DIRITTO ED ECONOMIA DELL'ASSICURAZIONE
Anno XLVIII Fasc. 2 - 2006

Michele Roma

VENDITA A DISTANZA DI SERVIZI FINANZIARI, REGIME SANZIONATORIO

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

Vendita a distanza di servizi finanziari, regime sanzionatorio (*)

di MICHELE ROMA (**)

Sommario

Le fonti. 1. Obiettivo del presente intervento. 2. Piano amministrativo. 2.1. Osservazioni preliminari. 2.2. Tipologia e gradazione — Autorità competente all'applicazione. 3. Piano civilistico. 3.1. Introduzione. 3.2. La nullità relativa. L'origine codicistica. 3.3. Nullità relativa e annullabilità: ha un senso la distinzione? 3.4. Le c.d. nullità speciali. La nullità, rimedio di protezione. 4. La nullità prevista dal Codice delle Assicurazioni. 5. Tirando le fila del discorso.

Le fonti

• Art. 11 della direttiva comunitaria 2002/65/CE del parlamento europeo:

« *Gli Stati membri prevedono sanzioni adeguate in caso di mancato rispetto da parte del fornitore delle disposizioni nazionali adottate in conformità della presente direttiva.*

A tal fine essi possono disporre, in particolare, che il consumatore possa risolvere il contratto in qualsiasi momento, senza costi e senza penali.

Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive ».

(*) Convegno Synergia *Intermediazione finanziaria e assicurativa*, Milano 22 marzo 2006.

(**) Studio legale Roma Lepri & Partners.

• Art. 16 d.lgs. n. 190/2005:

« 1. *Salvo che il fatto costituisca reato, il fornitore che contravviene alle norme di cui al presente decreto, ovvero che ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore ovvero non rimborsa al consumatore le somme da questi eventualmente pagate, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria, per ciascuna violazione, da euro cinquemila a euro cinquantamila.*

2. *Nei casi di particolare gravità o recidiva, nonché nell'ipotesi di violazione dell'art. 18, comma 3, [Le autorità di vigilanza nei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare, nell'esercizio dei rispettivi poteri, anche al di fuori dell'ipotesi di cui al comma 1, ordinano ai soggetti vigilati la cessazione o vietano l'inizio di pratiche non conformi alle disposizioni del presente decreto] i limiti minimo e massimo della sanzione indicata al comma 1 sono raddoppiati.*

3. *Le autorità di vigilanza dei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare e, ciascuna nel proprio ambito di competenza, accertano le violazioni alle disposizioni di cui al presente decreto e le relative sanzioni sono irrogate secondo le procedure rispettivamente applicabili in ciascun settore.*

4. *Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.*

5. *La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. Nei contratti di assicurazione l'impresa è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione. Non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. È fatto salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni.*

6. *Sono fatte salve le sanzioni previste nel decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (''Codice della Privacy'') ».*

1. *Obiettivo del presente intervento*

Dopo un breve *excursus* sulle sanzioni amministrative previste dalla norma in esame, ci si propone di approfondire il tema delle

ccd. « nullità protettive » nell'ambito del quale riteniamo si possa inserire anche la sanzione civilistica prevista nell'art. 16 del d.lgs. n. 190/2005.

Verificare se abbia un senso parlare di « nullità relativa » e indagare come si siano oltrepassati i confini codicistici di tale forma di invalidità negoziale, verso le ccd nullità speciali o nuove nullità.

Entrambi i profili destano notevole interesse perché rappresentano una interpretazione recentissima, all'interno delle garanzie offerte al contraente/consumatore coinvolto dalla vendita a distanza di prodotti finanziari, delle *sanzioni civili* (negoziali) e tra queste di quella estrema, la nullità.

2. *Piano amministrativo*

2.1. *Osservazioni preliminari*

Le sanzioni regolate dall'art. 16 si presentano come sanzioni speciali rispetto a quelle previste dall'art. 62 del Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/05) in materia di contratti a distanza, in quanto specificamente afferenti ai prodotti finanziari e assicurativi.

