costituiscono l'elemento comune a tutti i settori finanziari in senso lato che potrebbe, *pro futuro*, rappresentare, nell'ambito del processo d'integrazione dei mercati di riferimento, la base di edificazione di una figura unitaria di consumatore europeo di prodotti finanziari¹⁰³.

4. *Il consumatore assicurato*

Anche sul piano dottrinale, la questione della sovrapponibilità tra assicurato e consumatore ha ricevuto una soluzione positiva¹⁰⁴, sulla base della

¹⁰² A. MCGEE, *The Single Market in Insurance: Breaking Down the Barriers*, Ashgate, Aldershot 1998, p. 82 ss.; M. CLARKE, H. HEISS, *Towards a European Insurance Contract Law? Recent Developments in Brussels*, in «Jour. Bus. L.», 2006, p. 600 ss.; anche se in questo senso cfr. l'iniziativa del gruppo PEICL: *the Principles of European Insurance Contract Law* (su cui D. CERINI, *Diritto del contratto di assicurazione e diritto europeo: i Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, in «Dir. ec. ass.», 2008, p. 787 ss; gli studi di IOSCO, *Regulation of retail structured products, Final Report*, Dicembre 2013; ESMA, *Opinion – Structured retail products – Good practices for product governance arrangements*, 27 Marzo 2014, p. 2; e, sul piano normativo, Regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati.

¹⁰³ L. VILLABLANCA, *Nouvelles formes de régulation et marchés financiers. Étude de droit comparé*, LGJD, Paris 2013; G. SCHAEKEN WILLEMAERS, *Client Protection on European Financial Markets - from Inform Your Client to Know Your Product and Beyond: an Assessment of the PRIIPs Regulation, MiFID II/MiFIR and IMD*, in «RTD Financier», 2014, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=2494842>.

¹⁰⁴ P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., spec. 1760; A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie, I, Lineamenti generali*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori: commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del Codice civile*, a cura di G. Alpa e S. Patti, II, Giuffrè, Milano 1997, p. 988 ss.

parziale coincidenza di fondamento delle due discipline (tutela del contraente debole), cui seguiva la comunanza delle tecniche di tutela, quali ad esempio le norme sulla trasparenza¹⁰⁵ e quelle in materia di pratiche commerciali sleali.

Se, dunque, l'assicurato presenta le caratteristiche normative del consumatore, può beneficiare di entrambe le previsioni protezionistiche¹⁰⁶, in particolare della protezione dalle clausole abusive¹⁰⁷.

Tuttavia il tema dei rapporti tra le due discipline non è stato risolto tramite l'applicazione del principio di specialità *tout court*.

Al contrario, una linea interpretativa lungamente invalsa, sul presupposto che i codici di settore costituiscano raccolte di leggi pariordinate e che il criterio di specialità non possa venire in soccorso, elevava a criterio risolutivo quello dell'interpretazione più favorevole al consumatore.

Il problema del raccordo veniva cioè essenzialmente governato dal richiamo all'art. 35 cod. cons. (unitamente all'art. 1469 *bis* cod. civ.), norma speciale che privilegia unidirezionalmente le interpretazioni in senso preferenziale per il consumatore. In particolare, la regola incorporata nell'art. 35, comma 2, cod. cons. svincola il risultato interpretativo dalla ricerca della comune intenzione (alla stregua del canone classico dell'art. 1370 cod. civ.) e lo ricollega invece all'effetto in funzione di una tutela privilegiata del soggetto riconosciuto più debole nel rapporto¹⁰⁸.

Pacifica la legittimità del cumulo di qualifiche soggettive (delle ipotesi, cioè, in cui un soggetto assommi in sé più qualifiche soggettive: ad esem-

¹⁰⁵ Lo stesso modello di ragionamento e i medesimi problemi di sovrapposizione di disciplina si erano posti all'attenzione della dottrina con riguardo ai contratti bancari: sulle regole sulla trasparenza bancaria quale categorie di norme ascrivibili a quelle dedicate alla tutela del contraente debole: P. RESCIGNO, *'Trasparenza' bancaria e diritto 'comune' dei contratti*, in «Banca borsa tit. cred.», 1990, I, p. 301 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino 2011, spec. 52, che s'inserisce nell'ambito del tentativo di elaborazione di una categoria ampia ed unitaria di cliente intesa come controparte del professionista.

¹⁰⁶ P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., p. 1760.

¹⁰⁷ Cfr. CGCE, C-484/08, 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros*; in dottrina già G. LENER, *Le clausole abusive nei contratti del mercato finanziario*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, in *Tratt. dei contr.*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, II, 1, Utet, Torino 2004, p. 133 ss.

¹⁰⁸ N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2006, I, p. 721.

pio, risparmiatore-consumatore; assicurato-consumatore ecc.) ben potendo esse coesistere all'interno dello stesso rapporto contrattuale diverse discipline (v. artt. 127, comma 1, e 135, comma 1, cod. cons.), si ritiene, laddove le disposizioni concorrano in via alternativa o siano confliggenti, che debba prevalere la disposizione per la quale il beneficiario espliciti la preferenza, ovvero che sia il giudice a decidere quale disposizione sia più favorevole per il soggetto debole¹⁰⁹.

