

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana "Consumatori e Mercato"

**7**

# **LA DIRETTIVA CONSUMER RIGHTS**

## **IMPIANTO SISTEMATICO DELLA DIRETTIVA DI ARMONIZZAZIONE MASSIMA**

a cura di **Claudia Giustolisi**



*Roma TrE-Press*

2017

Questo volume raccoglie i contributi presentati nel seminario “*La direttiva consumer rights: impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*”, del 28 aprile 2015, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi Roma Tre.

## PRESENTAZIONE DELLA COLLANA “CONSUMATORI E MERCATO”

DIRETTORE: VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

COMITATO SCIENTIFICO: GUIDO ALPA, MARCELLO CLARICH, ALBERTO MUSSO

La Collana “Consumatori e mercato”, per le Edizioni Universitarie di Roma Tre all’interno del progetto di Ateneo Roma TrE-Press, intende essere una piattaforma editoriale multilingue, avente ad oggetto studi attinenti alla tutela dei consumatori e alla regolazione del mercato. L’intento è di stimolare un proficuo scambio scientifico attraverso una diretta partecipazione di studiosi appartenenti a diverse discipline, tradizioni e generazioni. Il dialogo multidisciplinare e multiculturale diviene infatti una componente indefettibile nell’ambito di una materia caratterizzata da un assetto disciplinare ormai maturo tanto nelle prassi applicative del mercato quanto nel diritto vivente. L’attenzione viene in particolare rivolta al contesto del diritto europeo, matrice delle scelte legislative e regolamentari degli ordinamenti interni, e allo svolgimento dell’analisi su piani differenti (per estrazione scientifica e punti di osservazione) che diano conto della complessità ordinamentale attuale.

\*\*\*\*\*

The “Consumer and market” series edited by Edizioni Universitarie di Roma Tre for the Roma TrE-Press project, aims at being a multilingual editorial project, which shall focus on consumer protection and market regulation studies. The series’ core mission is the promotion of a fruitful scientific exchange amongst scholars from diverse legal systems, traditions and generations. This multidisciplinary and multicultural exchange has in fact become fundamental for a mature legal framework, from both the market practice and the law in action standpoints. A particular focus will be given on European law, where one can find the roots of the legislation and regulation in the domestic legal systems, and on the analysis of different levels, in line with the current complexity of this legal sector.

*Elenco e qualifiche degli autori:*

Ettore BAITTELLI, *Ricercatore e Professore Aggregato di Diritto Privato, Università degli Studi Roma Tre*

Roberto CALVO, *Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università della Valle d'Aosta*

Roberto CHIEPPA, *Segretario Generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Antonio COLAVECCHIO, *Professore associato di diritto amministrativo, Università di Foggia*

Tommaso DALLA MASSARA, *Professore ordinario di diritto romano, Università degli Studi di Verona*

Angelo Danilo DE SANTIS, *Professore associato di diritto processuale civile, Università degli Studi Roma Tre*

Anna GENOVESE, *Membro della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*

Maria Cecilia PAGLIETTI, *Dottore di Ricerca in Consumatori e Mercato, Università degli Studi Roma Tre*

Sara PERUGINI, *Dottore di Ricerca in Consumatori e Mercato, Università degli Studi Roma Tre. Funzionario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

Antonio PRETO, *Già Componente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*

Andrea ZOPPINI, *Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università degli Studi Roma Tre*

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

*Copertina realizzata da Mosquito [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)*

*Editing ed impaginazione grafica:*

Editoriale Scientifica s.r.l.



*Edizioni: Roma TrE-Press* ©

Roma, marzo 2017

ISBN: 978-88-9488-504-0

<http://romatypress.uniroma3.it>

## Indice

### INTRODUZIONE

ANDREA ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore” (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)* 000

### SAGGI

TOMMASO DALLA MASSARA, *La “maggior tutela” dei diritti del consumatore. La Direttiva Consumer Rights e la disciplina di settore* 000

ROBERTO CALVO, *Consulenza e informazione nella prospettiva delle imprese e dei consumatori* 000

ROBERTO CHIEPPA, *La direttiva Consumer Rights: l’esperienza del mercato e gli orientamenti dei regolatori* 000

ANTONIO COLAVECCHIO, *La tutela del consumatore nei confronti delle pratiche commerciali scorrette: il ruolo dell’AEEGSI* 000

ANNA GENOVESE, *Pratiche commerciali scorrette e offerta di servizi di investimento* 000

ANTONIO PRETO, *Tutela dei consumatori: il ruolo di Agcom* 000

ETTORE BATTELLI, *Il principio di unitarietà nella tutela amministrativa dei rapporti di consumo* 000

ANGELO DANILÒ DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile* 000

MARIA CECILIA PAGLIETTI, *Dal consumatore ai consumatori: armonizzazione massima e particolarismo giuridico* 000

SARA PERUGINI, *Il Public Enforcement e la tutela del consumatore dopo il recepimento della Direttiva 2011/83/UE* 000



Andrea Zoppini\*

*Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti  
ai “codici di settore” (lo ius variandi nei codici del consumo  
e delle comunicazioni elettroniche)*

SOMMARIO: 1. Nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale: il problema nei codici di settore. – 2. Sui rapporti tra codice civile, codice del consumo, codice delle comunicazioni elettroniche. – 3. Autonomia disciplinare del codice delle comunicazioni elettroniche. – 4. L’antinomia tra norme dei codici di settore. – 5. La distinta qualificazione normativa della conclusione del contratto e della modificazione del contratto in essere. – 6. Considerazioni di ordine sistematico e giuseconomico. – 7. Conseguenze in termini di disciplina applicabile.

1. *Nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale: il problema nei codici di settore*

Quando può dirsi *generale* la regola del diritto privato? E quale relazione sussiste tra più regole che derogano alla norma generale<sup>1</sup>?

---

\* Prof. ord. dell’Università degli Studi Roma Tre – andrea.zoppini@uniroma3.it.

<sup>1</sup> Il tema come noto è largamente debitore alle riflessioni di N. IRTI (v. da ultimo *Codici di settore: compimento della «decodificazione»*, in (a cura di) M.A. Sandulli, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano 2005, p. 17 ss. Sul tema si v. no i saggi raccolti da A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, Giuffrè, Milano 2008 e da E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, Milano 2008. Per un contributo di teoria generale si veda utilmente F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien-New York, 1996, p. 415 ss.

I quesiti giustificano più d'un preliminare schiarimento di ordine, insieme, sistematico e normativo<sup>2</sup>.

Il diritto privato è stato edificato sulla distinzione tra le regole suscettibili di disciplinare casi analoghi e le regole *eccezionali* (come si legge all'art. 14 disp. prel.), insuscettibili pure di estensione interpretativa<sup>3</sup>. Non invece univoco è se l'analogia sia (sempre) preclusa alla norma *speciale*, così individuata – almeno alla stregua della lettura più elementare – perché quel medesimo fatto, in mancanza d'una fattispecie che identifica un sotto-insieme ( $x + 1$ ), sarebbe sussunto in un'altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva l'insieme ( $= x$ ) cui la prima appartiene<sup>4</sup>.

Oggi, siamo avvertiti che la soluzione affidata alla collocazione topografica nel codice civile non ci consegna (*più*) alcun approdo definitivo, né possiamo dire che non si diano regole suscettibili d'applicazione analogica fuori del codice<sup>5</sup>. Lo dimostra la riflessione che direttamente investe la stessa teoria generale del contratto: basti pensare alla costruzione teorica del contratto con asimmetria del potere contrattuale e, per altro verso, alla 'consumerizzazione' del diritto dei contratti<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Su cui sin da ora si v. la ricerca di S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Edizioni ETS, Pisa 2010.

<sup>3</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Ciccu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, I, II, Giuffrè, Milano 1980, spec. p. 194 ss., p. 241 ss. e p. 403; R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «Preleggi»*, Torino, 1989, p. 99 ss., spec. p. 123.

<sup>4</sup> Per una revisione critica dell'assunto in ordine al quale il problema della specialità sia ri-assumibile alla sola logica delle classi, in quanto si tratta tra l'altro di un modo di occultare scelte semantiche e di valore, v. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, cit., p. 36 e ss e *passim*.

<sup>5</sup> M. LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 541 ss.

<sup>6</sup> In proposito, cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 65 ss. (già pubblicato in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.); ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 493 ss.; mi sia consentito rinviare, per una diversa impostazione, a *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 529



È, invece, aperto il tema in ordine al rapporto tra le regole del codice civile e quelle contenute o migrate nei codici di settore, a iniziare dal codice del consumo<sup>7</sup>.

Così pure deve chiedersi – con implicazioni pratiche non di poco momento – se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore ovvero se (autenticamente) speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre tra norme egualmente speciali – perché, ad esempio, derogatorie alla regola del codice civile – non possa darsi siffatta relazione, sì da poter concorrere a disciplinare il medesimo fatto<sup>8</sup>.

Nell'anatomia del quesito che ho formulato ad apertura di questa pagina, le categorie concettuali, in primo luogo quelle costruite sul rapporto tra *genere* e *specie*, giocano un ruolo tutt'altro che neutrale nel presentare il

---

ss. Sul rapporto tra diritto comune dei contratti e diritto del consumo si cfr. anche D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières?*, in *Études de droit de la consommation*. Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, Paris 2004, p. 697 ss.; in riferimento al rapporto tra disciplina comune e consumeristica v. G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, spec. p. 354, il quale rileva che le disposizioni consumeristiche non debbano sempre interpretarsi restrittivamente e siano suscettibili di un'applicazione analogica interna al loro perimetro sottosistemico.

<sup>7</sup> Si v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. (nonché in (a cura di) A. PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit., p. 5 ss.) e dello stesso A., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.; si v. altresì N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo* (anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4 ss.) e U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* (anche in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347 ss.), entrambi in (a cura di) E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., rispettivamente a p. 10 ss. e p. 31 ss.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss., a p. 769.

<sup>8</sup> Per una impostazione diversa se non alternativa a quanto si legge in queste pagine si veda sin da ora T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 123 ss.; P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Giuffrè, Milano 2008, p. 543 ss. (anche in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1749 ss.).

problema e guidare l'interprete ad un approccio, atteso che esse sottendono sovente talune opzioni interpretative inesprese. Al fondo, già la comparazione diacronica e sincronica dimostrano che i criteri per sciogliere il casus *dubius*, *omissus* o *non decisis* hanno trovato, nel tempo e nello spazio, risposte diverse nell'interazione dei formanti dell'ordinamento, conteso tra uno *ius proprium* e *singulare* contrapposto ad uno *ius commune*, vedendo prevalere talora la norma scritta, in altri momenti quella di diritto comune o del diritto naturale, ancora la *lex alius loci* o la regola sapienziale<sup>9</sup>.

Sciogliere l'interrogativo sulla qualità generale o speciale d'una norma di diritto privato sottende sovente un modello di comprensione del reale giuridico costruito su elementi conoscitivi e valutativi tutt'altro che fermi – quando non meritevoli di radicale revisione concettuale –, quali la statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'adozione della medesima gerarchia per le norme rivenienti dall'ordinamento comunitario, l'autonomia oggettiva e soggettiva del diritto privato, la netta separazione conoscitiva tra il diritto pubblico e il diritto privato<sup>10</sup>.

Anche alla luce di queste notazioni di ordine metodologico, mi provo a indagare il tema con riguardo a un profilo specifico: lumeggiare la distinta considerazione che le norme riservano alla conclusione di un (*nuovo*) contratto atto a soddisfare un bisogno di consumo a raffronto della modifica (del regolamento negoziale) d'un contratto già perfezionato (fenomeno che si designa come *ius variandi*<sup>11</sup>).