2.2. *Tipologia e gradazione — Autorità competente all'applicazione*

L'art. 16 fa salva l'eventualità che la condotta del fornitore integri in via autonoma fattispecie penali e si preoccupa, invece, di delineare quei comportamenti atti a giustificare la comminatoria di *sanzioni amministrative*.

Le ipotesi sono espressamente previste dal comma primo e, al di là della generica previsione di violazione delle norme del « decreto », le altre due ipotesi, all'evidenza alternative e concorrenti, appaiono « gemelle » di quelle che ai sensi del quarto comma possono generare la nullità del contratto. Esamineremo più oltre quale tipo di riflessioni può suscitare l'opzione legislativa. Per ora è sufficiente considerare che la norma lascia all'Organo di vigilanza una discrezionalità applicativa che di certo non è nuova: né rispetto alla

gradazione della « sanzione semplice », né rispetto a quella ancorata alle ipotesi di particolare gravità o recidiva.

Con riguardo al *settore assicurativo* (verso cui è specificatamente orientato il presente intervento), il comma terzo chiama in gioco l'ISVAP come Autorità di riferimento, e dunque, indirettamente, gli aspetti procedimentali introdotti dal Titolo XVIII del Codice delle Assicurazioni (artt. 325 e ss.). La lettura delle disposizioni del Capo VII getta luce sugli aspetti operativi, tra i quali spicca il problema della *responsabilità solidale* delle imprese assicurative con l'autore della violazione quante volte l'inosservanza sia stata posta in essere da soggetti ai quali siano state affidate funzioni parzialmente comprese nel ciclo operativo delle imprese di assicurazione e riassicurazione (art. 325, ult. comma).

Il richiamo appena operato consente anche di chiarire i rapporti, in generale, tra la disciplina della vendita a distanza alla stregua del d.lgs. 190/2005 e la legislazione assicurativa. L'art. 1, comma 3, si riporta ad essa in via generale e dunque anche ai fini dell'irrogazione delle sanzioni.

Utile il rilievo secondo cui le controversie relative ai ricorsi avverso i decreti ministeriali che applicano le sanzioni, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 323, comma settimo).

3. *Piano civilistico*

3.1. *Introduzione*

Sul piano civilistico è prevista la nullità del contratto nel caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale che alteri in modo significativo la descrizione delle caratteristiche del contratto, ovvero di ostacolo all'esercizio del diritto di recesso, ovvero ancora di non restituzione (integrale o parziale, a seconda delle tipologie contrattuali) delle somme pagate dal contraente. *Tale nullità può essere fatta valere solo dal consumatore.*

3.1.2. Qualche spunto sulle ipotesi contemplate dal comma IV:

i) «*... caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente...*»: la prima ipotesi prevede in sostanza una violazione del diritto al ripensamento, cosa si intende per ostacolo al diritto di recesso, o meglio come si può manifestare tale attività «inibitoria»? Si può pensare al fornitore che richieda che l'esercizio del diritto di recesso avvenga dietro allegazione di un giustificato motivo, o verso pagamento di una penale, in violazione dell'art. 11. o ancora ometta di indicare nel testo del contratto le modalità attraverso le quali debba essere esercitato tale diritto, in conformità a quanto previsto dall'art. 6, comma 1 lett. d). Senza dubbio la previsione è destinata a coprire tanto l'ostacolo posto su base contrattuale (mediante le *condizioni generali di contratto*), quanto quello che si realizzi in via di fatto;

ii) mentre non necessita di particolare commento la seconda ipotesi contemplata, trattandosi di fattispecie di intuibile e immediata comprensione «*... non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate...*»; in tal caso si porrà il solo problema di comprovare l'inadempimento del fornitore nei modi consueti, e cioè mediante esibizione della lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente la «*costituzione in mora*» della controparte.

iii) di ben altro spessore l'ultima ipotesi: «*... viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche...*». Il riferimento corre all'art. 3 trattandosi di informazioni pre-contrattuali, articolo che ci sembra doveroso riportare testualmente per la sua esaustività: «*Art. 3. Informazioni del consumatore prima della conclusione del contratto a distanza.*

1. *Nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta, gli sono fornite le informazioni riguardanti:*

a) *il fornitore;*

b) *il servizio finanziario;*

c) *il contratto a distanza;*

d) *il ricorso.*

2. *Le informazioni di cui al comma 1, il cui fine commerciale deve risultare in maniera inequivocabile, sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo debitamente conto in particolare dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale e dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci e dei minori.*

Le informazioni relative agli obblighi contrattuali, da comunicare al consumatore nella fase precontrattuale, devono essere conformi agli obblighi contrattuali imposti dalla legge applicabile al contratto a distanza anche qualora la tecnica di comunicazione impiegata sia quella elettronica.