Il criterio, improntato alla preminenza dell'interesse del consumatore, espresso o presunto, rimette tuttavia ampio spazio nella selezione della disciplina applicabile alla discrezionalità di una parte (il consumatore) o del giudice, sacrificando alle ragioni dell'interesse del consumatore quelle della certezza del diritto¹¹⁰. Nell'un caso, infatti, la decisione è affidata al giudizio insindacabile del consumatore (salvo poi la prova della consapevolezza con cui la scelta è stata effettuata), nell'altro ad una valutazione del giudice al quale viene riconosciuto il potere di riempire di significato la pluralità di contenuti che può assumere la debolezza della controparte del professionista.

Nella stessa linea interpretativa si collocano le soluzioni che, seguendo altra via, risolvono le sovrapposizioni ricorrendo al criterio tipologico, nel senso della cumulabilità elettiva degli strumenti offerti dal diritto comune e dal codice di settore¹¹¹, di talché il soggetto debole possa, di volta in volta, decidere se mantenere la propria veste di consumatore o agire ai sensi della disciplina generale¹¹².

¹⁰⁹ P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., p. 1176.

¹¹⁰ In questa ricostruzione, relativa espressamente al contesto assicurativo, il tema dell'effettività della tutela viene affrontato valutando se accordare la tutela più robusta sulla scorta della valutazione della situazione reale di debolezza in cui versa il soggetto reputato debole, graduando fino anche ad escludere la protezione in base alle caratteristiche soggettive dei contraenti. Questo meccanismo, ribadito e recepito normativamente anche dalla Direttiva Mifid, trova un addentellato normativo nel settore assicurativo, la valutazione della reale situazione di debolezza del soggetto beneficiario della normativa di tutela è stata presa in considerazione dall'art. 183, comma 3, cod. ass. priv., Siffatta facoltà dell'ISVAP di differenziare le regole di comportamento trova, inoltre, un significativo riscontro nell'art. 191, comma 2, cod. ass. priv.

¹¹¹ T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in «Riv. dir. civ.», 2007, II, p. 123, spec. 138 ss.

¹¹² P. SIRENA, *Art. 135*, in AA.VV., *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d. lgs.*

L'adozione di un criterio ricostruttivo unilateralmente incentrato sul valore della tutela consumeristica (che ha dato origine, sul piano europeo e giudiziale, alla c.d. *positive action doctrine*¹¹³) incontra ora il duplice limite delle linee ricostruttive favorevoli all'uniformità (nei termini che si sono sopra illustrati) e della valutazione in termini negativi di alcune derive interpretative eccessivamente filo-consumeristiche (si pensi ad alcune decisioni, incidenti tanto sul piano processuale che sostanziale, che hanno statuito per il giudice l'obbligo d'indagine suppletiva ufficiosa oltre il principio dispositivo sostanziale – cioè *ultra alligata* –, nel caso la difesa tecnica del consumatore sia lacunosa¹¹⁴; o sono giunte a considerare irrilevante la forza maggiore quale causa di esclusione della responsabilità per l'inadempimento del debitore, facendo cadere uno dei limiti più significativi del diritto contrattuale, ossia il limite esterno della colpa contrattuale¹¹⁵), che indurrebbero a rendere il criterio dell'applicazione estensiva dell'interpretazione più favorevole al consumatore opportunamente oggetto di revisione critica o, al più, di contenimento.

Se, dunque, il valore comune al cui perseguimento la normativa europea ed interna è attualmente funzionale è da individuarsi nell'effettività e nell'armonizzazione massima della tutela, ne discenderà che le operazioni ermeneutiche che esitino in una costante eterogeneità di soluzioni risulteranno prive di congruenza e fondatezza normative¹¹⁶.

6 settembre 2005, n. 206). Commentario a cura di C. M. Bianca, in *Nuove l. civ. comm.*, 2006, p. 573 ss.

¹¹³ Linea interpretativa della Corte di giustizia che giunge a rimodellare e potenziare i poteri del giudice in funzione garantistica dei diritti dei consumatori, sulla scorta degli artt. 5 e 6 Dir. 93/1, enunciata in CGCE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240-244/98, Océano, in *Racc.*, 2000, I, p. 4941 ss., in particolare al punto 27 («la diseguglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale»).

¹¹⁴ Sentenza 9 novembre 2010, C-317/08 *Lizing Zrt*, in *Dalloz*, 2011, p. 974, con osservazioni di E. POILLOT; in «Rev. Dr. Civ.», 2011, p. 504 ss., con nota di C. AUBERT DE VINCELLES; in Italia si vedano le riflessioni di commento di S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in «Riv. dir. civ.», 2012, p. 291 ss., spec. 296.

¹¹⁵ CGUE, C-12/11, 31 gennaio 2013, *McDonagh*.

¹¹⁶ Gli studiosi del *legal reasoning* (in particolare MacCormik, poi ripreso su questi temi dalla dottrina europea), adottano il parametro della *coherence* proprio in relazione alle

Allo stesso tempo, ed in modo apparente contraddittorio rispetto alle istanze di armonizzazione massima, l'emersione della politica delle differenze¹¹⁷ ha dischiuso nuove prospettive di analisi, in particolare quelle tese a giustificare e valorizzare soluzioni 'contestualizzate', incentrate sulle caratteristiche dei soggetti in concreto operanti (*merits-based strategy*)¹¹⁸.

Il tema allora diviene di verificare la compatibilità e che tipo di rapporto s'instauri tra la tendenza al superamento della frammentazione delle regole e il *dilemma of difference*; emergendo inoltre il dubbio che, posto che la *coherence* predica l'armonia assiologica, la specialità, dettando regole differenti per medesime fattispecie, sia valevole anche nelle ipotesi di non totale sovrapposibilità delle discipline.