Svolgo tale analisi muovendo dal codice di consumo e traguardando le regole proposte dal codice delle comunicazioni elettroniche: il problema

<sup>9</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, IV, c. 112 ss. e ora, con titolo parzialmente diverso, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano 1981, p. 443 ss.

<sup>10</sup> Si cfr., per molti utili spunti, C. REYMANN, *Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Möhr Siebeck, Tübingen 2009.

<sup>11</sup> Segnalo che l'articolo determinativo per la parola aliena segue le regole dell'italiano e non del lemma della lingua importata, sì che la 'i' di *ius* è vocalica in italiano, come accade alla vocale parte del dittongo, mentre è consonantica in latino, dunque è corretto dire lo *ius* e non il *ius* (v. sul tema, M. GEYMONAT, *Jus variandi: «il» o «lo»?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 305 ss.).

specifico – che (mi) offre un punto prospettico di osservazione sulla teoria generale – si pone per il possibile concorso tra:

a) l'articolo 33, comma 2, lett. m), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - c.d. Codice del consumo (nel prosieguo, anche, c. cons.), che considera vessatoria la clausola che «consent[e] al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, *senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso*»<sup>12</sup>;

b) l'art. 70, comma 4, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 - c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche (nel prosieguo, anche, c. com. el.), che prevede invece quale rimedio generale a fronte della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali il (solo) diritto di recesso dal contratto<sup>13</sup>;

c) l'art. 65 c. cons., come novellato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 – destinato però ad applicarsi ai soli contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014 (art. 2, comma 1, del medesimo decreto) – che richiede il consenso espresso e ripetuto del consumatore al momento della conclusione del contratto per ogni (ulteriore) prestazione per la quale sia richiesto un pagamento aggiuntivo<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Si v. in particolare S. PAGLIANTINI, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *I Contratti*, 2012, p. 165 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino 2014, p. 67 ss.; M. FARNETI, *Sub art. 33 c. cons. La presunzione di cui alla lett. m) del 2° comma*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Cedam, Padova 2013, p. 252 ss., a pp. 306-311.

<sup>13</sup> Per un commento si veda E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 2, p. 64 ss.; N. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 765 ss.; C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, in (a cura di) E. TOSI, *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti – Responsabilità – Rimedi*, I, Giuffrè, Milano 2012, p. 695 ss. È utile confrontare la previgente formula dell'art. 70, comma 4, che recitava: «Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni»; e per un commento v. R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali (articoli 70-85)*, in (a cura di) M. Clarich e G.F. Cartei, *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano 2004, p. 315 ss.

<sup>14</sup> S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivi-*

## 2. *Sui rapporti tra codice civile, codice del consumo, codice delle comunicazioni elettroniche*

Merita preliminarmente fissare, sia pure per sommi capi, i rapporti tra la parte generale del contratto in punto di conclusione e modifica del regolamento negoziale e la normativa recata rispettivamente dal codice del consumo e dal codice delle comunicazioni elettroniche in riferimento alla posizione degli utenti-consumatori, insieme suscettibili d'essere raccolti, seppure in negativo, sotto l'epigrafe degli operatori *non* professionali<sup>15</sup>.

Dico subito che a mio parere tra la disciplina codicistica e quella delineata dai testi unici sopra indicati non è configurabile un (mero) rapporto di genere a specie ovvero una relazione *ad instar* di quella che si determina tra tipo contrattuale e disciplina generale del contratto: si tratta, invece, di due plessi normativi caratterizzati da un diverso punto d'incidenza e di gravitazione logico-sistemica.

Di ciò è agevole rendersi conto, appena si consideri che:

(i) nell'impostazione del codice civile, la conclusione e la modifica dei termini contrattuali rispondono a una logica procedurale e consensuale: il contratto è intrinsecamente giusto, anche in riferimento ad eventuali clau-

---

*sitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I Contratti*, 2014, p. 796 ss. a pp. 820-821; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 927 ss. a pp. 1005-1006; F. SCALONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. e impr./Europa*, 2014, p. 467 ss. a pp. 476-477. In generale cfr. C. GRANELLI "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente *novella del Codice del consumo*, in *I Contratti*, 2015, p. 59 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss., nonché il supplemento del *Corr. giur.*, *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, 7S, 2014.

<sup>15</sup> Cfr. G. ALPA, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, III, 1988, p. 542 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *ID.*, *Il contratto del duemila*, cit., p. 91 ss. (anche in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.); E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti dei consumatori*, I, Giappichelli, Torino 2005, p. 5 ss.; A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 340 ss.

sole c.d. di *ius variandi*, se (e in quanto) voluto nella forma binaria della proposta e accettazione tra le parti<sup>16</sup>;

(ii) l'autonomia privata è pensata quale libertà del singolo, poi manifestazione d'una preferenza e della disposizione d'un interesse individuale<sup>17</sup>;

(iii) le scelte di consumo nel mercato rispondono (invece) a una necessità, conformata dal paradigma concorrenziale ovvero dalla regolazione pubblica<sup>18</sup>.

Non è allora sorprendente che gli stessi lemmi ‘proposta’, ‘accettazione’, ‘accordo’, ‘regolamento contrattuale’ assumano una diversa intensione logica e un diverso significato normativo nel diritto dei consumatori, in alcun modo riconducibile all'impostazione codicistica<sup>19</sup>.

Rispetto alle regole proprie della disciplina generale del contratto, nel diritto consumeristico si assiste:

(i) allo slittamento sistematico dall'area del consenso all'*oggettività* del rapporto, che si centra sulla materialità della prestazione e sulla destinazione funzionale a soddisfare un bisogno (ciò che ha fatto parlare di ‘quasi

<sup>16</sup> Sul rapporto tra teoria generale del contratto e *ius variandi* si v. P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Effetti*, III, Giuffrè, Milano 2006, p. 141 ss.

<sup>17</sup> Per un classico riferimento si v. C. FRIED, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 1981; esemplarmente, in una prospettiva evidentemente opposta, si v. S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2013; e in una direzione ancora diversa cfr. A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, estratto dalla *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss.

<sup>18</sup> Per una discussione sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in (a cura di) G. Olivieri e A. Zoppini, *Contratto e Antitrust*, La terza, Roma-Bari 2008, p. 3 ss., pubblicato anche, con talune modifiche in (a cura di) C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Giappichelli, Torino 2010, p. 1095 ss.; cfr. anche, seppure in una diversa prospettiva, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, ESI, Napoli 2010. In termini di rapporto tra teoria generale del contratto e teoria ordoliberal si v. U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus*, Möhr Siebeck, Tübingen 1971.

<sup>19</sup> Come si legge, seppure in termini generali, in una pagina di una dottrina autorevole, qual è quella di A. GAMBARO, *Parte generale e parte speciale del diritto dei contratti: un approccio stilistico*, in (a cura di) E. Navarretta, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 111 ss. in part. p. 120 – per il quale i codici di settore «sottintend(ono) una preferenza verso i concetti definiti, o denotati, direttamente dal legislatore senza che sia necessario procedere a una riconduzione delle diverse norme a sistema».

contratto', di 'rapporti contrattuali di fatto', e ancora – sempre in questa linea teorica – di 'scambi senza accordo')<sup>20</sup>;

(ii) allo scarto logico tra determinazione all'acquisto e regolamento contrattuale<sup>21</sup>;

(iii) all'eteronomia pensata per agevolare il raffronto tra le offerte nel mercato e la selezione tra le proposte presenti, concentrando la scelta su pochi elementi rilevanti, ed essenzialmente sul prezzo;

(iv) allo spostamento del centro gravitazionale della disciplina: dalla coerenza tra proposta e accettazione, che impone una cesura tra le trattative e il regolamento contrattuale, all'assenza di soluzioni di continuità tra l'informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto, e poi della prestazione<sup>22</sup>.

In questa logica, la disciplina dei contratti dei consumatori divisa dal codice del consumo e, nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica, dal relativo codice di settore, costituisce un sistema autonomo rispetto alle regole dettate dal codice civile, il cui fondamento assiologico-normativo si rinviene negli assi ortogonali, di matrice essenzialmente ordoliberal, dell'ordinamento comunitario<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Sugli scambi senza accordo il riferimento è naturalmente alla dottrina di N. IRTI (in particolare, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. e al dibattito che ha generato: ID., «È vero, ma...» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.). Sul tema, tuttavia, merita di essere (ri)letto il classico scritto di J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Möhr Siebeck, Tübingen 1981; quanto alla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto e al quasi contratto cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Giappichelli, Torino 1984, p. 23 ss.; ID., voce *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 25 ss.

<sup>21</sup> <sup>21</sup> Per una diversa impostazione rispetto a quella della teoria del contratto inteso quale scelta e incontro di libere volontà si v. in termini ancora attuali R. BROWNSWORD, G. HOWELLS e T. WILHELMSSON (eds.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth-Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney, 1994.

<sup>22</sup> G. D'AMICO, *Introduzione*, in (a cura di) ID. *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Cedam, Padova 2015, p. 7 ss.

<sup>23</sup> Mi pare utile richiamare, nella prospettiva ordoliberale costitutiva del mercato unico, S. GRUNDMANN, *Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in (hrsg.), K. RIESENHUBER *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Möhr Siebeck, Tübingen 2007, p. 105 ss.

Gli è, tuttavia, che le norme di derivazione comunitaria, e i relativi atti normativi di recepimento, si rivolgono a fatti in astratto coincidenti: in particolare, come le direttive “consumeristiche” sono finalizzate a uniformare a livello comunitario il quadro di tutele apprestato in favore del contraente non professionale per assicurare la correttezza, la trasparenza e l’equità nei rapporti contrattuali (come si legge all’art. 2, comma 2, lett. e), c. cons.), così (talune del)le direttive in materia di comunicazioni elettroniche recepite nel relativo codice assicurano i diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica<sup>24</sup>.

Ne deriva che, là dove sia proponibile un concorso di norme sulla stessa fattispecie, l’interprete dovrà interrogarsi se esse siano suscettibili di trovare congiuntamente applicazione, direttamente o per via d’interpretazione estensiva o analogica, ovvero se esse siano alternative<sup>25</sup>.

### 3. *Autonomia disciplinare del codice delle comunicazioni elettroniche*

Ritengo che se un fatto o una vicenda, di per sé suscumbibile nell’ambito della normativa consumeristica, trova una propria speciale regolazione nella disciplina delle comunicazioni elettroniche dovrà necessariamente trovare applicazione (*solo*) quest’ultima.

Mi provo a far sorreggere quest’affermazione da più pilastri argomentativi, in primo luogo sulla sintassi delle norme rilevanti.

Il contrasto e il concorso formale di norme sulla medesima fattispecie impone, infatti, all’interprete di fissare una gerarchia implicita tra norme formalmente pariordinate.

Occorre, preliminarmente, vagliare criticamente la soluzione – ascritta alla lettera dell’art. 1469-*bis* c. civ. – che applica la disciplina generale del

<sup>24</sup> Si v. in particolare P. KNOL, *Consumer Contracts for Electronic Communications Services*, in (eds.), K. BOELE-WOELKI e F.W. GROSHEIDE *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 373 ss. Nella letteratura nazionale v. R. DE MEO, *La tutela del consumatore nell’era della comunicazione elettronica*, in *Dir. inf.*, 2008, p. 545 ss. e, prima, G. ALPA, *La tutela degli utenti e dei consumatori nelle telecomunicazioni*, *ivi*, 1998, p. 567 ss.

<sup>25</sup> G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit., p. 771.

contratto del codice civile anche ai contratti con i consumatori «ove non derogat[a] dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore». Nella norma si legge talora non (tanto) il riconoscimento di un criterio di specialità (qualificazione di certo non vincolante per l'interprete), quanto un criterio di prevalenza in ogni caso della norma più favorevole al consumatore, appartenga essa al codice civile ovvero ad 'altre disposizioni'<sup>26</sup>.