Se il fornitore ha sede in uno Stato non appartenente all'Unione europea, le informazioni di cui al comma 3 devono essere conformi agli obblighi contrattuali imposti dalla legge italiana qualora il contratto sia concluso».

L'art. 3 effettua un implicito rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 4, 5, 6 e 7 che rispettivamente concernono le informazioni relative al fornitore, al servizio finanziario, al contratto a distanza, al ricorso, la cui trattazione esula dal tema del presente intervento e che comunque riecheggiano l'idea della necessità di una informativa preventiva completa che abbracci sia gli aspetti diremmo soggettivi, il fornitore con il quale si contrae, che quelli più squisitamente oggettivi, il servizio finanziario oggetto del contratto, le caratteristiche stesse del contratto e dunque il «progetto pattizio» sottostante al tipo prescelto, e informazioni relative ai reclami o a eventuali fondi di garanzia o indennizzo. Il tema è stato oggetto di una trattazione *ad hoc* ed a quella ci si riporta. È, invece, aderente alla disamina dei profili sanzionatori l'approccio esegetico al portato del quarto comma rispetto a quello del primo comma, a ragione del fatto che risultano collimare le ipotesi dell'«ostacolo all'esercizio del recesso da parte del consumatore» e quello del «mancato rimborso» al consumatore delle somme da questi eventualmente pagate. Il che consente di chiarire che evidentemente la scelta sanzionatoria è stata nella direzione di lasciare impregiudicato il cumulo dell'«illecito amministrativo» con quello «interprivatistico»: il primo, che espone il fornitore all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il secondo (in aggiunta, o alternativamente), alla declaratoria della nullità del contratto, con quel che ne segue anche in termini di risarcibilità del danno (posto che il consumatore/contraente che intendesse rivendicare la tutela del pregiudizio subito a seguito di comportamenti «illeciti» del fornitore dovrebbe agganciare tale domanda alla previa invocazione della nullità).

3.1.3. Per quanto concerne in particolare il settore assicurativo, la declaratoria di nullità del contratto obbliga l'impresa alla

restituzione dei premi incassati, fermo restando l'adempimento delle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto effetto e, quindi, la non ripetibilità degli indennizzi e delle somme eventualmente corrisposte agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative (art. 16, comma 5, primo, secondo e terzo periodo). Vale la pena di considerare che, invocata la nullità del contratto da parte del consumatore, muta il regime « restitutorio » perché, a differenza di quanto previsto dall'art. 12 circa il « *Pagamento del servizio fornito prima del recesso* », in tal caso l'impresa di assicurazione « *... è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione* ». Si tratta di una scelta che è volta a sottolineare l'intento sanzionatorio che anima la norma e nel contempo la *ratio* di tutela (i cui prodromi possono rinvenirsi nella disciplina di cui all'art. 2126 c.c., in punto di nullità e protezione del lavoratore).

La previsione del comma quinto è peculiare rispetto al contratto di assicurazione (almeno nella parte che dispone che l'impresa « *... deve adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione...* » e ne segue la *causa* intesa come funzione economica sociale. Per questo si pone come eccezione rispetto alla regola per cui, e secondo i principi generali, la nullità del contratto dovrebbe comportare la perdita di qualsiasi effetto giuridico dello stesso.

