

Diana Cerini

**2012, (FORSE) ANNO DELLA
«FINE» (NON SOLO PER I MAYA?)
L'«IMPOSIZIONE» DELLA POLIZZA
INISEX TRA SOLIDARIETÀ SOCIALE
ED ESIGENZE DELLA MUTUALITÀ
ASSICURATIVA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

2012, (forse) anno della « fine » (non solo per i Maya)? L'« imposizione » della polizza unisex tra solidarietà sociale ed esigenze della mutualità assicurativa *

di DIANA CERINI **

Sommario:

1. Discriminare e assicurare: un binomio ambivalente. 2. Perché si parla di discriminazione: evoluzione del diritto europeo, costituzionalizzazione e *social justice*: l'imposizione di una nuova ingegneria sociale attraverso il contratto; a) Le « fasi » del diritto europeo; a.1) La prima fase: l'avvio dell'integrazione giuridica a servizio dell'integrazione economica; a.2) La seconda fase (1975 circa - 2000 circa): l'emersione di una politica dei consumatori attraverso la *fairness* contrattuale e la via dell'armonizzazione; a.3) La terza fase (2000 circa -): l'avvio del processo di *maximum harmonization* e l'apertura verso soluzioni alternative; a.4) La transizione verso un nuova (quarta) fase si svela: la perdita della dimensione individual-contrattualistica e l'accentuarsi della dimensione sociale del rapporto gius-privatistico: tra costituzionalizzazione del diritto privato e *social justice*; b) Dalla costituzionalizzazione del diritto privato europeo al « *social justice movement* »: influenze sul diritto dei contratti. 3. Il « 2012 », l'anno della fine (non solo per i Maya): la polizza unisex quale epilogo della causa C 203/09 « *Test Achats* ». 4. Qualche conclusione... e qualche perplessità.

(*) Il presente scritto riproduce, in forma estesa e con l'aggiunta di note redazionali e di un aggiornamento giurisprudenziale, la relazione tenuta nella giornata in ricordo di Aurelio Donato Candian presso l'Università degli Studi di Milano, 11 dicembre 2010.

(**) Professore di diritto privato comparato e diritto delle assicurazioni (diana.cerini@unimib.it) e avvocato in Milano.

1. *Discriminare e assicurare: un binomio ambivalente.*

Nonostante il tema della discriminazione, in particolare quella basata sul sesso, sia ampiamente discusso in molti contesti sociali e del giuridico, la questione non è mai stata prioritaria nel diritto assicurativo italiano; lo studio della relazione *discriminare-assicurare* non è, infatti, oggetto di significativa letteratura, né il problema sembra avere preoccupato eccessivamente il nostro legislatore o il nostro regolatore per la materia assicurativa: le discipline di legge che hanno recepito le direttive comunitarie in materia (1) ed il Regolamento ISVAP n. 30 del 12 maggio 2009 in materia di discriminazione (2), infatti, si sono occupati dell'intersezione tra profili discriminatori e contratti di assicurazione quale esito obbligato di un percorso normativo che ha genesi nel diritto sovranazionale, ma certamente tali provvedimenti non rientrano tra quelli che abbiano carpito gli animi o sollevato acerrimi dibattiti negli incontri assicurativi peninsulari.

Il vento potrebbe però cambiare a fronte della recente decisione della Corte di giustizia europea nel caso c.d. *Test Achats*, che ha azionato il conto alla rovescia (con scadenza 2012) per la distinzione tariffaria basata sul sesso nell'ambito dei contratti di assicurazione. Non essendo il tema di scarsa importanza, per l'impatto economico che avrà sul mercato e sull'utenza assicurativa, val la pena dedicarvi una breve riflessione.

Per procedere con un certo ordine, si circoscriverà il discorso facendo appello ad alcuni concetti di assoluta banalità per provare, poi, a verificare perché anche l'Italia debba (suo malgrado) iniziare ad occuparsi più seriamente della questione della discriminazione nei contratti di assicurazione.

Si ricorderà, dunque, che *discriminare* significa porre il *discrimen*, ossia l'elemento di separazione basato sull'identificazione di differenze fra cose o persone (3). Nel linguaggio giuridico, la parola assume una pregnanza assai cruciale sotto molti aspetti: il divieto di

(1) In particolare, con riferimento alla discriminazione tra sessi, si veda il Codice delle pari opportunità.

(2) Il Regolamento 30/2009 è stato adottato in base all'articolo 55-*quater* del Codice delle pari opportunità, introdotto dall'articolo 1 del d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196, in attuazione della direttiva 2004/113/CE in materia di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e loro fornitura.

(3) Da *discrimen*, *discriminis*: separazione.

discriminazione, che altrimenti detto è l'imposizione dell'uguaglianza sostanziale e positiva, è da lungo tempo affrontato dai costituzionalisti in quanto patrimonio genetico, potremmo dire, delle costituzioni moderne e delle carte sovranazionali dei diritti fondamentali, quale corollario della parità ed eguaglianza dei cittadini, da cui discendono numerosi corollari. Solo in tempi più recenti il tema ha pervaso anche i discorsi dei gius-privatisti, permeando prima il settore gius-laburistico sino a pervadere, poi, le riflessioni in materia di contratto più in generale.

Del resto, sotto altra ottica, la regola di non discriminazione ha trovato strada nel mercato soprattutto come regola di efficienza prima ancora che come regola giuridica: immaginando di avere, in un contratto di lavoro, due soggetti di diversa competenza — uno migliore e l'altro peggiore — il selezionatore che scelga in base ad una preferenza razziale, o che escluda in base ad una differenza per sesso, potrebbe scartare la scelta migliore sul piano dell'efficienza nello svolgimento del lavoro preposto. Questa prospettiva, più attenta agli effetti gius-economici della discriminazione, è comunque meno rilevante oggi e rimane spesso implicita, in quanto si preferisce (specialmente nel contesto europeo) dire che il divieto di discriminazione abbia prima di tutto una componente sociale e più vicina alla tutela dei diritti umani fondamentali.

Il mondo assicurativo si colloca su di un asse riflessivo parzialmente diverso e non per nulla ha tentato di tenersi cautamente ai margini del dibattito in materia di *contract discrimination*. Atteggiamento naturale e condivisibile: se, come si è visto poc'anzi, discriminare significa differenziare, è evidente che il binomio «divieto di discriminare-assicurazione» rappresenti un conflittuale ossimorico. In ambito economico, il settore assicurativo è stato fra i maggiori sponsor, o oggetto, di studi mirati ad ottimizzare il potenziale discriminatorio della *contract law*, in vista di raggiungere la c.d. «perfetta discriminazione» dei soggetti assicurati (4).

Cosa significa, in altri termini, discriminare in ambito assicurativo? Senza presunzione alcuna, che parrebbe peraltro assai *naive*, di addentrarsi in una ricostruzione dei processi tecnico-attuariali

(4) Vedi L. BUZZACCHI, T.M. VALLETTI, *Strategic price discrimination in compulsory insurance markets*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, 2005, vol. 30, issue 1, pagg. 71-97; H. CHADE, E. SCHLEE, *Optimal Insurance with Adverse Selection*, 2008, Arizona State University, disponibile al seguente indirizzo web <http://levine.sscnet.ucla.edu/archive/refs412224700000002175.pdf>.

del meccanismo assicurativo, si può comunque provare con lo scarso armamentario di un giurista a descrivere il processo di discriminazione «buona» che da secoli compiono gli assicuratori.