Assumendo questo angolo di visuale, la soluzione del raccordo tra disposizioni speciali diviene allora non univoca.

Il principio di specialità può essere utilizzato in senso ordinatorio e dogmatico per regolare i rapporti tra norme che condividano l'identità di *ratio* e del destinatario (quali la disciplina relativa a telecomunicazioni, energia, risparmiatori¹¹⁹), mentre non è l'unico parametro tra discipline

interpretazioni di norme che, pur coerenti (cioè prive di autocontraddizioni), non siano 'tenute insieme' dalla soddisfazione di un principio più generale: ID., spec. 244.

¹¹⁷ Sulla *culture of difference* e la politica della differenza cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, (eds.) Jürgen Habermas e Charles Taylor, trad. it. La Feltrinelli, Milano 2002, p. 24 ss.

¹¹⁸ C. P. WELLS, *Situated Decisionmaking*, in 63 «South. Calif. L. Rev.», 1990, p. 1728, spec. p. 1745 ss.; sulle teorie dell'interpretazione che promuovono un'applicazione della legge antiformalistica e orientata ad adeguare il dettato normativo ai mutamenti sociali e culturali, si veda, per una sintesi complessiva -soprattutto nell'ottica del movimento dei *Critical Legal Studies*-: D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harv. U.P., Cambridge-Mass. 1997.

¹¹⁹ L'assimilazione tra consumatore e risparmiatore incontra tutt'ora alcuni ostacoli di natura nominalistica, funzionale e di *ratio* regolatoria (su quest'ultimo punto cfr. A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in «Banca borsa tit. cred.», 2012, p. 26 ss. – e in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Atti del convegno tenuti in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Giappichelli, Torino 2011) i quali vengono tuttavia superati dalla dottrina enfatizzando il profilo strutturale dei contratti di risparmio (L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in «Eur. dir. priv.», 2010, p. 685, spec. 703), la cui caratteristica prevalente e comune è la sperequazione di poteri e informazioni (G. CARRIERO, *Au-*

che abbiano finalità e destinatari differenti, configurando un rapporto sì diseguale ma non a causa di squilibrio di poteri e asimmetria informativa.

In questo senso, dovrebbe promuoversi un principio ermeneutico non unitario ma che proceda per gradi volto in prima battuta a risolvere il rapporto con il codice civile, successivamente con il codice del consumo, e, in ultimo, tra codici di settore tra loro pariordinati. Sul primo punto, l'attuale tendenza ricostruttiva è quella di riconoscere l'insufficienza del criterio di specialità per regolare i rapporti tra codice generale e codici di settore (in particolare, quello di consumo) perché i microsistemi legislativi da essi regolati rispondono a logiche ed esigenze altre rispetto a quelle del codice civile.

Posto, cioè, che la specialità indica un rapporto di continenza strutturale tra due norme¹²⁰, ed è dunque un attributo di relazione¹²¹, il rapporto tra codice generale e codici di settore non può essere risolto tramite il criterio di specialità, non trattandosi di norme congeneri né sul piano politico né su quello formale¹²².

La normativa di settore, infatti, da un lato assume come proprio epicentro il soddisfacimento di esigenze istituzionali-materiali (soluzioni differenziate per una realtà complessa e mutevole elaborate in base alle caratteristiche soggettive delle parti e del mercato di riferimento, ricorrendo agli strumenti dell'eteronomia volta alla regolazione del mercato)¹²³ tutt'affatto differenti rispetto a quelle della codificazione generale (soluzioni monolitiche nel segno della generalità e dell'astrazione e dell'unicità del soggetto di diritto che viene dotato di ampia autonomia negoziale, dall'altro, sul piano

tonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo, 2° ed., Giappichelli, Torino 2007; GUYON, *Actionnaires et consommateurs*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Aouly*, cit., p. 481, spec. 493; D.R. MARTIN, *L'épargne*, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation*, a cura di D: Fenouillet e F. Labarthe, LGDJ, Paris 2002, p. 29, spec. 31 ss.).

¹²⁰ Consiglio di Stato, Adunanza della Sezione Prima, 3 dicembre 2008, n.3999/2008 – Pratiche commerciali sleali e servizi finanziari: competenza della Consob.

¹²¹ In quanto una norma «non è speciale in sé e per sé ma assume tale qualifica solo qualora venga rapportata ad altre norme che, rispetto ad essa si pongono come generali»: C. COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in «Diritto e Società», 1998, I, p. 1 ss., spec. 3.

¹²² A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in «Riv. dir. civ.», 2016, p. 136.

¹²³ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore'*, cit., 136.

delle fonti, trova origine in norme comunitarie (o interne di recepimento della normativa di fonte comunitarie) non sovrapponibili con quelle nazionali (artt. 19, comma 3, e 46, comma 2, cod. cons.). L'eccezione -ossia l'estensione della regola generale alla fattispecie speciale – è possibile ma deve essere espressamente prevista (art. 27 cod. cons.).

Un punto di pacifico accoglimento è dunque che i codici di settore godano ormai di autonomia rispetto al Codice civile generale (principio racchiuso nell'espressione «*un Code, un droit*»¹²⁴).

Corollario di questa impostazione è l'assegnazione al codice civile di un ruolo residuale e di sussidiarietà (ad. esempio, v. espressamente l'art. 165 c.a.p.), che può essere utilmente recuperato nel caso di lacune normative (non potendosi configurare antinomie tra norme non aventi il medesimo ambito di validità)¹²⁵.