3.1.4. Il consumatore è altresì legittimato, come si è detto, ad agire per il risarcimento dei danni eventualmente subiti (art. 16, comma 5, quarto periodo). La tutela del consumatore ovviamente non può limitarsi alla restituzione di quanto pagato in conformità del contratto dichiarato nullo, ma si estende a quegli ulteriori danni che il consumatore abbia subito a causa della conclusione del contratto, e qui si può pensare ad esempio a tutte quelle spese sostenute esclusivamente in vista della conclusione del contratto. Senza escludere ciò che, in termini di perdita, consegue al mancato buon fine dell'« investimento » e, quale che sia la natura della responsabilità del fornitore, lo espone anche alle conseguenze del « lucro cessante ».

3.1.5. L'art. 17 rafforza la disciplina civilistica sopra descritta, giacché stabilisce la nullità di qualsiasi pattuizione che privi il consumatore della tutela accordata dal decreto in oggetto. In

questo caso, la nullità può essere fatta valere dal consumatore oppure rilevata d'ufficio dal giudice.

3.2. *La nullità relativa. L'origine codicistica*

Se ci si chiede quale sia la « legittimazione » di una tale categoria concettuale la risposta è rintracciabile proprio nel codice civile.

L'art. 1421 c.c.: « *Salvo diverse disposizioni di legge*, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice ».

Con il termine « nullità relative » si suole indicare quelle che, contro la regola dell'art. 1421 c.c., possono farsi valere non da chiunque vi abbia interesse, ma solo da una delle parti: *dalla sola parte protetta dalla previsione di nullità.*

Si identificano con le c.d. *nullità di protezione*, disposte nell'interesse di una parte in quanto esponente di una categoria sociale meritevole di particolare tutela nei confronti dell'altra.

La nullità relativa serve infatti la parte protetta meglio di una nullità invocabile da parte di qualunque interessato: rende tale parte arbitra della sorte del contratto (essendo in suo potere decidere se mantenerlo o annientarlo); sottrae tale possibilità di scelta a chiunque altro e segnatamente a controparte, vincolata dal contratto salvo che la parte protetta scelga la nullità.

3.3. *Nullità relativa e annullabilità: ha un senso la distinzione?*

Brevemente: ci si può chiedere se può avere un senso distinguere tra nullità relativa e annullabilità dalla quale mutua il più forte connotato di regime. La risposta è sia di ordine concettuale che pratico.

Concettuale: mentre l'annullabilità persegue l'interesse particolare della parte protetta in relazione alla condizione soggettiva in cui la stessa versa, la nullità relativa persegue un interesse della parte protetta che non è tuttavia il suo interesse particolare, bensì è un *interesse di serie o di massa*, del quale la parte è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva; dunque in definitiva è il *riflesso di un interesse generale*.

La risposta è anche *pratica*: conservando la qualifica di nullità, *si escludono elementi del regime dell'annullabilità che sarebbero indesiderabili* alla luce dello stesso interesse che si vuole proteggere. Ciò vale soprattutto per la *convalida*, (art. 1444 c.c.), specie se tacita: la protezione sarebbe debole, se la parte protetta perdesse l'impugnativa del contratto solo per aver compiuto qualche atto di esecuzione. Ben più interessante sarebbe la valutazione della *convertibilità* del contratto (art. 1424 c.c.), tema questo che implicherebbe un allargamento troppo esteso del tema di indagine.

Siamo nel campo, in sostanza, di quelle *invalidità relative generiche* — relative perché non invocabili da tutti, o perché non invocabili contro tutti, o perché rilevabili solo nell'interesse di alcuno, o perché non opponibili a tutti — alveo nel quale confluiscono numerose figure di invalidità che la legge ha battezzato come nullità, in modo da sottrarle alle strettoie della funzione costitutiva della pronuncia giudiziale, nonché della prescrittibilità dell'azione, e che, peraltro, sono chiaramente finalizzate alla protezione di una sola parte.

Ed ancora: il *discrimen* tra le due fattispecie va ricercato nella circostanza che, mentre nelle ipotesi di «nullità» la tutela dell'interesse generale passa attraverso l'imposizione di determinati requisiti (idonei, è ovvio, ad assicurare anche l'eventuale tutela degli interessi particolari in gioco), nella fattispecie di «annullabilità», al contrario, l'imposizione di analoghe prescrizioni, cui i contraenti devono conformarsi, non è dettata dalla sussistenza di un interesse generale che l'ordinamento intende conseguire mediante l'atto di autonomia. In altre parole, si è detto (R. QUADRI, «*Nullità*» e tutela del «*contraente debole*», in *Contratto e impresa*, Cedam, Padova, vol. 3, 2001, pagg. 1143 e ss.), attraverso la (e in vista della) tutela del mercato si tutela il consumatore ed attraverso la (e in vista della) tutela di un'equilibrata dialettica dei rapporti di lavoro e dell'efficienza produttiva si tutela il lavoratore.