È, tuttavia, che la scelta dell'armonizzazione *massima*, divisata dalla direttiva 2011/83/UE a tutela dei diritti dei consumatori, a contraddire radicalmente la tesi appena richiamata e ad imporre una diversa lettura: segnatamente, la riduzione teleologica del portato precettivo della norma del codice civile<sup>27</sup>. A pena di frustrare l'obiettivo dichiarato di creare un *level playing field* nel mercato unico, la disciplina comunitaria non può essere integrata con addizioni normative dal legislatore nazionale primario o secondario né, evidentemente, essa è suscettibile d'interpretazione analogica (operazione interpretativa che sempre in un'addizione normativa si risolve).

In punto sistematico, è agevole leggere nella filigrana dell'armonizzazione massima delle regole del mercato unico non già la tutela dei diritti dei consumatori in sé per sé considerata, ma la tutela del consumatore quale momento necessario a garantire il corretto funzionamento del mercato e a stimolare la concorrenza tra imprese in un contesto regolatorio equivalente in tutti gli Stati membri.

Per altro verso, un vincolo (anche) all'interprete è posto dall'ordinamento nazionale, per il fatto dell'esistenza d'una norma, dotata di valenza generale, che pone un espresso divieto di *gold plating*. Il principio – introdotto dall'art. 15 della legge 12 novembre 2011, n. 183, c.d. legge di

---

<sup>26</sup> G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti,  *Mercati regolati*, V, Giuffrè, Milano 2014, p. 5 ss., in part. 15 s. Nel senso della prevalenza delle norme del codice civile A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, 2006, p. 159 ss., a pp. 172-173; F. ADDIS, *Il "codice del consumo", il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872, a p. 880.

<sup>27</sup> In termini analoghi si v. S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, in (a cura di) G. D'AMICO, *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 435 ss. spec. p. 446.



stabilità 2012 – impone all’interprete e al legislatore secondario, così come alle autorità di regolazione e vigilanza, un’interpretazione tassativa delle regole (di derivazione) comunitarie e una loro applicazione ai soli casi e ipotesi ivi considerati<sup>28</sup>.

#### 4. *L’antinomia tra norme di codici di settore*

Occorre, poi, verificare quali condizioni formali debbano sussistere perché un’antinomia o una lacuna possa essere diagnosticata<sup>29</sup>.

Nella disciplina del consumo un’antinomia può darsi solo tra precetti normativi «dell’ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottat[i] in conformità a norme comunitarie» (come si legge chiaramente agli artt. 19, comma 3<sup>30</sup>, 46, comma 2<sup>31</sup>, e 67, comma 1, c. cons.<sup>32</sup>).

Si che è solo apparente il conflitto che si crea con la norma domestica (volendo così indicare quella priva di copertura comunitaria, a iniziare dal codice civile), che a maggior ragione non può essere riguardata – se non descrittivamente – come generale, se così vuole propriamente intendersi l’insieme omogeneo capace astrattamente di raccogliere l’una e l’altra fattispecie.

<sup>28</sup> In termini generali sul tema della concorrenza tra ordinamenti giuridici sia consentito rinviare a A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, La Terza, Roma-Bari 2004.

<sup>29</sup> R. GUASTINI, *Antinomie e sistemazione del diritto*, in (a cura di) M. BESSONE, *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 151, a p. 171 ss.; sul tema cfr. già P. FORIERS, *Les antinomies entre dispositions de droit communautaire et dispositions de droit interne*, in (a cura di) C. PERELMAN, *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 320 ss.

<sup>30</sup> Sulla norma cfr. F. LUCCHESI, *Pratiche commerciali scorrette: definizioni e ambito di applicazione (artt. 18-19)*, in (a cura di) G. VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, I, Cedam, Padova 2013, p. 170 ss.

<sup>31</sup> Cfr. T. RUMI, *Ambito di applicazione (Art. 46 Codice del consumo)*, in (a cura di) G. D’AMICO, *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 79 ss.; F. MASSA, *Art. 46. Ambito di applicazione*, in (a cura di) A.M. Gambino e G. Nava, *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Giappichelli, Torino 2014, p. 42 ss.

<sup>32</sup> V. S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, cit., pp. 439-442.

Da ciò una duplice conclusione (che chiama in causa la teoria delle fonti del diritto privato statale): non v'è relazione di specialità tra la disciplina del codice civile e quella recata dalle direttive, atteso che manca l'equiordinazione della fonte normativa che qualifica il fatto. Un contrasto si dà (solo) tra norme congeneri, quindi tra disposizioni rivenienti da norme comunitarie, ed è sciolto alla stregua del criterio di specialità.

Parimenti, deve pure vagliarsi criticamente il senso dell'applicazione *residuale* o *sussidiaria* del diritto privato generale, che sarebbe chiamato a governare il fatto in tutto ciò che non sia stato specificamente disciplinato dal legislatore speciale (come pure si legge, in termini generali, all'art. 38 c. cons.)<sup>33</sup>. Infatti, la diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale (in ipotesi: del codice civile) sottende una valutazione dell'interprete, che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione non agevole quando le fonti parlino linguaggi diversi, assumano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una diversa legittimazione formale<sup>34</sup>.

A confortare tale affermazione, seppure *a fortiori*, non è senza significato sul piano sistematico l'abrogazione, nella disciplina delle comunicazioni elettroniche, della c.d. clausola di salvaguardia – che si leggeva all'art. 70, comma 6, c. com. el. – che faceva salva, garantendo il concorso, l'applicazione delle norme in materia di tutela dei consumatori<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., p. 398 e p. 406 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, cit., p. 17.

<sup>34</sup> Per questo canone metodologico si v. F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, cit., in particolare a p. 431. Per una diversa impostazione sorretta dalla centralità del codice civile nel sistema di diritto privato si v. M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>35</sup> L'art. 70, comma 6, c. com. el. – abrogato a opera del d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70 – recitava: «Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori». L'abrogazione, peraltro, fa seguito, e attua, identica soluzione adottata a livello comunitario (l'art. 20, paragrafo 1, della direttiva 2009/136/CE ha espunto dal corrispondente art. 20 della precedente direttiva 2002/22/CE la disposizione che lasciava «[...] impregiudicata l'applicazione delle norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare l'applicazione delle direttive 97/7/CE e 93/13/CE, e delle norme nazionali in conformità del diritto comunitario»).

Quanto alla regola di conflitto tra norme parimenti recate dalla fonte comunitaria, l’interferenza tra il diritto dei consumatori raccolto nel codice omonimo e il diritto delle comunicazioni elettroniche, è governata dal principio di specialità: vuoi in punto di tutela dell’utente-consumatore, vuoi di competenze sanzionatorie e di vigilanza in capo alle diverse autorità di regolazione (e all’Autorità garante della concorrenza e del mercato in particolare). Laddove, infatti, il legislatore ha inteso estendere la disciplina consumeristica anche al settore delle comunicazioni elettroniche lo ha fatto espressamente (come dimostra l’art. 27, comma 1-*bis*, c. cons. quanto all’applicazione delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra utenti e operatori di comunicazione<sup>36</sup>).

S’aggiunga, a definitivo schiarimento, che le considerazioni poc’anzi espresse sulla diversa sfera di applicazione della disciplina del codice rispettivamente del consumo e delle comunicazioni elettroniche attengono alle sole fattispecie che conoscono, in astratto, una diversa disciplina e ai casi nei quali, dunque, sussiste un possibile conflitto o concorso tra norme. Ne deriva, allora, che se determinate fasi e vicende negoziali sono *diversamente* regolate nell’uno e nell’altro codice la disciplina divisata in quest’ultimo, siccome attuativa di direttive comunitarie, è autonoma e autosufficiente rispetto a quella recata dal codice del consumo e trova esclusiva applicazione<sup>37</sup>.

##### 5. *La distinta qualificazione normativa della conclusione del contratto e della modificazione del contratto in essere*

Un secondo elemento d’analisi, che sorregge l’alternatività delle regole scritte nei codici di settore, attiene alla struttura delle fattispecie rilevanti

<sup>36</sup> Per un primo commento v. V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell’art. 27 del Codice del consumo*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2014, p. 201 ss.; S. LA PERGOLA, *Articolo 1, commi 6 e 7, d.lgs. n. 21/2014. Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in (a cura di) A.M. Gambino e G. Nava, *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 385 ss.; S. PERUGINI, *I nuovi strumenti di intervento dell’AGCM*, in *Corr. giur.*, 2014, 7S, p. 44 ss. a pp. 51-54. Sul tema v. anche G. NAVA, *La tutela amministrativa dei consumatori alla luce del d.lgs. 21/2014*, in *Quad. DIMT*, 2, 2014, p. 48 ss.

<sup>37</sup> P. KNOL, *Consumer Contracts for Electronic Communications Services*, cit., pp. 375-377.

e alla qualificazione dei fatti nei codici di settore, che recano una recisa distinzione tra la disciplina della conclusione del contratto (in termini informativi e di struttura del consenso) e lo *ius variandi* del contratto già concluso e completo<sup>38</sup>.

Mentre per il codice civile l'oggetto del contratto s'identifica con l'insieme del regolamento contrattuale (e al momento genetico sul consenso ricevuto alla proposta), nel diritto dei consumatori – alla stregua del tenore testuale dell'art. 65 c. cons. – sussiste un'autonoma qualificazione della prestazione principale e delle prestazioni accessorie, e così pure tra regolamento contrattuale (inteso come parte normativa), servizi resi e prezzo: sì che per ciascuna prestazione capace d'imporre un onere economico ulteriore è necessaria una specifica e aggiuntiva manifestazione di consenso<sup>39</sup>. Dunque, il codice del consumo seziona l'accordo che sorregge la conclusione di un nuovo contratto e articola le singole manifestazioni di consenso necessarie a confermare quelle prestazioni, accessorie alla principale, che sono capaci di determinare un onere economico aggiuntivo.

A sua volta, l'art. 70, comma 1, c. com. el. individua un contenuto minimo della fattispecie che si risolve nell'insieme di elementi essenziali che devono essere recati dai contratti, con particolare riferimento ai servizi offerti e alle tariffe e ai prezzi applicabili (e, in sede regolamentare, l'Agcom ha fissato i contenuti contrattuali minimi, in particolare nelle Delibere nn. 179/03/CSP e 664/06/cons.)<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> In particolare fondamentale è lo scritto di S. PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, 2013, p. 487 ss., autentico contributo monografico pur se presentato in forma di voce enciclopedica.

<sup>39</sup> Si rimanda a A. DE FRANCESCHI, *Pagamenti supplementari (Art. 65 Codice del consumo)*, in (a cura di) G. D'AMICO, *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 332 ss.; F. MARIANI, *Articolo 65. Pagamenti supplementari*, in (a cura di) A.M. Gambino e G. Nava, *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 282 ss.

<sup>40</sup> Si vedano al riguardo: a) l'art. 5, comma 4, della Delibera 179/03/CSP «In caso di attivazione di offerte gratuite, gli organismi di telecomunicazioni indicano se tali offerte modificano le prestazioni del servizio sottoscritto o limitano il diritto di scelta dell'utente, lasciando all'utente la facoltà di chiedere la disattivazione dell'offerta stessa. La previa ordinazione è comunque obbligatoria quando l'offerta è o diventa a titolo oneroso: previsione da intendersi evidentemente riferita a servizi aggiuntivi non previsti nel momento genetico del rapporto che, se onerosi (o che diventano tali), debbono essere previamente

Parimenti in punto di *ius variandi*, l'articolo 33, comma 2, lett. *m*), c. cons. – come già s'è ricordato – prevede quale vessatoria una clausola che «consent[e] al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso»<sup>41</sup>; e, la successiva lett. *o*), dichiara vessatoria la clausola che «consent[e] al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto»<sup>42</sup>.