Il criterio della competenza ritorna invece in esponente nei rapporti tra codici di settori (e testi unici); a questo fine vengono in rilievo, sempre nello scenario della necessaria prospettiva dell'armonizzazione massima, due operazioni ermeneutiche preliminari volte alla corretta individuazione degli elementi di riferimento della specialità: la specialità relativa ai soggetti (attivo e passivo) e quella relativa all'oggetto dell'intervento (strumentazione a disposizione, bene e interesse protetto)¹²⁶.

5. *Sussidiarietà e specialità: limiti intrinseci, estrinseci e rapporti a geometria variabile tra codici di settore*

I criteri della competenza per soggetti e per mercati sono dunque utili ad identificare l'ordine di precedenza nel caso di sovrapposizione tra norme speciali.

¹²⁴ J. CALAIS-AULOY, *Un code, un droit*, in *Après de la Code de la consommation, grands problèmes choisis*, a cura di Jean Calais-Auloy e Hervé Causse, Litec, Paris 1995, p. 11. Cfr. inoltre le riflessioni svolte da A. CANDIAN, *Il Codice delle assicurazioni. Inquadramento sistematico*, in *La tutela del consumatore assicurato tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di G. Cavazzoni et alii, Esi, Napoli 2012, p. 42.

¹²⁵ Così L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 685; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, Torino 2014, p. 8 ss.

¹²⁶ Decisione Cons. Stato, VI, n. 5640 del 2002.

Ai fini dell'instaurazione di un rapporto nei termini di norma generale/speciale (e conseguente applicabilità del criterio della competenza), dunque, l'identità del beneficiario delle norme è decisiva.

Il tema diviene ancora più pregnante se si considera il fenomeno della frammentazione della figura di consumatore in sotto-categorie, suddivise in base alle caratteristiche soggettive (verticalmente, in virtù del grado di avvedutezza: *vulnerable*¹²⁷, *average*¹²⁸, *smart*¹²⁹, *responsible*¹³⁰ consumer) o in base al bene cui i relativi contratti accedono (orizzontalmente: immobili ad uso abitativo; *services markets* -in primo luogo quelli liberalizzati: energia e gas; mercati finanziari; telecomunicazioni¹³¹; prodotti dell'ingegno¹³²).

Assumendo questa linea di analisi, dunque, sul piano della specialità relativa ai soggetti, si può ritenere che la definizione di consumatore contenuta

¹²⁷ Apparso per la prima volta nella dir. 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale: art. 1, comma 1); dir. 2003/55/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2003 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE, la c.d. '*second generation of the liberalization of the energy markets*' (art. 3, comma 3); dir. 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; dir. 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; dir. 2009/72/CE (art. 3, comma 7), del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE.

¹²⁸ B. SCHULLER, *The Definition of Consumers in EU Consumer Law*, in *European Consumer Protection: Theory and Practice*, (eds.) J. Devenney e M. Kenny, Cambridge U.P., Cambridge 2012, p. 123 ss.

¹²⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 aprile 2011, Reti intelligenti: dall'innovazione all'introduzione, COM(2011) 202 definitivo, punto 2.

¹³⁰ *Super-consumer, well-informed*: il cui corrispettivo nella scienza economica è il *circum-spect consumer*: J. MICKLITZ, *An Expanded and Systematized Community Consumer Law as Alternative or Complement*, cit., p. 21.

¹³¹ *The Consumer Markets Scoreboard, 2nd edition*, spec. p. 19.

¹³² R. TUSHNET, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, in 114 «Yale Law Journ.», 2004, p. 535 ss.; C. CARON, *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Mélanges Calais Auloy*, Dalloz, Paris 2003, p. 245 ss.

nella direttiva 2011/83 (art. 2, par. 1), nel Codice del consumo (art. 3, comma 1, lett. a) e nel *Code de la consommation* (nell'*article préliminaire* al *Code*) detti la fattispecie minima, e quelle delle legislazioni di settore, ampliandone o specificandone i confini, prevalgono nel proprio campo di applicazione (si pensi che attualmente in Francia il consumatore, per espressa previsione, può anche assumere la veste di venditore¹³³ e di cliente dell'avvocato¹³⁴): l'espedito ermeneutico che consente di evitare lo scontro di definizioni¹³⁵ è proprio quello di ricostruirle in un rapporto di *genus a species*.

Il medesimo modello di relazione è applicabile, quanto al profilo oggettivo della specialità per effetti¹³⁶, tra tipi di mercato: il codice del consumo disciplina, dunque, il mercato in generale, mentre il Codice delle assicurazioni, il T.U.B e il T.U.F., il Codice delle comunicazioni elettroniche regolano sub-mercati speciali, che necessitano di una disciplina ulteriormente specializzata: l'operazione ermeneutica è agevole, dal generale al particolare.

Quando invece le norme speciali non presentano la medesima identità di soggetti disciplinati, l'interprete è chiamato ad un'operazione più articolata, nella quale i rapporti tra codici di settore divengono improntati ad una maggiore elasticità, e apre ad un lavoro interpretativo complesso, volto al fine d'identificare il confine entro il quale ricondurre una fattispecie nel Codice del consumo, nel Codice delle assicurazioni private o nel Testo unico della finanza.

Quando uno dei due criteri è assente, si tratta di valutare quanto quello presente sia decisivo per orientare le scelte interpretative.