3.4. *Le c.d. nullità speciali. La nullità, rimedio di protezione*

Di fronte alla vera e propria «inflazione» di forme di nullità disseminate nelle c.d. leggi speciali, la dottrina si è posta — e non poteva non porselo — il problema del rapporto tra tali *nuove* (forme di) nullità e le nullità codicistiche. La prima reazione potrebbe essere quella di attestarsi sulla linea di difesa del modello co-

dicistico di nullità ed opporre un rifiuto al dilagare di tali nuove forme, definite « eccezionali » e sicuramente frutto di emergenza e di valutazione di interessi, concreti ed occasionali, per non dire effimeri. Ma compito del giurista non è certo quello di rifiutare il « nuovo » nell'ostinata difesa del vecchio, ma di individuare le linee di « lunga durata » di un fenomeno.

Nullità « speciali » con riguardo alla fonte, da ravvisare nelle leggi « speciali » extra codice. « Speciali » per gli effetti di cui sono corredate tali nuove forme di nullità. Ma la tematica delle « nullità speciali » non è soltanto sul terreno degli effetti, definiti appunto « speciali » e cioè diversi da quelli comuni. Essa è tale anche sul terreno della *nullità-fattispecie*. Essa infatti è distante anni luce da quelle forme tradizionali di nullità, che si sono definite « strutturali », perché intrinseche al contratto.

Le cause e/o i fattori, se così possono definirsi, di nullità qui attengono a circostanze o elementi che sono, tutti, « esterni » al contratto e che pure sono destinati a reagire sul trattamento di esso. Elementi che non integrano *vizi genetici* che accompagnano il sorgere del rapporto contrattuale e che piuttosto si presentano come rimedi connotati da una forte caratterizzazione sanzionatoria che si rivolge non indistintamente verso entrambe le parti (« colpevoli » in eguale modo), quanto piuttosto verso quella cui è ascrivibile una « condotta » scorretta. In questo contesto spicca l'opzione legislativa verso la più « dura » delle sanzioni civili (la nullità del contratto, appunto) per fini meramente protezionistici ancorché la « patologia » che connota il contratto non sia di per sé così grave alla stregua della tradizionale teoria della nullità (art. 1418 c.c.). Sempre da questa angolazione si giustifica anche sul piano sistematico la nullità in esame che evidentemente, siccome consegue ad una stringente analisi di politica economico/normativa, ben potrà ricadere tra le previsioni dell'ultimo comma dell'art. 1418 c.c.

Il fenomeno, dicevamo, non è nuovo e il riferimento corre alla legislazione di derivazione comunitaria (si veda ad esempio, la legge antitrust, n. 287/1990) la quale se fa divieto di intese o di accordi tra imprese, collega tale divieto all'effetto (esterno) *restrittivo* della concorrenza nel mercato; in altro ambito (quello delle clausole vessatorie, art. 1469 *bis*, c.c.) se si intende proteggere il consumatore, lo si fa alla condizione che sia mancata una *trattativa individuale* tra i contraenti (sulla clausola in oggetto) e che ciò costituisce il segno di una situazione di abuso. Per poi arrivare alle ipotesi di nullità

previste nella recente legislazione in materia assicurativa e finanziaria, il riferimento corre al d.lgs. n. 386/1993 (di seguito anche per brevità « TUB »), così come al recente Codice delle Assicurazioni per approdare al tema, oggetto del presente convegno, della vendita a distanza di prodotti assicurativi o finanziari.