Al contrario, l'art. 70, comma 4, c. com. el. collega alle *modifiche* delle condizioni contrattuali il diritto riconosciuto all'utente, che non vi voglia aderire, di recedere dal contratto<sup>43</sup>.

Dunque, (*a*) il codice del consumo attribuisce un'autonoma rilevanza normativa alla prestazione principale, ai singoli servizi accessori, al prezzo (elementi di cui il professionista deve fornire al consumatore un insieme articolato e trasparente di informazioni in sede pre-contrattuale come previsto dagli articoli 48-49 c. cons.)<sup>44</sup>; (*b*) il codice delle comunicazioni elettroniche qualifica il regolamento contrattuale unitariamente, ancorché

---

accettati e, se gratuiti, debbono essere previamente accettati sempre che modifichino le prestazioni del servizio sottoscritto o limitino il diritto di scelta dell'utente»; *b*) l'art. 3 della Delibera 664/06/cons. che vieta l'erogazione di servizi di comunicazione elettronica, evidentemente non compresi nel contratto originario e dunque già accettati dall'utente (l'art. 3 discorre, infatti, di servizi «anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione»), senza preventiva ordinazione del cliente.

<sup>41</sup> A. SCARPELLO, *Jus variandi*, in (a cura di) G. ALPA, *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano 2014, p. 679 ss.; A. GORGONI, *Lo jus variandi nel codice di consumo e nel testo unico bancario*, in (a cura di) G. VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, cit., p. 377 ss.

<sup>42</sup> F. LUCCHESI, *La clausola che consente al professionista di determinare e aumentare unilateralmente il prezzo (art. 33 comma 2 lett. n-o)*, in (a cura di) G. VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, cit., p. 413 ss.; M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Cedam, Padova 2009, spec. pp. 350-359.

<sup>43</sup> C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, cit., pp. 707-709.

<sup>44</sup> G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato (artt. 48-51, inseriti dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, attuativo della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 917 ss.

in via meramente descrittiva possa essere in concreto articolato dagli operatori mediante richiamo a servizi diversi e a corrispondenti tariffe<sup>45</sup>.

## 6. *Considerazioni di ordine sistematico e giuseconomico*

Ci si deve a questo punto interrogare – ed è il terzo punto – sul fondamento sistematico della soluzione proposta, e qui l'opzione è necessariamente diversa a seconda che si pensi (*o non*) il diritto privato in quanto necessariamente altro dalla regolazione del mercato.

Si tratta, infatti, di valutare le ragioni sottese alla diversa configurazione della conclusione del contratto e dello *ius variandi* nei due codici di settore: la domanda che si propone, in linea logica successiva, riguarda il perimetro, e la concreta modalità e misura, della tutela dell'operatore non professionale assicurata dal codice del consumo e dal codice delle comunicazioni elettroniche a fronte di variazioni contrattuali concernenti i servizi dedotti in contratto.

L'argomento che sorregge in termini assiologici la proposta di consentire il cumulo tra le norme, con l'effetto di ampliarne lo *Schutzbereich*, persegue l'obiettivo d'estendere al massimo possibile la tutela del consumatore (sì che, ad esempio, in questa prospettiva sarebbe addirittura rimessa al consumatore la scelta della regola di maggior tutela)<sup>46</sup>.

Come è già parso di avvertire, questa tesi deve essere rigettata, sia per ragioni di ordine sistematico sia in ragione del fatto che tali proposte interpretative non tengono in adeguato conto sul piano ermeneutico l'uniformazione normativa massima prescelta dal legislatore comunitario né adeguatamente considerano la dinamica delle fonti comunitarie e la loro interazione con quelle di diritto interno<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> In termini generali e descrittivi v. N. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259)*, cit., spec. pp. 777-779.

<sup>46</sup> Molto chiaramente T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, cit., spec. p. 137 ss. e p. 145 ss.; P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., pp. 560-561. Sul tema delle tutele si v. in part. M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori. Studio sull'osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Jovene, Napoli 2013, spec. p. 70 ss.

<sup>47</sup> Il vero è che l'architettura che governa il mercato unico si lascia comprendere proble-

In termini generali, una lettura sistematica del diritto dei consumatori non autorizza a pervenire alla conclusione che l'ordinamento miri ad affermare la prevalenza dell'interesse del consumatore sull'impresa, ovvero a favorire o preordinare un determinato esito nel funzionamento del mercato.

La tutela del consumatore, infatti, non si traduce affatto nella protezione d'un interesse finale, atteso che la tutela discende non da un fatto in sé concluso, ma da un *ruolo* e/o da una *situazione* che si determina nel traffico negoziale (come nei contratti conclusi a distanza)<sup>48</sup>; si tratta pertanto della tutela d'un interesse funzionale e strumentale, che ha di mira un più efficiente funzionamento, in senso dinamico, del mercato<sup>49</sup>.

Anche per quanto si è appena considerato, ritengo che non abbia senso normativo – se non puramente descrittivo o ideologico – rinvenire nella ‘teoria dello sfruttamento’ del consumatore da parte dell'impresa ovvero nell'esigenza di proteggere la parte debole del rapporto, il presupposto che giustifica l'applicazione estensiva della disciplina consumeristica<sup>50</sup>.

È questa una proposta teorica e interpretativa fondata sulla precomprensione del rapporto di consumo nel prisma teorico elaborato dal diritto sindacale e che ha indotto, una parte della letteratura civilistica, a identificare nei consumatori una ‘classe sociologica’, che dev'essere, proprio nella sua dimensione di classe, tutelata nei confronti dell'impresa<sup>51</sup>.

---

maticamente con l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno, come chiaramente argomentato da J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in (hrsg.) K. RIESENHUBER, *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin 2006, p. 133 ss., in part. Rdn 7 s.

<sup>48</sup> Mi sembra veramente utile sul punto il contributo di M. ENGEL, J. STARK, *Verbraucherrecht ohne Verbraucher?*, in *ZEuP*, 2015, p. 32 ss.

<sup>49</sup> In termini generali si v. no gli spunti offerti da F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1057 ss.; più specificamente si v. H.-B. SCHÄFER, *Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts*, in (Hrsg.) S. GRUNDMANN, *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts. Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht und Schuldvertragsrecht*, Möhr Siebeck, Tübingen 2000, p. 559 ss.

<sup>50</sup> G.L. PRIEST, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, in *Yale Law Journ.*, 90 (1981), p. 1297 ss.

<sup>51</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in (a cura di) M. GRILLO, *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Brioschi, Milano 2010, p. 21 ss.

Al contrario la tutela del consumatore delinea una situazione giuridica che propongo di identificare, con un sintagma che compare nel Testo unico della finanza, nei termini della tutela dell'*integrità del mercato*<sup>52</sup>.

L'integrità del mercato deve concettualmente scomporsi e risolversi in due differenti momenti, entrambi necessari ed essenziali: *i)* da un lato, che esista e sia preservata una struttura del mercato concorrenziale, regolata, efficiente; *ii)* dall'altro, che sia data al consumatore finale una reale possibilità di scelta, operata in modo volontario, informato, scevro da inganni e costrizioni<sup>53</sup>.

Coerentemente con quanto detto, la *ratio* che sorregge la disciplina a tutela dei consumatori dev'essere vagliata alla luce delle prospettazioni teoriche, che sappiano spiegarne i corollari anche in termini di funzionamento del mercato<sup>54</sup>.

Ciò autorizza il giurista a rivolgersi alla teoria giuseconomica, alla stregua della quale la tutela del consumatore è suscettibile d'essere compresa all'interno di tre diversi paradigmi:

*a)* entro il quadro teorico di riferimento della teoria dell'informazione, la tutela del consumatore si spiega a fronte d'un fallimento del mercato e, con lo strumento della norma imperativa, s'intende colmare la distanza informativa che separa le parti impegnate nella negoziazione (aspetto, questo, che potrebbe, ad esempio, spiegare che la standardizzazione dei contratti bancari non costituisce un elemento anticoncorrenziale ma, al

---

<sup>52</sup> Ho illustrato questo aspetto anche in *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss.

<sup>53</sup> Si cfr. N.W. AVERITT e R.H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Antitrust Law Journ.*, 65 (1997), p. 713 ss. e, degli stessi A., *Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law*, *ivi*, 74 (2007), p. 175 ss.; cfr. anche per taluni spunti M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, cit.; A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, I, p. 297 ss.

<sup>54</sup> Per una discussione sui presupposti teorici si v. F. RISCHKOWSKY, T. DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics*, in *Journ. Consum. Policy*, 31 (2008), p. 285 ss.; e, soprattutto, per un inquadramento generale si v. M. TAMM, *Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*, Möhr Siebeck, Tübingen 2011, in part. p. 135 ss.



contrario, favorisce la comparazione delle opzioni presenti sul mercato, agevolando un effettivo confronto dei dati rilevanti, come ad esempio quelli inerenti al prezzo);

b) oppure, il fondamento della disciplina a tutela del consumatore può essere decodificato entro la prospettiva di economia neo-istituzionale, che pone il problema della gestione dei costi transattivi e delle misure regolatorie e istituzionali idonee a superarli;

c) infine, un'ulteriore spiegazione è quella offerta dall'economia comportamentale. Nella prospettiva *behavioral*, si assume che l'*Idelotypus* di cliente attivo nel mercato non è rappresentato da un soggetto razionale, in grado di scegliere in un'ottica di massimizzazione del proprio benessere ma, viceversa, da un soggetto che agisce sulla base di spinte emotive e compulsive<sup>55</sup>. A tale stregua, anche i fattori legati alla sfera emozionale dell'individuo possono essere riguardati dal legislatore quali fallimenti del mercato e giustificare, quindi una norma imperativa e/o una misura di regolazione<sup>56</sup>.

Si tratta di proposte teoretiche di riferimento (non necessariamente negli esiti) alternative che offrono al legislatore opzioni sistematiche obiettivamente diverse e che permettono all'interprete di vagliare e confrontare diversi regimi e spiegarne le conseguenze in termini di efficienza e di superamento dei fallimenti di mercato.

È possibile allora valutare e giustapporre le scelte operate del legislatore comunitario, prima, e nazionale poi, quanto alla generale tutela del consumatore e alla speciale tutela dell'utente di servizi di comunicazioni elettroniche.

Nella sistematica del codice del consumo la tutela del consumatore per un verso, qualifica vessatorio lo *ius variandi* attribuito al professionista se non sorretto da un giustificato motivo (art. 33, comma 2, lett. m), c. cons.); per altro verso, sulla base della distinzione prima evidenziata, tra prestazione principale e accessoria, impone per quest'ultima comunque

<sup>55</sup> G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma Tr-E Press, Roma 2014, disponibile anche on-line all'indirizzo <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/oltre/article/view/183/177>.

<sup>56</sup> V. ROPPO, Behavioural Law and Economics, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 167 ss. (e, con titolo parzialmente diverso, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in (a cura di) G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., p. 25 ss.).

un consenso preventivo del contraente consumatore (art. 65 c. cons.), secondo il modello detto di *opt-in*<sup>57</sup>. Nel caso, invece, dei servizi di comunicazione elettronica la tutela del consumatore-utente già vincolato da un rapporto contrattuale è affidata al diritto di recesso esercitabile a fronte della notifica di modifiche alle condizioni contrattuali, secondo il modello c.d. di *opt-out* (art. 70, comma 4, c. com. el.).

È questa una tecnica di tutela del consumatore fondata su un paradigma *altro* rispetto a quello disegnato dal codice del consumo. Il modello di tutela assicurato dall'art. 70, comma 4, c. com. el. poggia e, in buona sostanza, è pensato in funzione del mercato delle comunicazioni elettroniche e delle sue peculiarità: un mercato elastico nel quale vi è un costante aggiornamento tecnologico e, conseguentemente, un flusso di proposte contrattuali continuo.