Ad esempio, ci sono ipotesi nelle quali il mercato è caratterizzato da un grado di specialità così elevato da giustificare *ex se* l'applicazione della legge speciale.

Paradigmatici, in questo senso, il settore finanziario e quello delle telecomunicazioni, le cui ragioni della specialità delineano un «contesto di sistema»¹³⁷, distinto e specifico rispetto a quello del mercato generale: nelle

¹³³ Artt. da L. 121-99 a L. 121-103 Code de la consommation.

¹³⁴ Cfr. ora Cour cassation, 26 marzo 2015, n° 14-11599.

¹³⁵ A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel Codice civile*, Giuffrè, Milano 1977.

¹³⁶ Decisione Cons. Stato, VI, n. 5640 del 2002.

¹³⁷ In questi termini, con specifico riferimento ai mercati finanziari Cons. Stato, sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999.

ipotesi di sovrapposizione tra norme confliggenti del Codice del consumo, con quelle del Testo unico della finanza o del Codice delle telecomunicazioni prevarranno quelle sub-settoriali, in ragione della maggiore specialità della disciplina determinata, nel caso dei mercati finanziari, dalle sue caratteristiche, dalle sue pratiche, dalle sue ragioni e dalle sue stesse norme¹³⁸ e, nel caso delle comunicazioni elettroniche, da una peculiare elasticità del mercato di riferimento, caratterizzato dall'aggiornamento tecnologico e dal flusso continuo di proposte contrattuali, che necessitano di favorire dinamismo contrattuale¹³⁹.

I medesimi criteri ermeneutici possono essere utilizzati per risolvere le ipotesi di *overlapping* tra norme relative alle pratiche commerciali sleali e alla trasparenza nel contratto di assicurazione nel diritto italiano.

Le normative che convergono in materia di pubblicità sono infatti molteplici, spaziando dal corpo di regole contenuto nel Codice del consumo (artt. 20 e ss.), a quelle del Codice delle assicurazioni private (artt. 182 e 183 relativi alla pubblicità dei prodotti assicurativi e alla correttezza e trasparenza della condotta degli operatori¹⁴⁰), al Regolamento Isvap 5/2006 (artt. 46 e ss., sugli obblighi di correttezza, trasparenza, adeguatezza ed informazione), a quelle del Testo unico della finanza¹⁴¹: artt. 21 e 23, che si riferiscono alla correttezza e diligenza del comportamento dell'impresa assicurativa, agli obblighi informativi e di chiarezza pubblicitaria), nonché quelle contenute nel Regolamento Consob n. 16190/2007 (c.d. 'Regolamento intermediari': art. 87).

Utilizzando i criteri ordinatori sopra indicati, l'interprete dovrà, in primo luogo, optare per un procedimento ermeneutico non monolitico che proceda per gradi, affrontando dapprima il tema del raccordo col Codice del consumo, che si risolve nella prevalenza delle disposizioni assicurative.

¹³⁸ In questi termini, con specifico riferimento ai mercati finanziari Cons. Stato, sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999.

¹³⁹ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, cit., p. 136; cfr. anche Parere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in materia di pratiche commerciali sleali, Del. AGCom, 94/15/CONS.

¹⁴⁰ Va segnalato, sul piano della vigilanza, che l'art. 183 c.a.p. non prevede il controllo da parte dell'Ivass circa la correttezza pubblicitaria, non potendosi dunque escludere la competenza dell'AGCM in materia di pubblicità ingannevole).

¹⁴¹ Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modifiche.

Tale ricostruzione, condivisa dalla dottrina¹⁴², viene avvalorata – a livello europeo – dal Libro verde sulla tutela dei consumatori del 2001¹⁴³, dall'art. 3, par. 4 (ripreso quasi testualmente dall'art. 19, comma 3, cod. cons.), e considerando 10° e 15°, Dir. 2005/29 i quali, unitamente considerati, inquadrano la disciplina della direttiva quale «rete di sicurezza» per regolamentare pratiche ... non rientranti nei campi coordinati delle direttive settoriali specifiche»¹⁴⁴. Sul piano interno, conferme normative vengono variamente individuate nel già citato art. 19, comma 3; e negli artt. 67 *quinquies-decies*, comma 2 (che esplicitamente prevede l'applicazione delle previsioni del t.u.f.), e *novies-decies*, commi 3 e 4, cod. cons. (che assegnano la competenza alle specifiche autorità di vigilanza e l'operatività delle norme sostanziali contenute nei relativi codici di settore).

In aderenza a questo schema ricostruttivo, il Codice del consumo conterrà la disciplina generale e quello assicurativo quella speciale; sul piano dell'*enforcement* la tutela amministrativa e (para)giurisdizionale generale viene affidata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito AGCM: art. 27, comma 1 cod. cons.) mentre quella specifica del comparto assicurativo appare tripartita fra tre autorità di controllo quali l'Ivass, la Consob e la Covip, ponendosi dunque inevitabili problemi di coordinamento.

In questa relazione il principio di specialità cede dunque il posto a quello di sussidiarietà e incontra il limite estrinseco del rapporto parte generale/parte speciale (sul modello normativo dell'art. 165 c.a.p.).

La seconda operazione ermeneutica utile a sciogliere i temi di raccordi tra discipline di settore (il cui rapporto appare caratterizzato questa volta da specialità reciproca) è di distinguere tra prodotti assicurativi, se finanziari o non finanziari.