È evidente che in tutti questi casi si attinge a situazioni o circostanze tutte « esterne » al singolo contratto perché proprie di situazioni più complessive in cui si trovano le parti. Si guarda dunque ai « dintorni » del contratto. Il contratto è solo la punta di un *iceberg*. Le cause o i fattori dunque delle nullità « di protezione » non si lasciano rinchiudere in una determinata fattispecie. *Essi sono la negazione della fattispecie*. Il predicato « speciali », con riguardo a queste forme di nullità finisce coll'andare al di là del singolo effetto « speciale » (e sia esso da individuare nella particolare forma di legittimazione *relativa* o nel carattere necessariamente *parziale* della nullità o nell'effetto *sostitutivo* di altre clausole), per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della nullità fattispecie, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze « esterne » al contratto.

Per cogliere appieno il senso e la portata di un concetto come quello di « nullità speciali » l'angolo visuale dal quale ci si può muovere è quello della « protezione » dell'interesse del singolo contraente, definito meritevole di particolare attenzione. Di qui l'interesse generale ad una contrattazione seria ed efficiente e collimante con i valori dell'ordinamento, cui tradizionalmente è ancorata la nullità codicistica, e che induce oltre che a fulminare di nullità contratti od accordi privi del necessario substrato materiale, anche contratti contrari a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, si è venuto sovrapponendo anche l'interesse del singolo contraente (sia esso il consumatore o il cliente di una banca o di un'impresa di assicurazione) per la cui tutela la tradizionale forma di nullità, nella sua neutralità ed astrattezza, più non sarebbe sufficiente (appunto perché *neutrale* rispetto ai singoli interessi dei contraenti).

Su tale terreno e con questi presupposti si pongono la c.d. nullità e/o meglio *le nullità « di protezione »*.

— Esse, per definizione, « proteggono » il singolo contraente (consumatore e/o cliente). Si pongono, per così dire, a servizio di esso, nel senso che, sia sul piano delle condizioni di impiego come su quello del modo di operare, si adoperano per fornire « protezione » al singolo interesse. Non dovrà allora stupire più di tanto

se la *nullità* qui assume contenuti che hanno riguardo al « significativo squilibrio » che patisce il singolo contraente (art. 1469-*bis* c.c.), reso visibile e concreto dall'assenza di « negoziato individuale », né se un requisito di forma del contratto, tradizionalmente riferito ad entrambi i contraenti, venga invece riferito solo ad uno di essi (il cliente della banca) (art. 117, TUB) e che la nullità così comminata può essere fatta valere solo dal contraente protetto (art. 127) e che la prescrizione, la cui mancata osservanza induce nullità, sia derogabile solo in senso più favorevole al contraente protetto (art. 127).

— Ma, più in generale, dovrà riconoscersi che la forma della nullità « parziale » è qui quasi « imposta », senza il quid medium della volontà delle parti. E anche questo è un modo per proteggere l'interesse della parte al recupero del contratto *in parte qua*.

— A fronte di tale complessiva situazione normativa, le opzioni dell'interprete sono abbastanza prevedibili. V'è una lettura di tipo tradizionale alla stregua della quale tutto ciò che è diverso e anormale rispetto al quadro tradizionale viene relegato nel campo delle « eccezioni ». Il rapporto *regola-eccezione* è sempre a disposizione dell'interprete. Esso però non può essere soddisfacente per due principali considerazioni: la regola può sempre essere contestata nella sua attualità o vigenza, onde il rapporto regola-eccezione verrebbe a risultare privo di base; le dimensioni quantitative delle c.d. eccezioni possono essere tali da indurre anche ad invertire il rapporto.

— In una prospettiva sistemica si potrebbe essere sollecitati a meglio puntualizzare le nullità « di protezione », definendole una forma di nullità alternativa a quella della *nullità-sanzione* e più vicine alla *nullità-rimedio* (in favore dell'un contraente). Una volta che si accoglie la forma della *nullità-rimedio*, a servizio dell'interesse particolare dell'un contraente, dovrà apparire del tutto coerente che la legittimazione a far valere la nullità sia solo di esso e che comunque, anche colpita la clausola o parte del contratto, non ne sarà travolto l'intero. Si tratta allora di scorgere nella nullità un peculiare rimedio di tutela che, proprio perché a servizio di un interesse particolare, su questo è destinato a conformarsi.