Gli è, allora, che il diritto di recesso favorisce un'asta continua tra le offerte nel mercato e quindi tra gli operatori di comunicazione, stimolando la concorrenza e consentendo al consumatore di tutelarsi mediante il cambio di operatore e l'adesione a offerte alternative<sup>58</sup>.

Data la struttura del mercato di riferimento, è economicamente efficiente l'assetto regolatorio prescelto dal legislatore comunitario e, poi, nazionale costruito sull'attribuzione all'utente del diritto di recesso a fronte di ogni modifica contrattuale, anziché su alternativi e più onerosi meccanismi di rinegoziazione consensuale dei contratti in essere e/o a meccanismi di controllo *ex ante*.

Al contrario, la disciplina generale dettata dall'art. 33, comma 2, c. cons.

---

<sup>57</sup> A. DE FRANCESCHI, *Pagamenti supplementari (Art. 65 Codice del consumo)*, cit., p. 336; F. MARIANI, *Articolo 65. Pagamenti supplementari*, cit., p. 283 ss.

<sup>58</sup> Quanto prescritto all'art. 70, comma 4, c. com. el. viene reputato, invece, assai modesto da E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 91-92 secondo cui, invece, è all'art. 1, comma 3, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, come modificato dalla legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40 che si cerca di promuovere una effettiva concorrenza, consentendo agli utenti di liberarsi dal vincolo contrattuale in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione. Ivi è, infatti, previsto che: «I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni».

offre una misura di tutela generale concernente (*anche*) i casi nei quali il recesso non è in grado di per sé di tutelare il consumatore, in quanto lo priva della prestazione senza una reale alternativa (come può accadere nei mercati monopolistici e oligopolistici): ciò spiega perché sono dedotti in contratto i motivi che giustificano lo *ius variandi*, imponendo un onere procedurale ai professionisti<sup>59</sup>.

Le ragioni che sostengono la scelta, senz'altro *regolatoria*, che si offre all'art. 70, comma 4, c. com. el. – s'è già detto: favorire il dinamismo concorrenziale – s'incontrano anche in altri settori nei quali il legislatore ha compiuto analoghe scelte sul presupposto che il mercato di riferimento è elastico e capace di offrire sostituti immediati alla prestazione (basti leggere l'art. 118, comma 1, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, per solito indicato dall'acronimo TUB).

Il recesso attribuito dall'art. 70, comma 4, c. com. el. si spiega (*anche*) in termini di economia comportamentale: ciò perché consente un processo informativo continuo e una rapida migrazione ad altri concorrenti, che eventualmente offrano un complesso di servizi, diversamente articolato quanto a prezzi e tariffe, che l'utente reputi maggiormente coerente con le sue esigenze<sup>60</sup>. Così come una spiegazione è fruibile in chiave neo-istituzionale, appena si consideri che gli oneri pubblicitari e di comunicazione previsti dal codice e dettagliati dall'Autorità di settore, in punto di tariffe e servizi offerti, vogliono rendere comparabili per l'utenza le diverse offerte formulate dagli operatori di comunicazione, riducendo i costi transattivi<sup>61</sup>.

Ne deriva, mi pare, in termini generali una considerazione di ordine sistematico: una riflessione sull'analisi e sull'estensione delle regole a tutela *dei consumatori* non può prescindere, in una prospettiva funzionale e orientata a una valutazione in termini di effettività, dall'analisi del modello di uniformazione normativa assunto dal legislatore comunitario e (poi) dal tipo di mercato cui la regola è coerente.

<sup>59</sup> Ciò spiega anche il fatto che le deroghe a tale disciplina non possono essere pensate indipendentemente dall'assetto del mercato su cui esse sono destinate a incidere: v. ad es. A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 557 ss.

<sup>60</sup> P. KNOL, *Consumer Contracts for Electronic Communications Services*, cit., p. 381; in termini più ampi v. E. BRODI, *Abitudini e preferenze di consumo. Nuove forme di disclosure per la tutela del consumatore*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, p. 393 ss.

<sup>61</sup> C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, cit., p. 709 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 92-95.

## 7. *Conseguenze in tema di disciplina applicabile*

Ho già detto che dall'impostazione di vertice adottata derivano conseguenze non di poco momento sul piano pratico, basti solo considerare le seguenti conclusioni:

a) altro è la conclusione di un nuovo contratto idoneo a soddisfare un bisogno di consumo, altro la modifica di un contratto già perfetto;

b) nelle reciproche interferenze, i rapporti tra il codice del consumo e il codice delle comunicazioni elettroniche sono governati dal principio di specialità.

Pertanto, a fronte di tutte le variazioni contrattuali, prospettate all'utente-consumatore dall'operatore di comunicazioni elettroniche, che attingono ai servizi e alle tariffe compresi nel contratto originariamente concluso, all'utente spetta unicamente il diritto di recesso da esercitarsi appunto nelle forme dell'art. 70, comma 4, c. com. el.<sup>62</sup>.

Ciò indipendentemente da come tale contratto regoli *ab origine* i servizi ivi ricompresi e le relative tariffe praticate e, dunque, indipendentemente dalla circostanza che per tali servizi sia previsto un corrispettivo che può essere disciplinato a misura del consumo o *à forfait*. Cosicché, in concreto, l'eventuale proposta di modifica contrattuale comunicata ai sensi dell'art. 70, comma 4, c. com. el. potrà, in via esemplificativa, consistere tanto in un aumento (o diminuzione) di prezzo di servizi a pagamento, tanto nel pagamento di un servizio prima offerto a titolo gratuito ovvero nella differente articolazione dei corrispettivi tra diversi servizi (es.: aumento del costo degli sms e decremento del costo delle telefonate, oppure messa a pagamento del servizio di segreteria telefonica) o ancora nella cancellazione di un servizio.

---

<sup>62</sup> Segnalo che è un mero *obiter* il principio di diritto formulato dal Tribunale di Milano, Sez. I, sent. 29 aprile 2012, per cui «deve quindi escludersi che la clausola [...] non definibile vessatoria in astratto per le ragioni illustrate in premessa, sia stata applicata in concreto con modalità vessatorie, non avendo in definitiva comportato una frattura del complessivo sinallagma contrattuale» atteso che il pronunciamento poi respinge le pretese attoree in quanto ha giudicato non violato l'art. 70, comma 4, c. com. el., in cui si cristallizza la tutela dell'utente di comunicazioni elettroniche.

Tommaso dalla Massara

*La 'maggior tutela' dei diritti del consumatore:  
un problema di coordinamento tra codice civile e codice del consumo*

SOMMARIO: 1. I confini del tema. – 2. Il quadro normativo di riferimento. – 3. Ancora sul quadro normativo. – 4. Problema di deroga o di lacuna da colmare? Il regime della vendita. – 5. L'art. 135 cod. cons. nella geometria dei rapporti tra codice civile e codice del consumo. – 6. La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti esterni'. – 7. La lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' nella prospettiva della costruzione per tipo e sottotipo: critica. – 8. La critica alla lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' collegata all'incertezza del regime applicabile. – 9. La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti interni'. – 10. La natura non derogatoria di una lettura 'a effetti interni' dell'art. 135 cod. cons. – 11. La lettura dell'art. 135 cod. cons. basata su una valutazione comparativa: il 'maggior favore'. – 12. Obiezioni rispetto a una lettura basata sul 'maggior favore'. – 13. Gli argomenti testuali e sistematici a favore di una lettura dell'art. 135 cod. cons. con 'effetti interni'. – 14. La considerazione della 'ratio' della disciplina contenuta nel codice di consumo. – 15. Quale coordinamento per quale sistema di fonti. – 16. Profili di sintesi e conclusioni.

1. *I confini del tema*

Il titolo indicato in programma (originariamente, *La maggior tutela dei diritti del consumatore*, che poi in questa versione scritta ho cercato di sciogliere, rendendo esplicito il riferimento al problema del coordinamento) contiene un'espressione che già in sé reca la traccia di tutte le questioni da trattarsi: l'espressione, senza dubbio ambigua, è 'maggior tutela'.

Il tema che si pone al centro della riflessione appare in effetti così declinabile: può la 'maggior tutela' assurgere a criterio di soluzione di potenziali conflitti di norme? Più chiaramente: può la 'maggior tutela' svolgere

il ruolo di criterio di selezione della norma applicabile allorché venga in evidenza la concorrente applicazione – e, per conseguenza, il potenziale conflitto – tra le regole di diritto comune e la disciplina di settore?

In una sua più esatta identificazione, quindi, il tema assegnatomi corrisponde a un problema di coordinamento normativo.

Il nodo problematico sul quale occorre concentrarsi è stato con assoluta esattezza messo a fuoco recentemente proprio da Zoppini nel rilevare come sia ancora «aperto il tema in ordine al rapporto tra le regole del codice civile e quelle contenute o migrate nei codici di settore, a iniziare dal codice del consumo. Così deve pure chiedersi – con implicazioni pratiche non di poco momento – se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore ovvero se (autenticamente) speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale [...]»<sup>1</sup>.

## 2. *Il quadro normativo di riferimento*

Prima di affrontare le molte – e complesse – questioni appena delineate, appare opportuno mettere a fuoco nei suoi tratti essenziali il quadro normativo.

Occorre anzitutto prendere atto che, al momento di dare vita al codice del consumo (con il d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), il legislatore italiano non si era premurato di affrontare in maniera organica il problema del coordinamento tra la legislazione previgente – dunque *in primis* il codice civile – e la nuova disciplina di settore.

La Relazione accompagnatoria al codice del consumo precisava (al § 5) che «le modifiche introdotte sono rigorosamente limitate a quelle rese ne-

---

<sup>1</sup> A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 2 ss. (ultimo accesso 16.11.2015); in una visione generale, sul tema del coordinamento normativo, dello stesso Autore, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, La Terza, Roma-Bari 2004. I molti problemi implicati – sotto differenti punti di vista – sono trattati in A.A.V.V., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Giuffrè, Milano 2008, come in A.A.V.V., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Giuffrè, Milano 2008.

cessarie da effettive esigenze di coordinamento, ovvero di aggiornamento rispetto a normative o problematiche sopravvenute»: dunque il problema del coordinamento veniva preso in considerazione in rapporto alle esigenze manifestatesi dopo l'entrata in vigore delle singole leggi raccolte nel codice del consumo, fino al momento della redazione di quest'ultimo, nonché in sede di sua stessa composizione; però, quanto al coordinamento del codice del consumo con il sistema giuridico preso nel suo complesso, il legislatore si limitava a collocare all'interno del codice di settore taluni articoli con funzione di rinvio, tutti in vario modo rispondenti all'esigenza di far salva l'applicazione di disposizioni del codice civile oppure di leggi speciali entro l'ambito consumeristico (in modo particolare, si vedano gli artt. 38, 44, 68, 81 *bis*, 101, 127, 135 cod. cons.).

Per ciascuno di questi casi, si tratta di formule ampie e non univocamente interpretabili.

Oggi, per effetto del recepimento della direttiva c.d. *Consumer Rights* 2011/83/UE, al centro di questo convegno, il panorama legislativo appare solo in parte mutato.

Certo, non si potrebbe non tenere in considerazione l'art. 4 della direttiva, il quale recita: 'salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso'.

Con questa norma è dunque segnato il passaggio della normativa consumeristica all'armonizzazione massima, con l'intendimento dunque di creare un '*level playing field* nel mercato unico'<sup>2</sup>. Sotto questo profilo, rispetto alla direttiva 44/99, il mutamento è rilevante: si afferma oggi che la maggiore o minore severità delle disposizioni di matrice europea rispetto a quelle nazionali non rileva ai fini del mantenimento o dell'adozione dei diritti nazionali.