La prima categoria, alla quale vengono ascritti i rami III (*Unit Linked* e *Index Linked*) e V (contratti di capitalizzazione)¹⁴⁵, nonché il settore vita

¹⁴² Cfr., pur con varietà di opinioni, AA.Vv., *Pratiche commerciali scorrette e assicurazioni*, in «Dir. Ec. Ass.», 2010, p. 727 ss. (in particolare cfr. l'intervento di M. PROSPERETTI, spec. p. 757 ss.).

¹⁴³ COM(2001) 531 Def. del 2 ottobre 2001.

¹⁴⁴ COM(2001) 531, par. 3.4.

¹⁴⁵ Cfr. art. 2, comma 1, cod. ass. priv.; art. 1, comma 1, lett. w-bis, TUF, art. 83, comma 1, lett. a), del Regolamento CONSOB 29 ottobre 2007, n. 16190.

in quanto riconducibile all'art. 47 Cost. (e dunque ascrivibile al risparmio previdenziale)¹⁴⁶, trova la propria fonte regolatoria nel t.u.f. (art. 25-*bis*) che esplicitamente sottrae alla competenza del Codice delle assicurazioni private la regolazione delle fattispecie in discorso e, nella materia che qui interessa, la assoggetta agli artt. 21 e 23 t.u.f. -con la relativa competenza di vigilanza da parte della Consob¹⁴⁷.

La seconda categoria, che riunisce gli altri prodotti assicurativi a vocazione non finanziaria, sarà invece assoggettata all'articolata disciplina del Codice delle assicurazioni private, e non al Codice del consumo.

Il tema, però, sul fronte della tutela (para)giurisdizionale, fa emergere nuovi profili di criticità circa il riparto delle competenze tra Ivass e AGCM, laddove il principio di specialità, cui fa da corollario la competenza dell'autorità di settore assicurativa (affermato a più riprese dal Consiglio di Stato, anche nei termini di complementarietà¹⁴⁸ e confermato normativamente¹⁴⁹ e dalla giurisprudenza di merito¹⁵⁰) viene ora smentito dall'art. 27, comma 1-*bis*, cod. cons., che prevede la competenza esclusiva dell'AGCM.

Altrettanto, in materia di trasparenza (quale tecnica regolatoria che, muovendo dall'assunto della posizione di debolezza del consumatore, potenzia gli obblighi informativi in capo al professionista¹⁵¹) confluiscono norme appartenenti a corpi normativi differenti, ancora una volta il Codice del consumo (art. 20, comma 2), quello delle assicurazioni private (art. 120, punto 3), il Testo unico bancario (art. 124, comma 5); l'art. 27, circolare Isvap 551/D; art. 46, Reg. Isvap 5/2006 e il Reg. Isvap 35/2010.

Tuttavia, in questo specifico ambito, le differenze regolatorie, benché presenti, appaiono diluite alla luce del medesimo principio di trasparenza

¹⁴⁶ Cfr. G. CARRIERO, *Pratiche commerciali scorrette e assicurazioni*, in «Dir. Ec. Ass.», 2010, spec. p. 753.

¹⁴⁷ Il tema però, sul fronte della tutela (para)giurisdizionale, appare nuovamente controverso circa la divisione delle competenze tra Ivass e Autorità garante della concorrenza e del mercato.

¹⁴⁸ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, da n. 11 a n. 16 dell'11 maggio, 2012.

¹⁴⁹ Art. 23, co. 12-quinquiesdecies, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, modificato e convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

¹⁵⁰ Tar Lazio, 17 gennaio 2013 n. 535.

¹⁵¹ Per tutti A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure Information and the Law of Contracts*, in 7 «*Jo. Legal Studies*», 1978, p. 1 ss.; più recentemente, con specifico riguardo al tema qui trattato, cfr. A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Giuffrè, Milano 2002, p. 14 ss.

il quale, pur in assenza di una visione unitaria – dal momento che il sintagma assume un significato che varia in dipendenza della fattispecie di riferimento¹⁵²-, costituisce un tratto comune della regolazione in materia di prodotti finanziari e assicurativi¹⁵³, la quale ha raggiunto un maggiore grado di omogeneità rispetto ad altri àmbiti¹⁵⁴.

Per quanto il principio di trasparenza non possa ancora assurgere a strumento per favorire una rilettura tra discipline speciali¹⁵⁵, di esso possono tuttavia individuarsi alcune caratteristiche condivise, assistendosi al passaggio della declinazione del concetto di trasparenza ‘classica’ – così come intesa agli albori della legislazione consumeristica in senso quantitativo e quale minuziosa previsione degli obblighi informativi di *disclosure* –, a una modalità di trasferimento delle informazioni in funzione di consulenza¹⁵⁶ veicolata per il tramite del canone dell’adeguatezza¹⁵⁷, fino a trascolorare verso una ‘nuova trasparenza’ in senso europeo (non risolvendosi in una mera correttezza formale e grammaticale delle informazioni fornite ma caratterizzandosi anche per l’intelligibilità ancorata ai principi di buona fede e correttezza¹⁵⁸, fornendo al consumatore «criteri che gli consentano di

¹⁵² S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, Giuffrè 2012, p. 1278 ss.

¹⁵³ A. BOUJEKA, *Vers un modèle de régulation des marchés financiers dans l’Union européenne?*, in «Dalloz», 2012, p. 1355 .

¹⁵⁴ G. CARRIERO, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 520 ss.

¹⁵⁵ *Decision Technology Ltd, Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A Behavioral Economics Perspective, Final Report*, Novembre 2010, spec. p. 19.