In quest'ottica, occorre ricordare che il prezzo del servizio assicurativo, il *premio*, non è intangibile rispetto al cliente: non è cioè, uguale per tutti, come lo è invece, in altri contesti del circuito economico e produttivo, il prezzo di un computer o anche il prezzo di una cena servita in un locale, rispetto ai quali è (dovrebbe essere...) indifferente, per il venditore o il prestatore di servizi, chi acquista il bene o chi beneficia della prestazione. Il substrato cultural-economico dell'assicurazione ci insegna, infatti, da tempo immemorabile, che il mestiere dell'assicuratore consiste nel collezionare rischi attraverso tecniche del tutto peculiari, raffinate nel corso di secoli; tali tecniche pongono l'individuo e le sue specifiche caratteristiche di rischio in primo piano. Attraverso la gestione organizzata con metodologia e tecnica assicurativo-attuariale, l'assicuratore trasforma l'assunzione di rischi in un'attività (produttiva) d'impresa. Le compagnie, infatti, realizzano un *risk-pooling*, cioè effettuano una collezione di rischi per, poi, assegnare ciascuna posizione ad un dato pool, o box; ciascun pool è diverso dall'altro e la suddivisione deve essere in grado di trovare il giusto equilibrio per coniugare la finalità di mutualizzazione del rischio con quella della personalizzazione del prezzo. La collocazione nel giusto pool, dunque, è alla base del processo di *risk-allocation* più opportuno, volto cioè alla creazione di categorie o gruppi omogenei, certamente non uguali, di rischi.

La prospettiva consistente nel distinguere situazioni diverse e fissare, per esse, premi differenziati ha dato forma sia alle dinamiche contrattuali che a quelle d'impresa dell'attività assicurativa.

Infatti, la prospettiva assuntiva e gestionale dei rischi collezionati si riflette nella relazione contrattuale tra assicuratore ed assicurato. Tutto il sistema delle dichiarazioni sul rischio, su cui si è insistito in forma unidirezionale (cioè dal contraente/assicurando all'assicuratore) sino agli anni Ottanta del secolo scorso e che è positivizzato negli artt. 1892-1893 del Codice civile, ha avuto proprio questo compito: elidere l'asimmetria informativa dell'assicuratore⁽⁵⁾ imponendo all'assicurato di descrivere il proprio rischio, consentendo conseguentemente all'assicuratore di discriminare, cioè di porre cia-

(5) Cfr. C. GOLLIER, E. SCHLEE, *Information and the equity premium*, Arizona State University Working Paper series, 2006.

scuno nel *right pool*. Spesso, alla base di tale assegnazione sono assunte proprio le caratteristiche (di sesso, età, localizzazione geografica, stato di salute, ecc.) che appaiono in altri contesti del diritto contrattuale del tutto « odiose ». Eppure proprio questa forma di « discriminazione » cioè di assegnazione di ciascuno nell'uno o nell'altro pool, dà a ciascun assicurato la sensazione di essere nel *right pool* e, in definitiva, di pagare il giusto premio: insomma, detto anche altrimenti, la *fairness* contrattuale assicurativa si è da sempre costruita anche e soprattutto sulla base di una *fair discrimination*, cioè di una distinzione giusta, in quanto ragionevole e oggettiva basata sulla ponderazione del rischio ed il conseguente pagamento del giusto prezzo, cioè il giusto premio. La discriminazione è stata, dunque, posta a fondamento della *fairness* contrattuale a vari livelli: in primo luogo, nel rapporto tra il singolo assicurato e l'assicuratore; in secondo luogo, nel rapporto tra gli appartenenti ad un medesimo gruppo di assicurati. L'esempio più netto si ha nel settore della R.C.-auto, dove il buon conducente (buon assicurato) non vuole certamente pagare tanto quanto il cattivo conducente, e di ciò lo stesso legislatore tiene conto utilizzando la leva della differenziazione di premio per incentivare e/o disincentivare l'uno o l'altro comportamento.

Sul piano ultraprivatistico, il processo di *risk-allocation* consente di legare la dimensione d'impresa dell'attività assicurativa e la dimensione contrattuale, che correla ciò che i *common lawyers* chiamano *privity*, la relazione privilegiata tra le due parti del contratto, alla prospettiva economica assicurativa che si costruisce attraverso la mutualizzazione dei rischi per gruppi omogenei.

Sull'esigenza, contrattuale, di discriminare in funzione del rischio, si è sempre retto il funzionamento dell'assicurazione, in bilico tra « diritto dell'impresa » e « diritto del contratto ». Su questa correlazione da tener sempre presente (tra diritto dell'impresa/diritto del contratto), ha da sempre insistito la dottrina classica assicurativa. Su questa stessa linea di analisi lo stesso Aurelio Candian, nel partecipare ai lavori preparatori della codificazione settoriale del 2005, si era espresso per una rinnovata geografia del diritto assicurativo che consentisse un coordinamento tra norme sul contratto e norme sull'impresa, proponendo dunque un luogo unico, quello del codice delle assicurazioni, per l'incontro.

Si ricorderà, a questo proposito, e in estrema sintesi, che la radicale scelta rimessa ai redattori del codice assicurativo concerneva proprio la decisione di trasferire nel testo unico settoriale le norme

generali del contratto (di assicurazione e riassicurazione), contenute agli artt. 1882 ss. del Codice civile. La decisione finale sul mantenimento della partizione è stata sofferta: in tal senso testimoniano le minute dei lavori e le riflessioni degli studiosi coinvolti nella preparazione del testo (6). In un primo tempo, infatti, fu previsto che il Codice settoriale dovesse contenere tutte le norme dedicate al contratto di assicurazione, di qualunque natura esse fossero, ricevendo così in dote il bagaglio di articoli già inseriti nel Codice civile; tale soluzione avrebbe senza dubbio consentito, imponendolo ai redattori dell'unico testo, un maggior coordinamento tra norme. Infatti, consta che nel primo schema di decreto, il Titolo XI, rubricato come « *Contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione* » racchiudeva anche la disciplina codicistica.

È sufficiente ricordare come, nella relazione accompagnatoria al progetto si sottolineasse che « *Il titolo undicesimo è dedicato alla disciplina dei contratti di assicurazione e di riassicurazione. In esso sono accolte le disposizioni ora comprese nel Codice civile, opportunamente rivisitate in funzione di tipizzazione di figure contrattuali che rivestono centrale importanza nell'assicurazione moderna, come ad esempio le polizze collegate ad indici o a fondi di investimento, o che sono destinate a svilupparsi ulteriormente con il ritiro dello Stato sociale da alcune funzioni assistenziali e sanitarie, come nel caso delle assicurazioni dei rischi alla persona. Più in generale, anche negli interventi di adeguamento diffusamente realizzati, lo scopo è quello di tenere conto dell'evoluzione dei prodotti e dei bisogni di protezione degli assicurati nella formazione ed esecuzione del rapporto contrattuale* ».

Non, dunque, solo una scelta geografica, ma una precisa riflessione sui contenuti aveva spinto ad avanzare le regole di cui alla codificazione del '42 nel nuovo codice, attraverso una valorizzazione (e conseguente rivisitazione) « *in funzione di tipizzazione di figure contrattuali che rivestono centrale importanza nell'assicurazione moderna* » (così nella Relazione appena citata). Le virtuose premesse

(6) Si vedano in proposito le riflessioni di A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e resistenze, in Contratto e impresa/Europa*, 2006, al quale scritto ci si è ampiamente ispirati in questa parte per la ricostruzione delle fasi dei lavori preparatori della codificazione settoriale. Per una impostazione del problema parzialmente divergente si veda, invece, l'analisi di A. GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del Codice civile delle assicurazioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pag. 1038 ss.

furono però abbandonate con lo stralcio, nel secondo schema di decreto, dell'intera disciplina del contratto. La versione finale conferma questa seconda versione del progetto (7). Si sono così perse due occasioni importanti: la prima, quella di semplificazione, alla quale finalità era però come si è detto principalmente «votato» il codice; la seconda, quella di una riflessione sui contenuti della codificazione che tenesse conto delle evoluzioni più recenti che interessano il diritto contrattuale assicurativo in molti Stati membri. Il riverbero ulteriore è, poi, meno immediato ma attiene al fatto che il complesso di norme contenute nel Codice civile appare oggi destinato ad un ancor più veloce e radicale invecchiamento, poiché l'attuale articolazione delle norme dedicate all'assicurazione ha già evidenziato la difficoltà di incardinare le novità derivanti dal diritto europeo le quali, ancora una volta, verranno probabilmente trasferite nella codificazione settoriale (se non addirittura, e malauguratamente, in future leggi speciali). Tra di esse, anche quelle sulla discriminazione, già oggetto di recepimento e che dovranno essere con tutta probabilità emendate dal 2012 per effetto dell'epilogo della vicenda *Test Achats*.