In coerenza, l'art. 25 della medesima *Consumer Rights* statuisce la natura imperativa delle disposizioni; dunque occorre tenere in conto l'inderogabilità e l'indisponibilità dei diritti del consumatore: e si comprende che ciò assume un senso proprio in quanto il livello di tutela assicurato dalla direttiva è dichiarato intangibile e immodificabile.

---

<sup>2</sup> Così A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 10.

Alla luce di questi dati normativi, il problema del coordinamento tra regole di diritto comune e disciplina di settore sembrerebbe pertanto doversi risolvere nel senso della prevalenza della seconda rispetto alle prime: l'armonizzazione massima non consentirebbe infatti alcuna reviviscenza della disciplina generale.

In realtà, pare a me che il problema non sia affatto risolto.

Anzi, i problemi cominciano proprio da qui.

Si prosegua ora nella panoramica delle fonti.

Non appare dirimente, quanto al problema qui in esame, l'attuazione che della direttiva del 2011 ha fornito in Italia il d.lg. 21/2014<sup>3</sup>; in forza di quest'ultimo, si è realizzata una novellazione del codice del consumo riguardante gli artt. da 45 a 67 cod. cons.

In particolare, all'interno di tale sequenza, si nota l'inserimento di due disposizioni con funzione di rinvio, agli artt. 49 e 67: ma, proprio come nel caso degli articoli poc'anzi citati, non si tratta di disposizioni in sé decisive rispetto alla soluzione dei molteplici problemi di coordinamento.

Peculiare per la sua formulazione appare il nuovo art. 46, numero 2, cod. cons., che così recita: «in caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione Europea

---

<sup>3</sup> Su cui, fra molti, cfr. A.A.V.V., *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, Cedam, Padova 2014; i contributi di G. DE CRISTOFARO, M. FARNETTI e S. PAGLIANTINI raccolti in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 917 ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss.; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e 'nuovi' diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 927 ss.; F. SCAVONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 467 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.; C. GRANELLI, *'Diritti dei consumatori' e tutele nella recente novella del Codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss. Sulla direttiva a monte S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 861 ss.; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, p. 611 ss. Per un inquadramento generale della materia consumeristica aggiornato in prima lettura della direttiva del 2014, cfr. A.A.V.V., *Diritti e tutele dei consumatori*, a cura di G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti, Hoepli, Napoli 2014 (ove sia consentito il rinvio a T. DALLA MASSARA, *I rapporti tra codice civile e codice del consumo*, p. 501 ss.).



che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici»: ma, al di là della non felicissima scelta espressiva, si evince che il tema del conflitto di norme è affrontato attraverso (non più che) un richiamo al principio di specialità<sup>4</sup>.

Neppure la formulazione dell'art. 67 cod. cons. risulta in grado di chiarire i molti dubbi operativi che sorgono di fronte al tema della «Tutela in base ad altre disposizioni» (così è rubricata la disposizione): «Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottate in conformità a norme comunitarie. 2. Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti. 3. Ai contratti di cui alla Sezione III del presente Capo si applicano altresì le disposizioni di cui agli articoli 18, 19 e 20 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 e successive modificazioni, recante riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59».

È questa una disposizione «gemella»<sup>5</sup> rispetto a quella dell'art. 135 cod. cons. – su cui mi soffermerò tra breve –, che evoca (ma non guida) un collegamento tra differenti livelli normativi, con la particolare difficoltà di dover mettere a paragone segmenti normativi di varia provenienza e di diversa natura<sup>6</sup>; eppure, non si può di certo ritenere che ne emerga una norma davvero netta e dirimente quanto al problema del coordinamento normativo oggetto di queste riflessioni.

### 3. *Ancora sul quadro normativo*

Al di fuori dell'area oggetto di intervento normativo a seguito del recepimento della direttiva *Consumer Rights*, di rilievo per il tema in esame

---

<sup>4</sup> Per approfondimenti, si veda il commento di T. RUMI, *Ambito di applicazione (Art. 46 Codice del consumo)*, in *Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, cit., p. 74 ss.

<sup>5</sup> Così S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, in *Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, cit., 447.

<sup>6</sup> Per un'attenta indagine dell'art. 67 cod. cons., S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, cit., 436 ss.

è poi l'art. 38 cod. cons.: «Rinvio. 1. Per quanto non previsto dal codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile».

L'articolo è posto in chiusura della Parte III del codice del consumo, relativa a *Il rapporto di consumo*, Titolo I, *Dei contratti del consumatore in generale*, ove si riprendono le norme in tema di clausole vessatorie, un tempo inserite negli artt. 1469-*bis* e seguenti c.c.

La collocazione sistematica della disposizione, come pure l'indicazione proveniente dalla Relazione (secondo cui «l'articolo 38 contiene una norma di mero collegamento»), suggeriscono di ravvisare nell'art. 38 cod. cons. il punto di raccordo tra la disciplina generale dei contratti conclusi tra professionista e consumatore e il naturale tessuto connettivo di riferimento rappresentato dal codice civile<sup>7</sup>.

L'art. 38 cod. cons. è quindi da intendersi come l'interfaccia del nuovo art. 1469-*bis* c.c. («Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore»); le due norme non costituiscono l'una la duplicazione dell'altra, bensì i due punti di rinvio, il primo collocato nel codice civile (che rimanda al codice del consumo) e il secondo nel codice del consumo (che viceversa rinvia al codice civile), sicché nell'insieme appare realizzato il 'ponte' tra le due fonti normative.

---

<sup>7</sup> Sul punto, F. ROSSI, *Art. 142. Modifiche al codice civile*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, ESI, Napoli 2005, p. 876; G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni 'generali' e 'finali' del Codice del consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul 'codice del consumo'*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 62 s. Un articolato approfondimento della relazione tra le due norme dell'art. 1469-*bis* c.c. e 38 cod. cons. è in M. FACCIOLI, *Gli artt. 1469-*bis* e 38 c. cons.: il coordinamento tra le norme del codice civile e la disciplina di tutela del consumatore*, in *Studium iuris*, 2012, p. 840 ss. Per F. ADDIS, *La fornitura di beni di consumo: 'sottotipo' della vendita?*, in *Obblig. e contr.*, 2006, p. 592, l'art. 38 cod. cons., letto in combinato disposto con il nuovo art. 1469-*bis* c.c., potrebbe condurre a credere che «il legislatore abbia inteso affermare che le norme del codice di consumo sono destinate ad un'applicazione generalizzata a tutti i contratti dei consumatori e compongono una disciplina transtipica comune idonea a realizzare una vera e propria categoria generale»; più di recente, si veda ID., *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 cod. consumo). 1. L'ambito di applicazione della normativa*, in *Il diritto concorrente, in Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, II, Cedam, Padova 2013, p. 1136 ss.

Le parole dell'art. 38 cod. cons. forniscono pertanto un'indicazione in ordine al regime applicabile: con esse si intende precisare (sebbene ciò sia di fatto superfluo, alla luce di un'interpretazione sistematica) che, al di là delle tutele specifiche offerte al consumatore, continuano ad avere vigore le norme in tema di nullità per mancanza di un elemento essenziale del contratto, quelle in materia di annullamento del contratto per errore, violenza, dolo, incapacità, e così via esemplificando.

Ciò detto, rimangono comunque dubbi rispetto all'interpretazione dell'art. 1469-*bis* c.c.: in effetti non se ne ricava un limpido criterio di soluzione delle antinomie che si palesano tra le disposizioni del titolo II del libro IV del codice civile (ossia il titolo di riferimento della norma) e le disposizioni del codice del consumo ovvero quelle contenute in altri provvedimenti normativi<sup>8</sup>.

Di sicuro interesse nella panoramica che si va proponendo è infine la disposizione di coordinamento tra la disciplina generale della vendita e quella di settore rappresentata dall'art. 135 cod. cons.: «Tutela in base ad altre disposizioni. 1. Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico. 2. Per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita».

Proprio su questa disposizione concentrerò la mia attenzione. In effetti, quello della compravendita appare un terreno privilegiato per l'analisi in concreto dei rapporti tra norme generali e disciplina di settore, nonché per la 'messa alla prova' di una soluzione al problema del coordinamento.

A valle di questa panoramica, si nota che le opzioni in ordine alla gestione di tali rapporti tra norme generali e disciplina di settore, a livello generale, sono potenzialmente rappresentate dal principio della *lex posterior* (*i*), da quello di specialità (*ii*) e da quello del *favor* per il consumatore (*iii*).

Tuttavia è anche da dire che, se si procede all'analisi testuale delle diverse disposizioni passate in rassegna, possono vedersi in qualche misura richiamati – in modo più o meno esplicito – tutti e tre questi criteri.

Piuttosto, per andare a quello che a mio giudizio rappresenta il cuore dei problemi – e così si coglie un punto davvero fondamentale, che rimane sotteso rispetto all'articolato scenario normativo brevemente passato in rassegna – mi pare opportuno leggere il *Considerando 7* della direttiva:

---

<sup>8</sup> Sulla disposizione, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 9.

l'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter far affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori'.

Sottolineo in particolare i passaggi nei quali si fa riferimento alla disciplina di 'alcuni aspetti normativi' e alla regolamentazione di 'taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori'.

Eccoci giunti dunque alla domanda che a me pare decisiva: la disciplina di settore – rispetto alla quale è proclamata la scelta di armonizzazione massima – è autonoma, autosufficiente e come tale in grado di soppiantare le regole di diritto comune?

Come confido che possa emergere dal prosieguo, la risposta è a mio giudizio di segno negativo.

Il problema di coordinamento tra codice civile e codice del consumo scaturisce dunque da un potenziale conflitto di norme, rispetto al quale operano meccanismi di deroga? Oppure dobbiamo prendere le mosse dalla constatazione di essere a cospetto di un problema di lacuna normativa?

Ma occorre procedere per gradi.

#### 4. *Problema di deroga o di lacuna da colmare? Il regime della vendita*

Si è poc'anzi constatato che il quadro delle disposizioni non offre di per sé elementi testuali di evidenza tale per cui giungere, sulla base di questi, a una soluzione del problema del coordinamento tra regole di diritto comune e disciplina di settore.

Decisivo è quindi il compito affidato all'interprete, il quale è chiamato a valutare, di fronte alle differenti fattispecie che coinvolgono il consumatore, la compatibilità – e pertanto l'applicabilità – di fonti esterne rispetto al codice del consumo.

Ebbene, per comodità espositiva, anticipo due conclusioni cui confido di poter argomentatamente giungere in esito alle pagine che seguono:

a) il 'maggior favore' non costituisce un criterio di soluzione di potenziali conflitti di norme;

b) il problema può essere correttamente impostato solo se si muove alla constatazione delle lacune che il regime consumeristico nel suo insieme lascia aperte.

Come già si è rilevato, al di là dell'opzione nel senso dell'armonizzazione massima, la direttiva evidenzia la sua reale conformazione allorché al *Considerando 7* riconosce di intervenire soltanto su 'alcuni aspetti normativi' e su 'taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori'.

Si comprende che il reale problema posto all'interprete è allora quello di ricostruire la completezza della disciplina, in tutti i casi nei quali si evidenzino lacune, proprio nel confronto tra regole di parte generale e disciplina di settore<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> La natura costitutivamente incompleta – *id est* lacunosa – della legislazione europea in materia consumeristica è di recente confermata da C. Giust. UE 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Árpad Kásler e Hainalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*. Si pone dunque un problema schiettamente sistematico: per un contributo sul piano della teoria generale, F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Springer, Wien-New York 1996. Nella dottrina italiana, sul profilo sistematico-ricostruttivo tra parte generale e disciplina di settore (al di là delle denominazioni utilizzate), S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità* in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 534 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, 'Statuti' dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e codice di settore, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1015 ss.; M. LIBERTINI, *Alla ricerca del 'diritto privato generale' (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 541 ss.; G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, in specie p. 354; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397; F. ADDIS, *Il 'codice del consumo', il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contratti*, 2007, p. 872 ss.; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 493 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 529 ss.; N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4 ss.; U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347 ss.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.; A. ALBANESE, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2009, p. 347 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011, p. 65 ss.; R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax o commiato?*, in *Foro it.*, 2012, V, col. 180; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale uniforme ed opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 328 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino 2014,

La sfida è assai impegnativa e coinvolge il dispositivo dialettico *genus-species* (al di là dell'apparato concettuale utilizzato: per esempio, parte generale/disciplina di settore; diritto privato generale/diritti secondi etc.), su cui si gioca larga parte dello sviluppo delle logiche del pensiero giuridico di tradizione romanistica.