¹⁵⁶ A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla ‘consulenza’ nell’erogazione del credito?*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Atti del convegno tenuti in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Giappichelli, Torino 2011, 29 ss.; e in «Dir. banc.», 2011, 11-22 (le citazioni saranno tratte da quest’ultima collocazione).

¹⁵⁷ L’art. 120, punto 3, cod. ass. priv. (che impone di proporre un prodotto adeguato alle esigenze dei consumatori: l’intermediario, prima della conclusione del contratto, anche in base alle informazioni fornite dal cliente, deve «proporre o consigliare un prodotto adeguato alle sue esigenze, previamente illustrano le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l’impresa di assicurazione».

¹⁵⁸ L’obbligo di informazione esaustiva, chiara e completa viene generalmente ricollegato alle regole generali di cui agli art. 1175, 1337 e 1375 cod. civ. (Cass., 24 aprile 2015, n. 8412, in «Foro it.», 2015, parte I, col. 2378; il ruolo della buona fede ha da sempre svolto

valutare le conseguenze economiche e giuridiche che derivano dall'assunzione dell'impegno»¹⁵⁹), implicante più pregnanti obblighi di assistenza¹⁶⁰, i quali tuttavia evocano tanto problemi probatori (dimostrazione dell'eventuale inadempimento del proponente) che di potenziali atteggiamenti opportunistici dei consumatori (con la configurazione di forme di tutela contro se stesso che sfocerebbe in un eccesso di garantismo nei confronti del consumatore)¹⁶¹ per assumere, su di un *côté* evolucionistico, anche dei tratti didascalici e moralizzatori, insistendo la produzione normativa europea sull'emersione anche di un obbligo di educazione finanziaria¹⁶².

La frammentazione dell'unitarietà della disciplina generale prima e di settore poi, l'emersione del consumatore frazionario¹⁶³, l'accrescimento della complessità del sistema, il conseguente bisogno di razionalità, hanno dunque determinato che le questioni interpretative non si pongano più rispetto ad ambito intrasistemico, ma tra sistemi normativi (neo-esegesi)¹⁶⁴.

un ruolo significativo nell'ambito del contratto di assicurazione; cfr. in ottica comparata, cfr. M.A. CLARKE, *Policies and Perceptions of Insurance in the Twenty First Century*, Oxford U.P., Oxford 2007, 1-426; A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, cit., 14 ss.

¹⁵⁹ Essendo necessario che il contratto esponga «in modo trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale la clausola si riferisce nonché la relazione tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole»: C. GIUST. UE, 29 aprile 2015, causa C-51/13, in «Foro it.», 2015, IV, c. 363; e C-96/14, 23 aprile 2015, *van Hove c. CNP Assurances SA*, punti 41, 43 e 51, su cui v. i commenti di S. LE GAC-PECH, *Ecueils et limites de la législation sur les clauses abusives*, in «Sem. Jur., éd. Entr. Aff.», 2015, p. 1509 ss.; A. PÉLISSIER, «Éradication de la clause «coma»: le salut pourrait venir de la CJUE...», in *Lamy Assurances*, 2015, p. 1 ss. e S. PAGLIANTINI, *CJEU, 23 April 2015, C-96/14, Van Hove v CNP Assurances: Full Disability Clause and Insurer's Relief*, in 4 «EuCMLJ», 2015, p. 240 ss.

¹⁶⁰ A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza...*, cit., p. 12.

¹⁶¹ G. CARRIERO, *Commento sub art. 3*, cit., p. 25.

¹⁶² Cfr. art. 6, Dir. 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, su cui v. il commento di F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in «Contr. e impr.», 2015, p. 1423.

¹⁶³ N. IRTI, *La proposta di neo-esegesi (a mo' di prefazione)*, in *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982, p. XI, ora in *Letà della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999, p. 31.

¹⁶⁴ V. SCALISI, *Fonti, teoria e metodo alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della*

La circostanza che «*tous les biens peuvent être objets de consommation*»¹⁶⁵, ribaltando la prospettiva d'analisi tradizionale dal profilo statico della struttura dell'atto a quello dinamico relativo all'attività del comportamento¹⁶⁶, fa confrontare l'operatore del diritto con degli strumenti ermeneutici arricchiti rispetto a quelli tradizionali, ed emergere dei criteri di selezione della disciplina funzionali all'edificazione orizzontale ed effettiva del diritto europeo e, al contempo, all'individuazione di soluzioni 'individualizzate'.

I rapporti tra codici di settore e la selezione della disciplina applicabile nelle ipotesi di sovrapposizioni normative non vengono risolti con l'applicazione di un unico, rigido criterio di prevalenza ma improntati alla graduazione della tutela¹⁶⁷.

La soluzione più conforme ai trend europei propone, nel diritto delle assicurazioni come in quello dei mercati finanziari, di differenziare la protezione del soggetto debole tramite criteri sostanziali e non solo formali (importando la bipartizione tradizionalmente accolta nel diritto bancario tra investitori professionali e non professionali, operatori qualificati e non qualificati), saldandosi con l'attuale preferenza verso interpretazioni anti-formalistiche della legge che sacrificano il primato del rigore giuridico (decisione «*rule-oriented*») sulla contingenza delle valutazioni d'opportunità (decisione «*situation oriented*»¹⁶⁸).