2. *Perché si parla di discriminazione: evoluzione del diritto europeo, costituzionalizzazione e social justice: l'imposizione di una nuova ingegneria sociale attraverso il contratto.*

Se si prova a ricostruire l'evoluzione del diritto europeo, si constata che il problema della discriminazione nel rapporto tra privati, che si delinea nelle sue dinamiche patrimoniali ed organizzative prevalentemente attraverso la formula contrattuale, si è affacciato prima timidamente nei contesti nazionali e nel diritto europeo per, poi, essere cavalcato con sempre maggiore vigore. Proprio in Europa il problema pare assumere una notevole poliedricità e può essere valutato alla luce di diversi assi dimensionali, alcuni direttamente correlati all'evoluzione del diritto europeo (a), altri rela-

(7) Si veda ancora, per una ricostruzione del dibattito ed una puntuale critica della soluzione finale prevista dal Codice delle assicurazioni private, A.D. CANDIAN, *loc. ult. cit.*, *passim*.

tivi al ruolo del diritto nelle dinamiche dei rapporti sociali, così come esaminati dal c.d. *social justice movement* (b).

(a) *Le «fasi» del diritto europeo*

Quanto al primo aspetto, in un'ottica di semplificazione, può essere utile distinguere e ricordare alcune fasi della costruzione del diritto europeo.

a.1) *La prima fase: l'avvio dell'integrazione giuridica a servizio dell'integrazione economica*

Va, innanzitutto, rammentato che la creazione di una Europa «riunita» (dopo le divaricazioni nazionali che caratterizzarono i secoli precedenti) e rinnovata nella sua veste politica ed istituzionale si affacciò con decisione nel Secondo Dopoguerra del XX Secolo, quando si pervenne alla creazione delle Comunità economiche. In tale momento storico, dal quale prese il via una nuova biografia del continente, due erano le principali finalità. In primo luogo, ci si proponeva di realizzare un modello di integrazione economica, obiettivo che fu realizzato attraverso la creazione delle tre Comunità (CECA, CEEA e CEE) che videro la luce con i Trattati di Roma del 1957. In secondo luogo, si vollero affermare con decisione e piglio declamatorio, anche sul piano sovranazionale, le idee di libertà e democrazia che molti Stati andavano traducendo in rinnovate costituzioni nazionali: la volontà di dar vita ad una forma di integrazione sovraregionale che potesse confermare anche attraverso un coordinamento tra le nazioni quei medesimi valori supremi della libertà dell'individuo e della uguaglianza democratica era ampiamente condivisa soprattutto al fine di reagire agli scempi umani e culturali della Seconda Guerra Mondiale.

Nonostante la copresenza di tali due macrobiettivi, non v'è dubbio che gli sforzi più assidui dei primi anni di vita delle Comunità europee furono diretti principalmente a realizzare il primo tra essi e, dunque, a porre le basi dell'integrazione economica. In questo quadro, le istituzioni delle Comunità, ed in particolare della Comunità economica europea, utilizzarono prevalentemente lo strumento normativo convenzionale, rivolgendosi con parsimonia ai regolamenti ed alle direttive. In ogni caso, si proponeva un'armonizzazione legislativa minimale e dedicata essenzialmente a porre le condizioni preliminari che consentissero di agevolare i traffici ed i commerci in uno

spazio europeo allargato. Il diritto comunitario era dunque in questo momento storico strettamente funzionale alla realizzazione delle politiche economiche comuni che solo timidamente profilavano al loro orizzonte il fine mediato di condurre ad un graduale avvicinamento delle soluzioni e delle strategie giuridiche nazionali.

In particolare, ai fini che qui rilevano, occorre dire che la produzione normativa sovranazionale si manteneva sostanzialmente ai margini del diritto privato, sia per l'iniziale diffidenza verso il rischio di perdita delle individualità ed identità giuridiche locali, sia per la carenza di competenze normative allocate alla Comunità economica europea; sia, infine, perché la creazione di un diritto per i cittadini in quanto individui prima ancora che come attori del mercato non era ancora concettualizzata come fine necessario delle Comunità economiche.

Questa fase del lungo cammino che condurrà, più in là nel tempo, all'Unione europea, consentì l'adozione di importanti normative armonizzate e fu senza dubbio assai significativa rispetto alla storia pregressa dei Paesi dell'area europea. Tuttavia l'approccio «prudenziale» che connotò questa medesima fase si rivelò ben presto insufficiente al profilarsi di una nuova volontà, che timidamente ma inesorabilmente si andava affermando tra i Paesi membri, ossia quella di dar vita ad una Europa che potesse contrastare, non solo sul piano economico ma anche su quello politico e culturale, le altre grandi potenze presenti sulla scena mondiale. Da questo progetto presero le mosse le successive iniziative che condussero progressivamente all'intensificazione del processo di integrazione economica e giuridica; processo che ha subito, peraltro, in meno di sessant'anni, numerosi *stop and go* e che ancor oggi stenta a trovare una sua precisa e inequivoca configurazione.

Non appena si creò il consenso politico all'idea di superare il modello di integrazione meramente economica, il problema di edificare un diritto comune privato per l'Europa fu subito inserito nell'agenda comunitaria che si infittì di interventi che furono realizzati, specialmente, attraverso la via dello strumento legislativo di primo livello costituito dalle direttive.

In questa nuova fase che potremmo definire «adolescenziale» del diritto (privato) comunitario (8), le istanze di armonizzazione si

(8) È importante distinguere il diritto (privato) comunitario da quello europeo (così N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto europeo*,

diressero soprattutto ad abbattere le barriere esistenti tra gli Stati membri per la libera circolazione delle imprese e delle merci, sfruttando prevalentemente lo strumento del mutuo riconoscimento tra i diritti degli Stati.

L'idea di una politica per i consumatori era pressoché assente: ciò dipese certamente da un dato storico ed oggettivo, cioè dalla minor rilevanza del fenomeno consumeristico, ma anche dalla ancor scarsa percezione per la dimensione cruciale che andava assumendo, quale *player* attivo del mercato, l'individuo non imprenditore. Si riteneva, altresì, che vi fosse una secondarietà del singolo rispetto alla realizzazione stessa delle finalità delle Comunità originarie e, dunque, nella direzione di creare un mercato unico. In altri termini, non era pienamente percepita l'importanza dell'individuo quale cittadino della Comunità e quale soggetto che consuma beni e fruisce di servizi e che, in quanto tale, rappresentava il traino del motore economico europeo.

Non mancarono, tuttavia, in questo medesimo periodo storico, i primi abbozzi di quei principi generali del diritto europeo che verranno, poi, a costituire l'*humus* per il futuro sviluppo del diritto privato comunitario e che si andavano delineando sia ad opera degli interventi, ancora sporadici, della Corte di giustizia, sia ad opera degli studi di una certa avanguardia culturale e dottrinale che proponeva una rilettura del ruolo del diritto comunitario stesso, anche avvalendosi delle riflessioni comparatistiche; diritto che, si auspicava, potesse altresì tener conto della possibile identificazione di un *common core* frutto e del diritto di fonte istituzionale e del diritto di fonte sapienziale così come delle soluzioni di imitazione dei modelli giuridici di maggior prestigio e riferimento.

a cura di N. Lipari, vol. I, Padova, 2003, pag. 66). Il riferimento al diritto comunitario rappresenta l'esito della produzione normativa della Comunità, ora Unione europea. La locuzione diritto privato europeo assume, invece, una valenza assai più ampia arricchendosi di una pluralità di fonti tra loro interattive. Il diritto privato che si va attualmente formando nel contesto soprannazionale europeo trova, del resto, un'applicazione assai più ampia rispetto a quella della Comunità europea ed ha ormai perso la matrice comunitaria che lascia il posto, dopo l'Atto Unico Europeo ed il Trattato di Maastricht, a più ampi modelli di interazione (cfr. N. SCANNICCHIO, *loc. cit.*). Il riferimento alla distinzione tra la matrice autoritativo-istituzionale o, piuttosto, quella sapienziale della comunità giuridica si ritrova anche nelle riflessioni di V. ROPPO che propone l'identificazione di un diritto europeo «comunitario», nel primo caso, e di un diritto comune europeo, nel secondo, mantenendo sempre, peraltro, l'etimo «europeistico» (cfr. V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Diritto europeo*, 2004, pag. 442). Si veda altresì l'introduzione di G.A. BENACCHIO all'ultima edizione del suo *Diritto privato della Comunità europea*, CEDAM, Padova, 2009.