— La *nullità-rimedio*, per dirla all'anglosassone è una « cura contro il torto ». Essa è indice di flessibilità e come tale, tende ad adeguarsi all'interesse protetto. Siamo distanti da una nullità che costituisce risposta ad una fattispecie intrinsecamente carente e/o sanzione di regole primarie inosservate.

3.4.1. Le nullità di protezione nel Codice del Consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 6)

Non possiamo a questo punto esimerci dal citare per completezza del quadro di riferimento la norma di cui all'art. 36 del recente Codice del Consumo che etichetta esplicitamente come « nullità di protezione » le invalidità contemplate, testualmente art. 36:

« *Nullità di protezione*

1. *Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.*

2. *Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di*

a) *escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;*

b) *escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;*

c) *prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.*

3. *La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.*

4. *Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive.*

5. *È nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente capo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno stato membro dell'Unione europea.* »

4. *La nullità prevista dal Codice delle Assicurazioni*

L'art. 167 del d.lgs. n. 209/2005 (di seguito per brevità « Codice delle Assicurazioni »):

« *Nullità dei contratti conclusi con imprese autorizzate.*

1. *È nullo il contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari.*

2. *La nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato. La pronuncia di nullità obbliga alla restituzione dei premi pagati. In ogni caso non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative*».

L'illiceità dell'impresa assicurativa, carente della autorizzazione rilasciata nelle forme di legge o diffidata dal proseguire l'attività, si ritorce tuttavia sui contratti da questa stipulati, determinandone la nullità. Ancora una volta una nullità relativa.

4.1. Nel sistema eretto dagli artt. 1882 e ss., c.c. e dalla stessa legislazione speciale, l'invalidità del contratto di assicurazione, nelle sue possibili varianti, è fenomeno per lo più marginale, in ragione della portata distruttiva del vincolo e delle gravi ripercussioni restitutorie cui dà adito. Lo stesso dicasi per lo scioglimento del contratto dovuto a risoluzione o recesso. Pur dove operanti, questi rimedi caducatori del rapporto registrano la costante inclinazione legislativa ad attenuare e circoscrivere nel tempo gli obblighi restitutori gravanti sull'assicuratore, così da ridurre al minimo il depauperamento della massa dei premi raccolti, a beneficio dell'impresa e della stessa collettività degli assicurati. Altrettanto interessante verificare, all'interno del medesimo contesto, come il tema delle nullità di protezione (assumendo che tale sia la nullità oggetto del presente intervento) segni un notevole «stacco» rispetto alla gamma di soluzioni codicistiche pensate in tema di *Dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave* (art. 1892 c.c.). A ben vedere la situazione che s'intende qui tutelare è la stessa pensata per il «consumatore» dal d.lgs. n. 190/2005, sebbene capovolta. Senonché la previsione codicistica è ancora ferma sui rimedi tradizionali contemplando la mera annullabilità del contratto connotato da reticenza dell'assicurato.

È chiaro poi che l'obiettivo di protezione patrimoniale dell'impresa assicuratrice e dei suoi clienti deve venir meno quando l'impresa sia illecita. Il Codice utilizza lo schema della «nullità relativa» e determina una discrasia nei debiti restitutori conseguenti alla dichiarata nullità, in modo tale da salvaguardare quanto più

possibile la parte debole e penalizzare invece con severità quella forte, esercente l'impresa illecita.

4.2. Ancora sulla nullità relativa nell'art. 167.

La nullità presidia l'interesse della parte debole, contraente od assicurato, contro quello della parte forte, l'impresa abusiva, ed è consequenziale che alla prima e non alla seconda ne sia rimessa l'operatività giudiziaria. La nullità *ex* art. 167 è, diremmo, squisitamente relativa, la legittimazione attiva è riservata alla parte debole, quella che ha intrattenuto il rapporto con l'impresa illecita, mentre fa difetto qualsiasi rilevabilità officiosa.