Sulla base di indicatori normativi e politici illustrati, il Codice del consumo assurge a *Bill of rights* dei diritti dei consumatori, riproponendo i medesimi criteri ricostruttivi utilizzati in materia di rapporti codici generale/settore, improntati alla sussidiarietà.

Ad esempio, in materia di pratiche commerciali sleali nel settore assicurativo, nei casi in cui la disciplina speciale sia incompleta o assente, la

post-modernità, Giuffrè, Milano 2012, p. 197.

¹⁶⁵ J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2015, n° 9.

¹⁶⁶ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 685, spec. 703.

¹⁶⁷ G. HOWELLS, *The Potential and the Limits of Consumer Empowerment by Information*, in 32 «*Jour. L. Soc.*», 2005, p. 349 ss.

¹⁶⁸ Sull'enfasi con cui si mettono in evidenza i caratteri personali delle parti, come tendenza interpretativa opposta all'uguaglianza meramente formale di fronte alla legge cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford 1991, *passim*.

normativa generale del Codice del consumo, che svolge la funzione ‘di rete di sicurezza’ integrativa in caso di lacune¹⁶⁹, potrà riespandersi in funzione integrativa assorbendo in sé, come *pendant* procedimentale, la competenza dell’AGCM.

Nei rapporti tra codici dedicati ai sub-settori regolati che, in ossequio all’armonizzazione massima, assumono come criterio ermeneutico quello dell’interpretazione semplificante, la selezione della disciplina avviene individuando sia lo specifico profilo soggettivo, sia il mercato di riferimento (ossia il contesto nel quale la figura opera).

In assenza di espressi criteri di raccordo (dovuta anche ad elementari esigenze di economia legislativa, non essendo ipotizzabile che il legislatore detti, in un quadro normativo caratterizzato da ampie zone d’intersezione, di volta in volta norme di soluzione delle sovrapposizioni) il viatico è quello del principio di specialità, il quale tuttavia incontra limiti sia intrinseci sia estrinseci, fino talora a sfumare in ipotesi di sussidiarietà o complementarietà.

I limiti intrinseci sono talora di carattere normativo (e.g.: art. 27, comma 1, *bis*, cod. cons.) talora ontologico (ad esempio, nelle ipotesi di clausole comunque vessatorie, ascrivibili all’applicazione della c.d. lista nera –art. 33 cod. cons., l’applicazione del codice del consumo sarà obbligatoria) talora di politica legislativa (come nel caso del principio della non vessatorietà delle clausole che riproducono norme di legge, il quale è valido per tutti i contratti in cui sia parte un consumatore).

Volendo individuare delle linee di tendenza comuni ai sistemi interni di regolazione dei comparti assicurativo e finanziario, il tratto caratterizzante appare la progressiva emersione d’istanze consumeristiche e la marcata biforcazione della disciplina in ragione dei soggetti protagonisti dell’operazione economica (consumatori o no), tramite l’enfaticizzazione dell’obbligo di garantire un corretto circuito informativo, inteso quale dovere incombente principalmente sul proponente il contratto di assicurazione (in questo la tradizione di *common law* si segnala per un allineamento verso i modelli continentali: il *duty of disclosure*, tradizionalmente gravante sull’assicurato/assicurando e relativo alla natura del rischio, diviene ora bilaterale e si estende alla copertura del rischio), non limitato alla trasmissione quantitativa ed analitica di informazioni sufficienti per l’esautività e

¹⁶⁹ F. CERCHIA, *Comm. sub art. 182*, in *Commentario al Codice delle assicurazioni private*, cit., p. 779 ss.

la confrontabilità delle proposte, ma esteso ad una condotta di consulenza quasi assistenziale del soggetto debole (tramite il viatico del concetto di adeguatezza, in Italia)¹⁷⁰.

I rapporti tra i codici di settore sono dunque improntati ad una marcata elasticità e il confine tra assicurato e consumatore appare sempre più labile – e a tratti dissolto – in quei segmenti di normativa in cui si assiste all'importazione (e talora ad un totale trascinarsi) dei rimedi consumeristici nel diritto delle assicurazioni (v. l'esempio francese). La tutela del consumatore e dell'assicurato non va dunque staticamente selezionata sulla base di un criterio che sancisca una volta per tutte la prevalenza di un *corpus* di norme sull'altro, ma si configura à *géométrie variable*¹⁷¹, esistendo una pluralità di consumatori d'assicurazione, che può mutare in virtù di alcune variabili identificate nel presente lavoro¹⁷².

Cruciale sarà dunque l'individuazione della *ratio* della norma speciale: se essa è stata posta in ragione di esigenze strutturali della fattispecie (siano esse legate al mercato o ai soggetti) e la specialità presenta dunque una giustificazione funzionale, allora prevarrà la norma speciale. Nel caso, invece, la sovrapposizione riguardi norme poste – in ragione di circostanze contingenti (e la specialità possa dirsi dunque solo di contesto) non si esclude una possibile prevalenza della norma generale, ma in questa ipotesi la selezione della disciplina applicabile dovrà tenere in debita considerazione l'obbligo d'interpretazione semplificante.

¹⁷⁰ A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza...*, cit., p. 12.

¹⁷¹ M. BENTIN-LIARAS, *La protection par le droit des assurances*, in «Rev. gén. droit ass.», 2014, p. 300.

¹⁷² Su questa medesima linea autori di estrazioni e formazioni differenti: L. MAYAUX, *À la recherche du consommateur d'assurance*, in «Rev. gén. droit ass.», 2014, p. 296; e P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., p.1173.