a.2) *La seconda fase (1975 circa - 2000 circa): l'emersione di una politica dei consumatori attraverso la fairness contrattuale e la via dell'armonizzazione*

Le strategie di intervento comunitarie videro una netta progressione negli anni Settanta, periodo che coincide con la volontà di incentivare ulteriormente la realizzazione delle c.d. quattro libertà fondamentali previste dagli atti istitutivi della Comunità economica europea, ossia le libertà di circolazione di merci, servizi, capitali e persone, oltre che con l'emersione di una politica dei consumatori. Nell'ultimo trentennio del XX secolo, la Comunità europea diede avvio a quella che non si esita a definire una sovrapproduzione normativa che, attraverso lo strumento tecnico-legislativo della direttiva, produsse in breve tempo un vero e proprio *patchwork* normativo diretto ad incidere tanto su fasi cruciali della vita del contratto tra il consumatore ed il professionista (si veda la disciplina in tema di clausole vessatorie), quanto a modificare l'architettura sostanziale di molti contratti (ad esempio, in tema di contratti di viaggio, di multiproprietà). La diffusione di un nuovo lessico giuridico, che iniziò ad esprimersi in termini di *status* e di rapporti c.d. «B2C contracts», come contrapposti e comunque isolati dal segmento contrattuale detto «B2B», è sintomatica di questa evoluzione.

A dare postumi *vestimenta* a questa fase, intervenne anche la revisione dell'art. 153 del Trattato europeo firmato nel 1997 ed entrato in vigore nel 1999. Il Trattato, nella sua più completa metamorfosi, individua oggi con una formula inequivocabile la tutela dei consumatori quale priorità da realizzarsi attraverso la protezione dei loro interessi economici, oltre che garantendo il diritto alla sicurezza ed all'informativa (9). Da qui l'incalzare di una pro-

(9) Il testo integrale dell'articolo 153 (Protezione dei consumatori), così recita: «(1). Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. (2). Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori. (3). La Comunità contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante: a) misure adottate a norma dell'art. 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno; b) misure di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri. (4). Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure di cui al paragrafo 3, lettera b). (5). Le misure adottate a norma del paragrafo 4 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere o di introdurre misure di protezione più ri-

duzione normativa dalle proporzioni mai conosciute prima, che sdoganò non solo discipline in materia di *tort law* (in particolare con riferimento a produzione e circolazione dei prodotti e relative regole di responsabilità) ma anche normative aventi ad oggetto specifici contratti o modalità di vendita, (ad esempio la vendita a distanza) oppure intervenne con direttive di carattere trasversale, quali quella in tema di clausole vessatorie, dirette a consolidare, dando ad esse piena forma, le garanzie di trasparenza ed informativa nel rapporto B2C. La produzione normativa degli ultimi decenni del XX secolo fu, dunque, volta a presidiare la c.d. *fairness* contrattuale, intesa come esito di un processo volitivo consapevole ed epurato da storture derivanti da asimmetrie informative tra le parti, asimmetrie che il mercato andava dimostrando di non sapere adeguatamente medicare.

L'idea di un contraente debole, il consumatore, ha fatto da *file rouge*, sebbene raramente il legislatore comunitario sia riuscito a superare sul piano sostanziale, cioè sul concreto assetto dei diritti e doveri, il problema della disparità di forza contrattuale: ne è conferma il fatto che le numerosissime direttive apparse non sono entrate quasi mai, salve le necessarie eccezioni, nel contenuto economico del rapporto contrattuale. Appare, comunque, evidente che in questa fase si sia tentato ancora di leggere la *fairness* tra i paciscenti (garantita attraverso le varie strategie — informativa, introduzione dei diritti di recesso e così via) come una epifania dell'idea di libertà contrattuale che si ritrova nelle legislazioni e nei diritti degli Stati membri.

a.3) *La terza fase (2000 circa -): l'avvio del processo di maximum harmonization e l'apertura verso soluzioni alternative*

A partire quantomeno dalla fine del XX secolo, l'agenda comunitaria si connota per una sterzata decisa ma ormai inevitabile che rivaluta l'importanza di una costruzione sistematica e coerente del diritto; rimodulazione che viene percepita non solo come opportuna, ma addirittura necessaria per poter garantire la consolida-

*gorose. Tali misure devono essere compatibili con il presente trattato. Esse sono notificate alla Commissione». Si vedano i contributi di M.J. REYES LOPEZ, *La protección de los derechos de los consumidores y usuarios*, pagg. 19-44, e di S. CAMARA LAPUENTE, *El futuro del derecho de consumo en el nuevo entorno del derecho contractual europeo*, nel testo *Derechoprivado de consumo*, a cura di M.J. REYES LOPEZ, Valencia, 2004, pagg. 60-74.*

zione dei risultati ottenuti attraverso le direttive sino a quel momento approvate.

In questo scenario, l'ormai assodata esistenza di un catalogo dei diritti fondamentali dei consumatori poggia sulla comprensione del fatto che anche i testi tecnici (direttivi e regolamenti) del diritto comunitario debbono essere integrati con le istanze provenienti dall'elaborazione di documenti di più ampio respiro ed ai quali deve ispirarsi la produzione normativa contingente (si pensi al valore della Carta di Nizza, con l'individuazione di diritti fondamentali e imprescindibili del cittadino comunitario).

Un ruolo importante, per evidenziare il nuovo corso del diritto europeo, si deve agli interventi più marcatamente strategico-politici delle istituzioni e, in particolare, alle Comunicazioni della Commissione europea che, nel 2001 e poi ancora nel 2003, seppure con finalità differenti, individuarono le c.d. idee guida per la semplificazione del diritto comunitario, da un lato, e del necessario ed ormai ineluttabile traghettamento dalla c.d. *maximum-minimum harmonisation* alla *maximum harmonisation*. L'espressione di queste idee è, in realtà, solo in parte appartenente alla storia vissuta del diritto europeo e stenta ancora a tradursi in precisi percorsi normativi. Ovviamente sulle nuove strategie, ed in particolare sulla prospettiva di armonizzazione massima, si è aperto un fitto dibattito⁽¹⁰⁾. Ad esempio, si consideri che lo stesso obiettivo della semplificazione e della maggior coerenza del diritto comunitario, unitamente al fine di semplificazione quale presidio per una maggior certezza del diritto, necessita ancor oggi dell'approvazione definitiva di importanti provvedimenti, sebbene l'apertura al modello delle direttive di consolidazione segna del resto un nuovo passo nel cammino di edificazione del diritto europeo.

a.4) *La transizione verso un nuova (quarta) fase si svela: la perdita della dimensione individual-contrattualistica e l'accentuarsi della dimensione sociale del rapporto gius-privatistico. Tra costituzionalizzazione del diritto privato e social justice*

In concomitanza con la volontà di perseguire gli obiettivi di sistematizzazione, maggior coerenza e consolidamento del diritto

(10) Non v'è chi non veda nella maximum-minimum harmonisation rischi di appiattimento in quanto la competizione tra modelli nazionali diminuisce e, con essa, anche le possibilità di innovazione.

comunitario, ha preso il via un percorso di sviluppo rimasto per un primo periodo, per così, «silente», sino a manifestarsi poi con più vigore grazie alle aperture delle stesse istituzioni comunitarie, così come all'incessante opera propositiva e speculativa del formante dottrinale europeo. Tale percorso di produzione normativa, da un lato, e di analisi speculativa, dall'altro, ha proposto un nuovo modello di integrazione e di sviluppo per l'Europa che possa tenere maggiormente conto sia dei grandi valori condivisi dalla cultura giuridica europea sia della presenza e rivalutazione di quei diritti fondamentali affermati sin dal tempo della nascita della *Western Legal Tradition*, arricchitisi nel corso dei secoli sino a fare sì che il diritto possa essere ricondotto ad uno strumento volto non solo alla regolazione dei conflitti ed alla agevolazione delle transazioni, ma soprattutto vocato a realizzare una maggiore coesione sociale, garantendo il miglioramento dei tessuti intimi della società stessa. In poche parole, si è aperta prepotentemente la via, dapprima solo speculativa ma che ben presto ha avuto sempre più seguito nella *law in action*, di quella che è ormai comunemente indicata con la locuzione «costituzionalizzazione del diritto privato»: questa locuzione, lungi dall'apparire oggi ossimorica, sembra rappresentare la vera chiave di svolta del percorso di integrazione giuridica europea.