Orbene, se il 'maggior favore' non opera come criterio per la soluzione di problemi di conflitto di norme, esso semmai può assurgere a *ratio legis*: così, siffatto 'maggior favore' sarà invece invocabile a livello di criterio di interpretazione normativa nonché come principio generale dell'ordinamento (ai sensi dell'art. 12 delle preleggi).

Per saggiare in concreto la fondatezza della proposta interpretativa qui in breve tratteggiata, mi concentrerò nelle pagine che seguono – come si è detto – sul coordinamento tra la disciplina della vendita del codice civile e quella contenuta nel codice del consumo.

Sarà centrale dunque la considerazione dell'art. 135 cod. cons., per sperimentare su di esso la tenuta logico-sistematica della tesi appena enunciata.

La questione dei modi attraverso cui si realizzi l'integrazione della disciplina sulla vendita dei beni di consumo entro la cornice generale del nostro ordinamento è, senza dubbio, fra i molti problemi attinenti al coordinamento tra fonti, della massima importanza tanto teorica che pratica. In specie, occorre risolvere il problema se al compratore che sia anche consumatore spettino in via esclusiva i rimedi contemplati dalla disciplina di settore oppure se essi siano cumulabili rispetto a quelli previsti nel codice civile.

##### 5. *L'art. 135 cod. cons. nella geometria dei rapporti tra codice civile e codice del consumo*

Dal recepimento della direttiva 44 del 1999 nel d.lg. 2 febbraio 2002, n. 24, con cui furono inseriti nel codice civile gli artt. 1519-*bis*-1519-*novies* c.c., fino alla trasposizione di quelle disposizioni nel codice del consumo (con relative modifiche) e anche oggi, dopo il recepimento della direttiva *Consumer Rights*, il tema del coordinamento tra i due regimi della

---

p. 30 ss.; G. D'AMICO, *Introduzione*, in *Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, cit., p. 1 ss., in specie p. 27 ss., nonché la letteratura già indicata alla nota 1.

vendita – come più ampiamente quello della relazione tra codice civile e codice del consumo – non è stato risolutivamente affrontato in via legislativa. Anche qui, dunque, dentro il recinto normativo di uno specifico contratto, sta all'interprete di guidare l'innesto della disciplina della vendita di beni di consumo entro le linee della vendita codicistica, con qualche maggiore difficoltà rappresentata dal fatto che l'impianto della vendita mostra il raffinato e complesso disegno che in larga parte proviene – com'è noto – direttamente dalla tradizione romanistica<sup>10</sup>.

Merita di essere notato che, nell'operazione di trasposizione della sequela degli articoli sulla vendita di beni di consumo dalla *sedes* che essi occupavano nel codice civile alla nuova compilazione, l'unica disposizione che subì interventi fu proprio l'art. 1519-*nonies* c.c.: quest'ultimo affermava che «le disposizioni del presente paragrafo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico»; dunque, nel dar luogo all'art. 135 cod. cons., il testo originario è stato arricchito di un nuovo comma.

Non è chiaro il significato che il legislatore abbia inteso attribuire alla manipolazione (nel contesto di un'operazione che complessivamente appare di puro *collage* normativo)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Per un'analisi diacronica della disciplina sulla vendita, si rinvia a L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 243 ss.; ID., *Le azioni edilizie e la Direttiva 1999/44/CE*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Giappichelli, Torino 2002, p. 497 ss. Quanto all'aspetto degli 'effetti di sistema' collegabili agli interventi comunitari in materia di diritto civile, tra molti, cfr. L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 515 ss.; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss.; M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova 1999, p. 830 ss.; A. SCHWARTZE, *Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa - Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung*, in *ZeUP*, 2000, p. 544 ss.; V. PIETROBON, *La direttiva 1999/44 del Parlamento europeo e del Consiglio e i problemi del suo inserimento nel diritto italiano*, in *L'attuazione della Direttiva in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente di beni di consumo. Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabucchi*, Cedam, Padova 2002, p. 283 ss.; A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, p. 1037 ss.

<sup>11</sup> Se si guarda alla Relazione accompagnatoria al codice del consumo, al § 7 (Analisi delle singole disposizioni) si legge che «gli articoli dal 128 al 135 come già illustrato, riprodu-

Nella Relazione al codice del consumo si osserva che «ovviamente, nell'espungere le suindicate disposizioni dal codice civile e nell'introdurle nel codice del consumo, si è provveduto alla creazione di disposizioni di raccordo tra il *corpus* civilistico e il nuovo 'codice di settore', finalizzate a ribadire la soggezione dei contratti del consumatore ai principi generali e alla normativa del codice civile, per quanto non diversamente disposto»; ancora, si dice che: «in tale modo, si mira ad evitare qualsiasi dubbio interpretativo, confermando la persistente applicabilità al consumatore di regole generali e di principi fondamentali sanciti dal codice civile»<sup>12</sup>.

Ne emerge la traccia generalissima di una geometria delle fonti di forma 'stellare': il codice civile rimane al centro del sistema e i vari codici di settore a esso si relazionano, in posizione di indipendenza, ma pur sempre entro un quadro generale di coerenza<sup>13</sup>.

Non appare invece compiuto da parte del legislatore italiano uno sforzo di armonizzazione – tra parte generale, *allgemeiner Teil*, e diritto settoriale di derivazione comunitaria – paragonabile a quello compiutosi con la *Modernisierung* del BGB.

---

cono gli articoli da 1519-bis a 1519-octies del codice civile, in tema di vendita di beni di consumo». Sicché, prestando fede alla Relazione, l'art. 1519-nonies c.c. sembrerebbe addirittura svanito nel nulla; benevolmente, si potrebbe pensare (a costo di una certa macchinosità, pur di non rassegnarsi all'idea di una mera distrazione da parte dell'estensore della Relazione) che tale norma sia rimasta taciuta perché, in effetti, essa non potrebbe dirsi 'riprodotta' proprio in ragione dell'aggiunta del nuovo comma. Comunque sia, occorre ammettere che la Relazione non fornisce indicazioni utili alla lettura dell'art. 135 cod. cons.

<sup>12</sup> Il parere rilasciato dalla Sezione Consultiva del Consiglio di Stato sul disegno di legge del codice del consumo (n. 11602 del 20 dicembre 2004) parla di una struttura basata su «micro-sistemi ordinamentali (...) improntati a sperimentalismo ed incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica». Per un approfondimento su questi aspetti, cfr. L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 879 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, a cura di G. Cavazzoni et alii, Esi, Napoli 2008, p. 11 ss.; più recentemente in ID., *Relazione introduttiva* (alla Quarta Sessione), in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., 535 ss.

<sup>13</sup> Sul rapporto tra il diritto dei consumatori e l'area tematica, scientifica e normativa del *diritto comune*, si veda, tra molti, G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il 'Codice del consumo', nell'esperienza italiana*, in *Sei voci sul 'codice del consumo' italiano*, cit., in specie p. 27 s.



Sicché, al di là della suggestiva rappresentazione dello scenario generale (che sottende un certo *trend* legislativo, evidenziatosi nell'arco di una decina di anni, in direzione di una 'ri-codificazione'<sup>14</sup>), le parole della Relazione non consentono di dissipare le fitte ombre sul preciso rapporto tra gli artt. 128-134 cod. cons. e le norme di diritto comune.

Peraltro, occorre sottolineare che, stante il dettato dell'art. 128 cod. cons. (secondo cui, ai fini dell'applicabilità del capo sulla vendita dei beni di consumo «ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre»), la scelta di quale interpretazione adottarsi dell'art. 135 cod. cons. produce effetti assai rilevanti, in quanto si tratta di effetti estesi lungo un fronte piuttosto ampio del sistema contrattuale; in altri termini, l'art. 128 cod. cons. conduce alla 'moltiplicazione' degli effetti di cui si tratta per tutti i contratti equiparati alla vendita.

Viene in gioco quindi – e il tema è gravido di molte implicazioni concrete – la ricostruzione della disciplina non solo della vendita, ma anche della permuta, della somministrazione, dell'appalto e dell'opera, nonché di tutti i contratti «finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre».

## 6. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti esterni'*

Come ho avuto occasione di sostenere<sup>15</sup>, sono immaginabili almeno due differenti modi di operatività della normativa sulla vendita dei beni di consumo entro la cornice generale dell'ordinamento.

<sup>14</sup> Cfr. A. ZACCARIA, *Dall'età della codificazione' all'età della ricodificazione': a proposito della Legge n. 229 del 2003*, in *Studium iuris*, 2005, p. 697 ss.; N. IRTI, *'Codici di settore': compimento della 'decodificazione'*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano 2005, p. 17 ss.; F. ADDIS, *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 cod. consumo)*, cit., p. 1112 ss., in specie nota 12.

<sup>15</sup> Rinvio in modo particolare a T. DALLA MASSARA, *Art. 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 123 ss.; in precedenza, ID., *Art. 1519-nonies. Commento al comma unico*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo *et alii*, Cedam, Padova 2003, p. 721 ss.

Secondo una prima interpretazione, si potrebbe sostenere che scopo dell'art. 135 cod. cons. sia quello di fare salvo il diritto del consumatore di esperire i rimedi<sup>16</sup> tratti dal regime comune, certamente senza esclusioni, ma soltanto allorché tali rimedi risultino *non disciplinati* dal codice di settore.

Letta in questi termini, la clausola di salvaguardia intenderebbe allora precisare che il consumatore, in ragione del suo *status* soggettivo, non avrebbe a subire preclusioni nella scelta degli strumenti offerti dall'ordinamento, ma esclusivamente nel novero di quelli *non* regolati *ex novo* dagli artt. 128-134 cod. cons.

Orbene, l'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. secondo cui sarebbero conservati i soli rimedi *non* disciplinati dal codice del consumo può definirsi a effetto meramente 'esterno', con ciò intendendosi che, alla stregua di tale clausola, il consumatore conserverebbe la facoltà di richiamare soltanto gli strumenti che si collocano *al di fuori* dell'area interessata dagli artt. 128-134 cod. cons.<sup>17</sup>.

Così inteso, l'art. 135 cod. cons. varrebbe a garantire, per esempio, l'invocabilità del diritto al risarcimento del danno, giacché si tratta di un rimedio senza dubbio non preso in considerazione dal codice di settore<sup>18</sup>; e ciò tanto che si intenda fondare la pretesa risarcitoria su una responsabilità extracontrattuale quanto anche contrattuale: in questa seconda ipotesi,

---

<sup>16</sup> Si tratta di 'rimedi': e, in effetti, che nell'art. 135 cod. cons., al comma 1, ove è scritto «diritti» debba intendersi 'rimedi' appare pacifico in dottrina: cfr. A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 1 ss. (di cui si veda anche ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 ss.); M.G. CUBEDDU, *Art. 1519-nonies*, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano 2004, p. 443.

<sup>17</sup> Mi pare che la contrapposizione concettuale e terminologica tra interpretazione con effetti 'esterni' e 'interni' sia stata nel frattempo accolta dal dibattito generale: si veda, per esempio, S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, cit., p. 447.