Il sistema di funzionamento di tale invalidità sul piano degli effetti chiarisce che qui la nullità relativa finisce con il veicolare una sorta di pena civile a carico dell'assicuratore abusivo. Nella previsione di cui all'art. 167, comma 2, terza proposizione si annida la prescrizione derogatoria rispetto ai tratti correnti della nullità. Il contraente, l'assicurato, il beneficiario, in sintesi la parte debole, malgrado la nullità del contratto intercorso con l'impresa abusiva, si sottrae a qualsiasi debito di restituzione e conserva pertanto, a pieno titolo, le somme ricevute o promesse dall'illecito assicuratore.

L'asimmetria nel debito restitutorio è manifestamente afflittiva per l'impresa illecita e conforta l'allusione alla pena civile. La deviazione dal tradizionale paradigma della nullità, che dovrebbe importare la restituzione bilaterale dell'indebito, incombe sulla parte forte, perché s'astenga dall'intraprendere contrattazioni cui non è autorizzata. Come tutte le sanzioni, anche questa irripetibilità delle somme pagate tende alla dissuasione, ma una volta che dissuasione non v'è stata consente di non riversare sulla parte debole gli esiti infausti dell'altrui attività illecita.

4.3. Breve digressione sulla trasparenza nel rapporto assicurativo. Rimedi contro l'intrasparenza.

L'ambiente naturale della trasparenza abbraccia l'intera area dei contratti per adesione, entro cui preme classificare il contratto assicurativo. Ogniqualvolta la formazione dell'accordo sia anticipata dalla predisposizione unilaterale del testo, cui controparte è chiamata semplicemente ad aderire si soddisfa l'interesse del predisponente a regolare i futuri rapporti in maniera uniforme. L'invocata trasparenza non pone di per sé rimedio alle sperequazioni del contratto per adesione, ma impegna il contraente, quanto meno al

« parlar chiaro ». Non è dunque un dato neutrale, un momento di generica concretizzazione della buona fede *ex* art. 1337 c.c., né un criterio di comportamento che debba guidare le parti in maniera speculare. La trasparenza è un diritto del contraente ed un dovere dell'impresa assicuratrice. Lo strumento, come sottolinea attenta dottrina (*ex multis*: Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, Iovene Editore, Napoli, 1995, pagg. 17-18) s'indirizza contro le asimmetrie informative, pretendendo di restituire al contraente debole quella consapevolezza del proprio agire contrattuale che la disinformazione precluderebbe fin da principio.

Vi è però da segnalare che il neo-codificatore se non ha mancato di ribadire, anche in questa sede, la centralità della trasparenza quale autentica icona dell'intero Codice ancora una volta tace sulla sanzione, sugli strumenti e sulle tecniche di tutela spettanti alla vittima della in trasparenza. L'omissione fortifica il presagio che l'icona sia destinata a rimanere nuovamente simbolica, sancendo essa una *lex minus quam perfecta* alla perenne ricerca di credibili riscontri pratici. Un'ultima osservazione: l'art. 166 reca un contributo riequilibratore nell'alveo dei doveri informativi, completando a favore del contraente e dell'assicurato, quanto gli artt. 1892 e 1893 c.c. già prescrivevano a beneficio dell'impresa. Dalla congiunzione dei due versanti discende che la trasparenza, il *clare loqui*, è oggi diritto e dovere reciproco delle parti.

5. *Tirando le fila del discorso*

Appressandoci a concludere questo nostro intervento possiamo quindi annoverare anche la nullità prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 190/2005 nell'alveo delle nullità speciali, o nuove che dir si voglia. Legittimazione attiva riservata, asimmetria degli effetti restitutori, collegamento della invalidità alla violazione dei parametri di una trasparente e corretta negoziazione inseriscono tale forma di nullità nel solco tracciato dal legislatore speciale delle nullità protettive, non disdegnando nel caso di specie una poliedricità di funzioni, non da ultimo quella sanzionatoria, « amplificata » per essere la stessa correlata ad altra forma di protezione tipica (il recesso/diritto di ripensamento). Che si abbia di fronte un eccesso

di tutela è questione che va oltre i limiti dell'intervento. Di certo occorrerà pensare che su questa china il legislatore dovrà cominciare a porsi la questione di bilanciare gli interventi correttivi dell'autonomia negoziale delle parti perché non ne abbia a soffrire il fornitore.