Per comprendere meglio l'importanza di questo nuovo approccio, si ricorderà che l'espressione «costituzionalizzazione del diritto privato» indica essenzialmente la tendenza alla promozione attiva dei diritti fondamentali attraverso gli schemi della *private law*, osservata sia nella sua produzione a livello legislativo, sia attraverso il diritto applicato dalla Corte di giustizia europea e dalle Corti nazionali superiori (11). Non ci si riferisce, dunque, all'ovvia constata-

(11) La correlazione tra idee costituzionali ed interferenze con il diritto dei contratti è oggetto sempre più frequentemente di approfondimenti. Ne hanno discusso A. COLOMBI CIACCHI, *The Constitutinalization of European Contract law*, in *European review of contract law*, 2006, pagg. 167-180; il tema era già, però, da tempo oggetto di riflessione: si vedano anche le riflessioni in G. VETTORI, *Diritto dei contratti e «Costituzione» europea*, Milano, 2005; G. VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2006; L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pag. 11; G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2002, pag. 345; S. PANNUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa, Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea*, Milano, 2002; E. IORIATTI, *Il codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova 2006, in particolare pag. 155 e ss.; L. MOCCIA, *Dumarché à la citoyenneté: à la recherche d'un droit privé Européenne et de sa base juridique*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, pag. 291; C. PINELLI, So-

zione che anche nei rapporti interprivatistici si debbano rispettare gli ideali ed i valori espressi dai testi costituzionali, ma al fatto che la relazione giusprivatistica debba contribuire «attivamente» a promuovere e perseguire tali valori.

I testi costituzionali, laddove presenti, ovvero i valori costituzionali condivisi, così come le Carte dei diritti fondamentali, anche quando non dotate di forza cogente diretta, divengono allora un sicuro appiglio per orientare le scelte di aggiudicazione anche nell'ambito delle controversie tra privati, dando luogo all'elaborazione di regole condivise e comuni all'Europa che è sempre più percepita come Europa dei diritti piuttosto che Europa dell'economia. È evidente che il processo di costituzionalizzazione del diritto privato trovi proprio nel contratto lo strumento più opportuno per veicolare non (sol)tanto la giustizia commutativa, ritenuta già presidio delle norme pattizie o delle norme dispositive nazionali, non solo la giustizia correttiva, appannaggio della previsione di norme cogenti e di interesse generale, ma anche e soprattutto la giustizia (re)distributiva.

Lo strumento negoziale, epurato della dimensione individualistica che ne aveva caratterizzato lo sviluppo tanto nei paesi di *civil law* continentale quanto nelle formule del *common law*, viene riletto in una dimensione allargata al perseguimento dei fini della società intera e soprattutto al fine di garantire, anche nel rapporto giusprivatistico, non solo il rispetto, ma addirittura la promozione dei valori costituzionali e dei diritti fondamentali dell'individuo (12). Ma come si svolge questo processo di costituzionalizzazione del diritto privato?

Andando a ritroso, si osserverà che in realtà la volontà di trovare un ruolo propulsore dei diritti fondamentali (costituzionali)

vranità e Unione europea, in *Sovranità, Parole Chiave - nuova serie di Problemi del socialismo*, Roma, 2006; S. RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 21; A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, pag. 1; Z. ZENCOVICH, *The Constitutional Basis of a European Private Law*, in *Towards a European Civil Code* (a cura di A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. PERRON, M. VELDMANN), Nijmegen, 2004, pag. 205. Nella dottrina estera: KIRCHNER, *The principle of Subsidiarity in the Treaty on European Union. A critique from a Perspective of Constitutional Economics*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1998, 291; W. VAN GERVEN, *Coherence and National Laws, Is there a legal basis for a European civil code?*, in *ERPL*, 1997, 465; S. WEATHERILL, *Reflections on the EC's competence to develop a European Contract Law*, in *ERPL*, 2005, 405. Sul sistema nordamericano si veda L. ANTONIOLLI DE FLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo Diritto Comune Europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, 1996.

(12) G. ALPA, *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *I diritti dei consumatori*, Tomo I, nel *Trattato di diritto europeo*, 2009, pag. 115.

nel contesto contrattuale può farsi risalire già alla giurisprudenza delle corti tedesche che, a partire dagli anni Cinquanta del XX secolo, quando il diritto rialzò la testa quale « reazione » alle atrocità della Seconda Guerra, iniziarono a richiamare e confermare il principio di eguaglianza tra uomo e donna nell'ambito dei rapporti di lavoro, così come vollero garantire, con una giurisprudenza creativa, il diritto alla libertà di espressione, all'inviolabilità della persona, e così via (13). In questo periodo, in Germania iniziarono a profilarsi due scuole di pensiero: una che proponeva l'applicazione diretta (*unmittelbare Drittwirkung*) dei diritti fondamentali nel diritto privato e, dunque, nel rapporto tra i cittadini: il che significava che nei processi di aggiudicazione del diritto privato dovesse comunque prevalere non la norma pattizia, ma la regola più adatta a garantire il perseguimento del valore superiore. L'altro approccio propendeva, invece, per l'indiretta applicazione delle teorie sui diritti fondamentali nei rapporti individuali (*mittelbare Drittwirkung*): in altri termini, questa seconda prospettiva ipotizzava che i privati non fossero considerati come diretti destinatari degli obblighi volti a garantire i diritti fondamentali: semmai, era più accentuata l'idea che il rapporto negoziale potesse essere riletto attraverso una rivalutazione del principio di giustizia contrattuale grazie ad una interpretazione ampia delle clausole generali aperte, quali la clausola di buona fede (14).

Le teorie che, anche senza concettualizzarlo, promossero il processo di costituzionalizzazione del diritto privato non rimasero confinate al contesto di elaborazione sapienziale tedesco ma oltrepassarono, sia nella loro prospettiva speculativa che, come si vedrà, anche nei loro esiti applicativi, le barriere geografiche. Ad esempio, si può registrare la spontanea convergenza con le analisi che si andavano conducendo nell'ambito del c.d. realismo giuridico scandinavo, ma anche nell'approccio alla cultura contrattualistica da parte della dottrina francese, all'interno della quale i discepoli del c.d. dirigismo contrattuale iniziavano a riscuotere importanti frutti

(13) Si veda AA.VV., *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza* (a cura di A. MARIANI, D. CERRI), Pisa, 2007.

(14) Ne discute ampiamente A. SOMMA, *Economia sociale di mercato v. giustizia sociale, Versione ampliata della relazione tenuta al seminario Social Justice*, in *European Contract Law*, Parigi 22-23 settembre 2005; ID., *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in *Buona fede e giustizia contrattuale, modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, pagg. 75-116.

attraverso l'influenza svolta sul formante giurisprudenziale. È noto, infatti, che in quegli anni il diritto francese stesce attraversando il passaggio da un modello di stato ordoliberalo ad uno stato sociale, evoluzione questa già concettualizzata nei decenni precedenti ma che solo a partire dalla seconda metà del XX secolo si esprime in un vero e proprio processo di manipolazione giurisdizionale del diritto dei contratti che faceva della protezione informativa, operativa ed anche economica, di una parte una questione di dignità della persona stessa.

Con il tempo la *mittelbare Drittwirkung*, dopo aver disseminato i suoi frutti in forma disorganica, sembra essere stata abbandonata non solo dai suoi sostenitori ma anche dalla giurisprudenza comunitaria che ha attuato una decisa sterzata nel senso di dichiarare *apertamente* che i diritti fondamentali debbano esser veicolati *anche e comunque* (se non soprattutto) nella, e grazie alla, dimensione dell'agire individuale, aprendosi così una via inequivoca e palesemente esposta nel diritto contrattuale.

Questo svelarsi, ed imporsi, del processo di costituzionalizzazione del diritto privato è avvenuto in forma circolare attraverso influenze biunivoche tra diritti nazionali e diritto europeo. In *common law*, ad esempio, l'evoluzione indicata è testimoniata dall'importanza crescente assunta dalla presenza dello *Human Rights Act* 1998 e dei richiami sempre più frequenti a tale documento da parte della *case law* dell'*House of Lords* (15), prima, e dell'attuale Supreme Court che ne ha preso il posto; sia nei Paesi continentali, al traino del diritto europeo più recente. Un discorso a sé merita l'evoluzione del diritto dei Paesi nordici, i quali, come si vedrà meglio affrontando lo sviluppo scientifico del *social justice movement*, hanno saputo a loro volta promuovere un approccio innovatore e costituzionalmente orientato del diritto privato presentandosi come veri e propri punti di riferimento in sede europea, soluzione questa impensabile sino al secolo scorso. Anzi, secondo molti osservatori, l'inserimento di una sorta di clausola di salvaguardia dei diritti fondamentali nell'argomentazione gius-privatistica non solo rappresenta l'esito naturale dell'evoluzione del diritto contrattuale più moderno, ma assume un ruolo centrale nel promuovere il processo di avvicinamento tra i sistemi nordici e quelli continentali, rappre-

(15) H. COLLINS, *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law through Constitutionalization*, in 30, *Dalhousie Law Journal*, (2007), pagg. 1-26.

sentando lo strumento per pervenire ad un corretto bilanciamento di interessi dell'attuale *legal reasoning* (16).

A conferma e riprova di tali speculazioni, viene indicato un dato oggettivo e verificabile e cioè la produzione del diritto comunitario più recente, sia esso di fonte legislativa o giurisprudenziale. Il diritto comunitario più attuale non si limita, infatti, all'approvazione di norme di dettaglio ed a regole settoriali, ma risulta improntato al perseguimento ed alla affermazione (imposizione?) di valori sociali che devono necessariamente trasparire e prevalere nel processo di creazione del diritto europeo.

La Corte di giustizia europea è stata senza dubbio l'interprete più convinta ed audace di questo meccanismo.

Le decisioni della Corte contenenti precisi riferimenti alla protezione dei diritti fondamentali si sono moltiplicate, non senza suscitare un certo disappunto per i contenuti assolutamente audaci e per certi versi dirompenti, in quanto atti a scalfire lo stesso ideale di certezza del diritto con una netta prevaricazione delle soluzioni nazionali. Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto in materia di locazione, procedura che vide coinvolta proprio l'Italia nel celebre caso Scalabrino, laddove — nell'ambito del conflitto proprietari/locatari — il diritto di proprietà, ma soprattutto la libertà contrattuale, fu sacrificata senza nemmeno troppe lacrime a fronte della esigenza di garantire diritti ultronei. In tempi ancor più recenti, la decisione resa dalla Corte nel caso c.d. *Test Achats* in materia di discriminazione e diritto contrattuale, di cui si darà poco oltre ampiamente conto, ha portato un affondo allo stesso legislatore europeo, chiamato a ri-orientare la produzione normativa comunitaria sì da imporre alle parti dei contratti un modello di giustizia contrattuale distributiva.

A questi interventi della *case law*, seppur più timidamente, gli interventi delle altre istituzioni comunitarie. L'evoluzione ben chiara assunta anche in sede istituzionale, leggibile nelle più recenti Comunicazioni del Consiglio e della Commissione, ma anche negli interventi del Comitato sociale ed economico europeo (anche nei casi in cui non giungano a soluzioni normative audaci: si veda ad esempio il rifiuto dell'idea di un credito responsabile nel testo di direttiva 2008/48/CE) sempre più frequentemente contengono espliciti riferimenti alla protezione dei valori superiori dell'individuo,

(16) H. COLLINS, *loc. cit.*, pag. 13.

offrendo un paradigma interpretativo di cruciale importanza. L'abbandono, almeno nelle intenzioni, della prospettiva meramente tecnico-giuridica è evidente.

Rimane il fatto che proprio il riferimento ai diritti fondamentali di stampo costituzionale rappresenta un veicolo per una maggiore integrazione, consentendo il superamento delle divaricazioni nazionali (17).

b) *Dalla costituzionalizzazione del diritto privato europeo al «social justice movement»: influenze sul diritto dei contratti*

È ben noto che il modello di integrazione europea passa prevalentemente attraverso la via istituzionale e cioè attraverso la creazione di una legislazione sovranazionale che si realizza, in forma derivata dal Trattato, attraverso gli strumenti normativi primari costituiti da regolamenti e direttive comunitarie. Parallelamente, è stato con sempre maggiore convinzione sottolineato il ruolo assunto nella dinamica produttiva del diritto europeo dal formante giurisprudenziale, attraverso l'assunzione delle decisioni delle corti supreme nazionali a ruolo di precedente di prestigio o di riferimento in altri Stati membri (18).

D'altro canto, sulla scorta degli insegnamenti della comparatistica, gli osservatori delle dinamiche evolutive del diritto europeo non hanno mancato di sottolineare la stretta correlazione tra la produzione del diritto comunitario di fonte istituzionale e l'emersione di un diritto europeo comune che si arricchisce del contributo di altri ed inediti formanti, fra tutti quello dottrinale.

In particolare, ad offrire un substrato culturale organico a tale nuovo approccio al diritto privato ed a rileggere in modo critico i medesimi sviluppi della «deriva» costituzional-privatistica indicata, è intervenuto il formante dottrinale che si è raccolto attorno all'idea di un c.d. *social justice movement*: con tale espressione si indica quel contributo di riflessione che, affondando le sue radici nella cultura giuridica europea diffusa in verità sin dagli anni Cinquanta del XX secolo, ha condotto alla elaborazione di un vero e

(17) C. MAK, *Fundamental rights in European contract law. A comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Aphen Adrin, Kluwer, 2008.

(18) Si legga il dibattito su *Contratto e Impresa/Europa*, pagg. 1-49 con i contributi di R. CALVO, P. GORI, L. PIGNATARO.

proprio Manifesto nel quale si trovano affermati con vigore e rigore intellettuale i concetti che sottendono al contenuto di giustizia sociale proprio del diritto civile, e del diritto contrattuale in particolare, osservati tanto nel loro sviluppo nazionale quanto nelle dinamiche di costruzione del diritto europeo. La stessa scuola di pensiero, alla quale accede un sempre più ampio segmento della dottrina, propone altresì un approccio maggiormente critico rispetto alle strategie di intervento tradizionali del diritto istituzionale comunitario, al fine di promuovere quei valori e quei diritti fondamentali, propri della *constitutional law*, anche nel rapporto tra privati (19).

In verità, l'aspirazione alla realizzazione di una *social justice* attraverso il diritto non è mai stata del tutto estranea alla riflessione politica (20). Tuttavia, in tempi recenti e nello specifico contesto della creazione del diritto europeo, tale aspirazione ha via via sostituito, nel suo substrato culturale e di analisi del diritto privato, ciò che in tempi passati era la *contract justice*, cioè l'idea di giustizia contrattuale come espressione, nella dimensione gius-privatistica, della correttezza e del mero rispetto delle regole nel rapporto tra i cittadini. L'esigenza di garantire la giustizia contrattuale diede i suoi frutti, specialmente attraverso il richiamo e l'applicazione delle c.d. clausole generali presenti in molte legislazioni europee e non del tutto estranee alla *law in action* di stati pur privi di un riferimento legal-codicistico. Tuttavia, a partire dagli ultimi anni del XX secolo, la dimensione sociale del diritto privato ha preso una piega decisamente più audace, facendo tesoro del processo di costituzionalizzazione di cui si è più sopra detto per applicarne più direttamente le idee alle relazioni contrattuali tra privati. Si è

(19) Nella tradizione giuridica dei Paesi nordici un posto di rilievo occupano gli studi in materia di *social contract* e *social private law*: il percorso è analizzato in particolare da T. WILHELMSSON, del quale si veda il saggio *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 2004, 10 (6), pagg. 712-733; B. LURGER, *The Social Side of Contract Law and the New Principles of Regard and Fairness*, in *Towards a European Civil Code*, cit., pagg. 285 ss.; il tema era affrontato già da E. EICHENHOFER, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pag. 193 e ss.

(20) Ne discutevano già i grandi pensatori della cultura filosofico-religiosa: per una ricostruzione si vedano P. CULLEN, B. HOOSE, G. MANNION (a cura di), *Catholic Social Justice: Theological and Practical Explorations*, (T. & T Clark/Continuum), 2007; J. FRANKLIN (a cura di), *Life to the Full: Rights and Social Justice in Australia*, Connor Court, 2007; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1972; F.A. HAYEK, *Law legislation and liberty*, Vol. 2 - *The Mirage of Social Justice*, Routledge, 1973.

così giunti, nel 2004, alla stesura di un *Manifesto sulla Social Justice* (21). Secondo i sottoscrittori del Manifesto, «(...) indeed, the private law of contract is currently becoming more significant owing to its crucial role in neo-liberal political thought. If governments seek to reduce the role of the State, to encourage market solutions to problems of securing social welfare, and to use the discipline of market competition to improve the efficiency of the supply of public goods, contracts become both an instrument of trade and an instrument of politics» (22).

L'idea della *European Social Justice* supera il riferimento a un diritto contrattuale come strumento *per e del* mercato, per trasformarlo in strumento *per e dei* cittadini. Vuole, dunque, un approccio meno tecnico che possa veicolare idee più generali e come tali maggiormente idonee a tradurre non solo la giustizia contrattuale, sulla quale la tradizione europea è sedimentata, ma anche e soprattutto la *social justice*. Si rifiuta, dunque, l'idea per cui si possa assumere e coltivare religiosamente un approccio neutrale del diritto al problema sociale: il mito di un diritto neutro rispetto ai valori sottostanti e per il quale l'esigenza si riduce ad assicurare la *fairness* contrattuale in quanto valore del mercato è posto sotto verifica. La domanda che la *European Social Justice* attribuisce all'*European contract law* si può riassumere in ciò: sino a che misura deve essere un impulso alla ricerca non solo di *contract fairness* ma altresì di redistribuzione (23).

Queste idee, tuttavia, richiedono di essere lette sia in relazione alla tradizione dei diritti europei, sia in relazione ai poteri espressi dalla produzione del diritto di fonte comunitaria. Infatti, in primo luogo, si tratta di idee che collidono con la tradizione: il dato storico è quello per cui la lotta alla povertà e la volontà di rimozione

(21) Study Group on Social Justice in European private law (Rapporteur H. COLLINS), *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, *European Law Journal*, 2004, 10 (6), pagg. 653-674; U. MATTEI-DE NICOLA, *A « social » dimension in European Private Law? A call for setting the European agenda*, in *Global Jurist*, 7/2007, pagg. 1-58.

(22) Ancora in *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, cit., pag. 655.

(23) A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, V, pagg. 85-103. Che la prospettiva gius-economica non esaurisca le dimensioni del dibattito è da tempo, ormai, noto, si veda U. MATTEI, *Rise and fall of law and economics: an Essay for Judge Guido Calabresi*, in *Maryland Law Review*, 2005, pag. 12, disponibile al seguente indirizzo http://works.bepress.com/ugo_mattei/27; P. MENGOZZI, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di « interpretazione comparativa orizzontale »*, in *Contratto e impresa|Europa*, 1/2008, pag. 63 e ss.

delle cause di discriminazione sociale non sono funzioni assegnate al diritto dei contratti, il quale come, si è più volte ribadito, era semmai contaminato dalla volontà di elidere quello che non è *fair*. Al contratto, e dunque ai privati che del contratto facevano lo strumento massimo di manifestazione volontaristica e dell'autonomia, non si richiedeva di promuovere valori sociali ulteriori. Anche il ruolo della causa come espressione, propria principalmente dei *civil law systems*, della funzione tipica dell'accordo contrattuale, era da leggersi tradizionalmente in questa prospettiva.

A ben guardare, però, il conflitto tra *social justice* e cardini del diritto contrattuale risulta essere in definitiva meno aspro di quanto appaia. In realtà, il *social justice movement*, così come «positivizzato» nel suo Manifesto, propone una mediazione (24) e non un *clash* culturale. È sin troppo evidente che la proposta è, infatti, quella di conciliare, attraverso una *vocatio* ad una rinnovata agenda comunitaria in materia contrattualistica, l'obiettivo di giustizia sociale (valore fondamentale ma non assoluto) con le regole di certezza del diritto e di condivisione democratica alla quale comunque deve essere improntata l'azione normativa sovranazionale. La fiducia che, nonostante le critiche costruttive, viene riposta nella strategia comunitaria è evidente, grazie alla percezione della diversità di componimento del rapporto interprivato della norma comunitaria rispetto alla norma nazionale: ciò che viene suggerito e sottolineato è il fatto che la produzione giuridica comunitaria dovrebbe aspirare alla realizzazione più piena della *European multilevel governance* (25).

Cosa c'entra, dunque, questo *excursus* su diritto europeo, integrazione, nonché sui concetti di costituzionalizzazione e *social justice* con le tematiche più attuali del diritto assicurativo? Lo racconta l'epilogo della controversia c.d. *Test Achats*.

(24) Cfr. SOMMA: «Il valore cui si esorta ad informare il diritto europeo dei contratti, la giustizia sociale, viene inteso dal Manifesto come relativo ad un certo modo di mediare tra la massima dell'autonomia privata da un lato e la massima della solidarietà dall'altro. Nel merito non si formulano tuttavia indicazioni ulteriori rispetto a quelle, appena ricordate, concernenti il proposito di evitare "lo sfruttamento" e "l'esclusione sociale"» (in *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, pagg. 75-97).

(25) F. CAFAGGI, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2008, pag. 104 e ss., in particolare §1 laddove si imposta uno dei problemi e cioè il rapporto tra forme di produzione normativa comunitaria e forme di autoregolamentazione o co-regolamentazione.

3. *Il « 2012 », l'anno della fine (non solo per i Maya): la polizza uni-sex quale epigono della causa C 203/09 « Test Achats ».*

Da un « incidente nazionale », ossia da un'azione promossa da un'associazione consumeristica belga, trae origine la causa C 236-09 (c.d. « *Test Achats* ») che, ancora prima di giungere a decisione, pubblicata solo in data 1 marzo 2011, aveva già suscitato un ampio dibattito nell'area europeo-francofona.

Questi, in breve, i fatti e le tappe salienti della causa. Essa prese avvio dalla richiesta di pronuncia pregiudiziale proposta dall'associazione di consumatori *Test Achats* alla *Cour de Cassation* belga. L'associazione propone, infatti, ricorso contro la norma nazionale che ancor oggi consente alle imprese di assicurazione di praticare premi differenziati, per le polizze sanitarie, in base al sesso degli assicurati. Secondo *Test Achats*, tale soluzione è in contrasto con il principio di non discriminazione previsto dalla direttiva 2004/113/CE, e ciò nonostante la medesima preveda la c.d. esimente assicurativa tradotta in legge interna dal legislatore belga.

Procedendo con un certo ordine, si dirà come il problema trovi fondamento nell'art. 6 del Trattato dell'Unione europea: questo indica, infatti, che l'Unione riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo. Tra le altre norme fondanti, la Carta dei Diritti fondamentali indica, con poche sorprese, che tutte le persone sono uguali davanti alla legge (art. 20). A sua volta, l'art. 21 sancisce il principio di non discriminazione, mentre l'art. 23 rafforza ulteriormente tale principio laddove impone la parità tra donne e uomini; parità che deve essere assicurata in tutti i campi.

La direttiva europea 2004/113 ha tradotto in norma per gli Stati tali principi superiori, volendo offrire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso ai beni ed ai servizi al fine di rendere effettivo in tutti i Paesi membri il principio di parità di trattamento.

La medesima direttiva consente, però, all'art. 5, di adottare « *differenze proporzionate dei premi e nelle condizioni contrattuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi in base a pertinenti ed accurati dati attuariali e statistici* »: è, dunque, riconosciuta la specificità del contratto assicurativo. La deroga è

stata, ad ogni modo, accompagnata dall'impegno a monitorare gli effetti dell'esimente assicurativa nel medio periodo, come spesso accade per le norme comunitarie frutto dei più delicati compromessi. Contro questa norma si è rivolta l'azione di *Test Achats*, sostanzialmente finalizzata sulla richiesta di espungere la c.d. «esimente assicurativa» dell'art. 5.

Interessanti sono state, sul punto, le riflessioni dell'avvocato (*sorry*, per non discriminare: *-essa*) generale Kokott (26) che, muovendo dal riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti dalle Carte fondamentali e dall'Unione, ha ritenuto che anche l'esimente assicurativa dovesse essere espunta in quanto in contrasto con i valori supremi ed in particolare con il detto principio di non discriminazione. L'avvocato generale Kokott riconosce che in ultima analisi la questione di quali siano le categorie di persone che possono essere formate per effettuare il confronto dipende sempre dalle condizioni giuridico-normative di riferimento (Conclusioni generali, paragrafo 47). E in questo dà atto che il Consiglio gode di ampia discrezionalità; tuttavia, l'avvocato generale si spinge oltre, sino a rilevare che questa discrezionalità non è illimitata, ma deve perimetrarsi all'interno di quei principi generali contenute nelle Carte fondamentali di cui si è fatto cenno.

La controversia discussa di fronte alla Corte, dunque, solleva spunti di analisi collocati su svariati assi multidimensionali che si ritrovano tutti nella causa del 2009: il rapporto tra i formanti (legislativo e giurisdizionale) dell'ordinamento comunitario, le interferenze tra diritto degli stati e diritto nell'Unione, tra ruolo del diritto e confini dell'etica individuale. Non è questa, però, la sede per svolgere tali approfondimenti. Basterà dire che la Corte, nonostante i pareri contrari del mondo assicurativo (e ciò è evidente), ma anche di molti studiosi del diritto assicurativo, in Italia e soprattutto all'estero, i quali hanno concordemente sottolineato la natura specifica del rischio e le sue dinamiche di gestione e calcolo del premio, la decisione della Suprema Corte ha confermato le valutazioni e le richieste dell'avvocato generale.

(26) In effetti, va riconosciuto che in italiano, la maggior parte delle donne preferisce titoli maschili, perché la versione femminile (quando esiste) è considerata ridicola, se non peggiorativa. Si tratta quindi di un problema grammaticale o sociale? La questione non ha forse natura di essenzialità ma senza dubbio rimane di una certa importanza ed è approfondita nelle opportune sedi di dibattito sul *politically correct* alle quali si rinvia.

Il testo della sentenza indica infatti che, posto che è pacifico che lo scopo perseguito dalla direttiva 2004/113 sulla discriminazione anche nel settore dei servizi assicurativi è, come testimoniato dal suo art. 5, n. 1, l'applicazione della regola dei premi e delle prestazioni *unisex* (come chiarito anche dal diciottesimo «considerando» di detta direttiva, dove si afferma espressamente che, per garantire la parità di trattamento tra donne e uomini, il fatto di tenere conto del sesso quale fattore attuariale non dovrebbe comportare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali) la medesima direttiva qualifica la facoltà concessa agli Stati membri di non applicare la regola dei premi e delle prestazioni *unisex* come una «deroga».

Alla luce di tale considerazione, secondo la Corte di giustizia sussiste un rischio che la deroga alla parità di trattamento tra donne e uomini prevista dall'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113 sia applicata a tempo indefinito. Una disposizione siffatta, la quale consente agli Stati membri interessati di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni *unisex*, è contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113 ed è incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta. Di conseguenza, la disposizione suddetta deve essere considerata invalida alla scadenza di un adeguato periodo transitorio.

Dall'insieme delle considerazioni sopra esposte, la Corte risolve la prima questione sollevata da *Test Achats*, che è peraltro cruciale a tutto l'impianto della valutazione della *Kokott*, dichiarando che l'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113 è invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012. Tale termine viene assunto in quanto, a giudizio della Corte, vi sarebbe stato altrimenti il rischio che la deroga alla parità di trattamento tra donne e uomini prevista dalla direttiva fosse permessa dal diritto dell'Unione *ad libitum* in contrasto con il fondamentale principio di parità di trattamento.

4. *Qualche conclusione... e qualche perplessità.*

Dopo queste riflessioni è giunto il momento di porsi qualche domanda. Una coinvolge l'intimo individuale prima ancora che il

legislatore: ci sono discriminazioni gravi ma del tutto trascurate dalla legge, in quanto ritenute comunemente inconsistenti e superficiali; la discriminazione verso il brutto, ad esempio, è insidiosa. Ma nessun legislatore pare aver posto attenzione al problema, ed un'azione nordamericana intentata da un «*not really good looking guy*» contro la gentil dama che l'aveva respinto proprio a causa della sua fattezze, è stata relegata comprensibilmente al rango di *frivolous suits* anche nella terra della *litigation*. In realtà il diritto si occupa solo di qualche forma di discriminazione. Il catalogo di ciò che è giuridicamente rilevante non può che essere discrezionale: il problema è, infatti, prima di tutto politico ed è naturale che sia il legislatore a risolverlo, laddove lo stesso goda di un effettivo tasso di rappresentatività che gli consente di mettere da una parte e dall'altra della riva le discriminazioni non ammesse e quelle ammesse.

Insomma, il legislatore è libero di determinare se e quali categorie proteggere: i bambini o gli adulti, i belli o i brutti, i ricchi più o meno dei poveri, gli intelligenti in modo diverso dagli stolti, individuando dunque il contenuto dell'uguaglianza proponibile. Non vi sarà mai del resto un modo diverso, nel mondo del giuridico, per capire che cos'è l'uguaglianza oppure la disuguaglianza se non andando a vedere le scelte compiute dal legislatore. Il problema teorico sta tutto qui.

Quando tale soglia viene fissata, il giudice interviene per farla rispettare.

Una delle vie prescelte per l'eliminazione della disuguaglianza è divenuta, ormai, secondo l'interprete comunitario, il contratto. Del resto, ciò si comprende se si rammenta che le modalità attraverso le quali si fa il mercato comune coinvolgono primariamente proprio il contratto.

Nell'assicurazione, senza dubbio sussistono giustificazioni non solo tecniche, ma anche di giustizia contrattuale per introdurre discriminazioni: l'impresa assicurativa, quando distingue un soggetto geneticamente sano da un soggetto geneticamente malato, lo fa sulla base di dati volti a preservare (anche) l'equilibrio tecnico nell'interesse non solo proprio ma anche degli altri assicurati, ai quali verrebbe altrimenti fatto carico di partecipare al rischio genetico di una minoranza. Lo stesso può dirsi rispetto all'anziano, al malato, e così via.

Il problema è verificare come e se il mercato possa farsi carico dell'imposizione del principio di solidarietà sociale che, se si pre-

scinde per un momento dalle considerazioni economiche, ha certamente dignità di esistere. Sorgono, però, spontanee alcune domande: la nuova ingegneria sociale può essere imposta dal legislatore? La risposta è senza dubbio positiva e così accade in molti Stati sociali. La solidarietà sino a che punto può essere imposta nel rapporto tra privati e non attraverso la mediazione dello Stato?

Le conclusioni dell'avvocato generale Kokott non lasciano molto spazio alle divagazioni su questi quesiti: certamente sussistono le ragioni tecniche che danno fondamento oggettivo alla discriminazione assicurativa, ma il diritto, per così dire, se ne infischia: il diritto di uno Stato sociale maturo supera gli angusti limiti che le motivazioni tecniche pongono alla base della distinzione tariffaria tra sessi, così come eventualmente tra razze, localizzazioni o provenienze geografiche, e così via (l'elenco, come si è detto, non è chiuso ma posto di volta in volta dal legislatore) per proporre un nuovo ordine, quello della coesione e solidarietà sociale, altrimenti detto della *social justice*.

Probabilmente, ciò obbligherà a leggere in modo diverso molte delle dinamiche assicurative attuali, alcune ben più rilevanti di quelle che pongono la discriminazione tra i sessi. Si pensi al problema delle coperture sanitarie per gli anziani.

Le sfide del nuovo millennio al mondo assicurativo sono queste, la riflessione è aperta...