<sup>18</sup> Sul punto, tra molti, C.M. BIANCA, *Art. 130*, ne *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 455 ss.; P. SIRENA, *Art. 135*, *ibidem*, p. 573 ss.; nonché, di recente, A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, II, Cedam, Padova 2013, p. 1403 ss., con esatta rappresentazione dei problemi e ampia documentazione di letteratura.

per il caso della vendita, tale pretesa potrebbe essere basata sull'art. 1494 c.c., così attingendo dal regime della compravendita, oppure sull'art. 1453 c.c., dunque con richiamo alle norme generali sul contratto a prestazioni corrispettive (problema diverso si porrebbe se fosse invece vantata una pretesa di risarcimento per violazione dell'obbligazione di conformità di cui all'art. 129 cod. cons.<sup>19</sup>, dal momento che in tal caso il titolo cadrebbe all'interno del 'perimetro' della nuova normativa).

Viceversa, dovrebbe ritenersi preclusa al consumatore la via dell'*actio redhibitoria* di cui all'art. 1492 c.c., in considerazione del fatto che nell'art. 130 cod. cons. è dettata una nuova disciplina del diritto di risoluzione<sup>20</sup>.

Si tratterebbe pertanto di selezionare, con un'opera di attento 'ritaglio', quali norme di diritto comune siano ancora applicabili alla vendita di beni di consumo e quali non lo siano.

<sup>19</sup> Nel senso che la disciplina della vendita di beni di consumo postuli l'esistenza di un'obbligazione di conformità, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova 2000, p. 53 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 880 ss.; P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 561 s.; P.M. VECCHI, *Art. 1519-ter (Conformità al contratto). Note introduttive*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo et alii, Cedam, Padova 2003, p. 132 ss.; M. STRUKUL, *La vendita di beni di consumo fra dottrine e applicazioni giurisprudenziali*, in *Contratti*, 2007, p. 808 ss.; E. BARCELLONA, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità, garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 171 ss.; recentemente, con ampi riferimenti di letteratura precedente, V. BARBA, *La conformità del bene venduto al contratto*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, II, Cedam, Padova 2013, p. 1147 ss. Sul nodo dogmatico garanzia/obbligazione, che è oggetto di ampio dibattito, si veda l'ampia messa a fuoco dei problemi che emerge da F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 543 ss. Sul risarcimento del danno in conseguenza della violazione dell'obbligazione di conformità, T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies. Commento al comma unico*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, cit., p. 741 ss. (invece, in senso contrario, P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 574 s.); A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1403 ss., nonché L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, *ibidem*, p. 1226 ss.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita VIII) Vendita di beni di consumo*, in *Enc. giur. Treccani - Aggiornamento*, Roma, 2003, p. 4.

7. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' nella prospettiva della costruzione per tipo e sottotipo: critica*

Secondo una proposta interpretativa a suo tempo affacciata da De Nova, la vendita di beni di consumo costituirebbe un sotto-tipo rispetto al tipo della vendita di beni mobili (che a sua volta sarebbe un sotto-tipo della vendita)<sup>21</sup>: adottata questa premessa, si potrebbe essere autorizzati a concludere che, ove sia dettato un regime per la vendita di beni di consumo, rimanga derogato quello della vendita più generale<sup>22</sup>.

Alla costruzione fondata sul rapporto tra tipo e sotto-tipo possono però muoversi talune obiezioni.

In primo luogo, deve essere considerato il carattere trans-tipico della figura 'vendita di beni di consumo'. Come si è poc' anzi rilevato, sono sempre implicitamente evocati, in forza del richiamo dell'art. 128 cod. cons., anche i contratti di permuta, somministrazione, appalto, opera e tutti gli altri comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Si fa riferimento all'impostazione di G. DE NOVA, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto di beni di consumo*, a cura di G. Alpa et alii, Giuffrè, Milano 2002, p. 5 s.; ID., *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel 'Codice' del consumo*, in *Contratti*, 2006, p. 391, il quale osserva che «la vendita dei beni di consumo è un sotto-tipo della vendita di cosa mobile, a sua volta sottotipo della vendita: con la conseguenza che nel silenzio della disciplina della vendita dei beni di consumo si devono applicare in via diretta le norme dettate per la vendita dal codice civile»; «le norme sulla vendita di diritto comune si applicano anche alla vendita di beni di consumo quando non vi sia per quest'ultima una disposizione apposita»; per i presupposti concettuali, cfr. ID., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 327 ss. Per ulteriori riferimenti di dottrina in tema di tipo e sotto-tipo, si fa rinvio a A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1384 s., nota 4.

<sup>22</sup> Sui problemi posti dal 'tipo contrattuale' nei rapporti con eventuali 'sottotipi', si veda E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 705 ss.; ID., voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 10 s.

<sup>23</sup> Per una critica dell'idea che la vendita di beni mobili di consumo costituisca un sotto-tipo della vendita di beni mobili, F. ADDIS, *La fornitura di beni di consumo: 'sottotipo' della vendita?*, cit., p. 585 ss. Sul carattere trans-tipico o – se si preferisce – trasversale della normativa di matrice comunitaria, cfr. G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita*, cit., p. 3 s.; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Giuffrè, Milano 2003, p. 356.

A voler confrontare la vendita dei beni di consumo con la normativa funzionalmente corrispondente di diritto comune, quindi, si dovrebbe immaginare una serie di sotto-tipi rispettivamente della compravendita, della permuta, della somministrazione, dell'appalto, dell'opera e di tutti gli altri (in numero indefinito) contratti a questi equiparabili ai sensi dell'art. 128 cod. cons.

Pertanto, l'operazione di innesto della disciplina del sotto-tipo entro quella del tipo dovrebbe ripetersi per tutti i contratti cui la normativa sul consumo risulti applicabile: con l'evidente contraddizione rappresentata dal fatto che il sotto-tipo sarebbe più ampio del tipo; o, più esattamente, si dovrebbe immaginare un sotto-tipo di una normativa trans-tipica<sup>24</sup>.

La costruzione prospettata incontra ulteriori difficoltà logiche: si pensi alla paradossale condizione di dover immaginare un sotto-tipo rispetto a contratti che, come si evince dall'art. 128 cod. cons. (ove nel finale risultano contemplati «tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre»), sono di per sé atipici.

Inoltre, pur non intendendo attribuire carattere decisivo ad argomenti di natura 'topografica'<sup>25</sup>, certo è che il trasferimento della disciplina in passato dislocata negli artt. 1519-*bis* ss. entro il codice di settore tende a rafforzare l'idea che la figura della vendita di beni di consumo non costituisca un semplice sotto-tipo contrattuale (oltretutto, specificamente, della vendita di beni mobili); ritengo invece che nell'ordinamento abbia fatto ingresso una nuova nozione di 'vendita' (chiamata così, ma in realtà sovraordinata rispetto ai tipi della nostra tradizione giuridica), la quale troverebbe ragione di esistenza proprio nell'omogeneità della sua disciplina.

A venire in rilievo è quindi una nozione di vendita allargata e improntata sul profilo 'funzionale' quale ben si evidenzia nell'art. 128 cod.

<sup>24</sup> Come in effetti ha fatto il legislatore tedesco; il BGB oggi presenta, entro il Titolo sulla Vendita, un Sottotitolo dedicato alla vendita di beni di consumo che si apre con il § 474 (*Begriff des Verbrauchsgüterkaufs*): «*Kauft ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache (Verbrauchsgüterkauf), gelten ergänzend die folgenden Vorschriften. [...]*»; si veda poi, per il contratto d'opera, il rinvio del § 651 (*Anwendung des Kaufrechts*).

<sup>25</sup> Alludo a G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel 'Codice' del consumo*, cit., p. 392, quando parla della «del tutto sterile discussione circa la collocazione di queste norme nel codice civile o piuttosto nel codice di consumo: la questione non è di topografia, è di rapporti tra norme». Si veda, sul punto, anche S. PATTI, *La vendita di beni di consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 680 ss; R. MONGILLO, *Beni di consumo, beni ad uso promiscuo e squilibrio negoziale*, in *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, cit., p. 359 ss.

cons.<sup>26</sup>, piuttosto che su quello 'strutturale', privilegiando il quale si era soliti riconoscere la causa della compravendita nello 'scambio di cosa contro prezzo' (tuttavia non senza che già in passato fossero state mosse, rispetto a ciò, critiche quantomai penetranti<sup>27</sup>).

In altri termini, la proposta interpretativa sopra richiamata costringerebbe a ragionare in termini di tipo e sotto-tipo senza tenere conto del fatto che, evocando la figura della vendita di beni di consumo, si ha a che fare non già con un tipo, ma con una categoria trans-tipica (o, se si preferisce, con un macro-tipo).

8. *La critica alla lettura dell'art. 135 cod. cons. 'a effetti esterni' collegata all'incertezza del regime applicabile*

Oltre a quanto appena detto dal punto di vista teorico-ricostruttivo, la proposta basata su tipo e sotto-tipo comporta talune incertezze piuttosto rilevanti in ordine al regime in concreto applicabile.

Si prenda le mosse da un esempio.

Non si potrebbe mettere in discussione che, nel vigore del codice di consumo, al compratore-consumatore spetti il diritto al risarcimento del danno, riconosciuto (oltreché dall'art. 1453, comma 1, c.c., ma in tal caso si risalirebbe al di sopra del tipo compravendita, per attingere direttamente al regime del contratto in generale) dall'art. 1494 c.c.

Ebbene, quest'ultima norma senza dubbio appartiene al tipo della compravendita e, posto che il diritto al risarcimento non risulta disciplina-

---

<sup>26</sup> Sul punto, G. AMADIO, *Commento all'art. 1519 quater, 1°-6° comma, cod. civ.*, in *Commentario sulla vendita di beni di consumo*, cit., p. 184 ss.; inoltre, C.M. BIANCA, *Note introduttive*, in *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., p. 317, nonché, con attenzione al profilo causale, F. RICCI, *sub Art. 128*, in *La vendita de beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., p. 324 ss.; R. MONGILLO, *Art. 128*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 679 ss.; ulteriori osservazioni in T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies*, cit., 784 s.

<sup>27</sup> Cfr. G.B. FERRI, *La vendita in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XI<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 2000, p. 196 ss., 503 ss.

to dal sotto-tipo della vendita dei beni di consumo, essa dovrebbe trovare applicazione pure in relazione al sotto-tipo.

Prestando attenzione al comma 1 dell'art. 1494 c.c., si nota il sussistere di una scriminante che opera a favore del venditore ogniqualevolta egli dia prova dell'incolpevole ignoranza dei vizi del bene (testualmente: «in ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, *se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa*»); al contempo, occorre considerare che, in base all'art. 129 cod. cons., il venditore è invece chiamato a rispondere dell'inadempimento per il solo *oggettivo* sussistere del difetto di conformità, senza che il suo stato di incolpevole ignoranza possa assumere alcun rilievo. Non sfuggirà allora che, sul punto, si evidenzia una significativa frizione tra regole diverse: e sorge allora la questione se, nell'ipotesi in cui la pretesa fondata sull'art. 1494 c.c. sia avanzata da un consumatore, possa essere invocata dal venditore la scriminante del comma 1<sup>28</sup>.

Al di là dello specifico interrogativo, si palesano le molte difficoltà di un'operazione di inquadramento del sotto-tipo entro il tipo di riferimento, l'uno e l'altro provenendo da sistemi di impostazione affatto diversa.

In altri termini, stando alla costruzione qui in esame, nei punti di giunzione tra la disciplina del tipo e quella del sotto-tipo ci si troverebbe a fronteggiare notevoli incertezze nella ricostruzione del regime applicabile; e si tratta di incertezze derivanti dal carattere nettamente eterogeneo – per presupposti, categorie e perfino linguaggio – delle due discipline.

Evidenziate queste difficoltà, appare allora opportuno cimentarsi con una differente prospettiva di lettura dell'art. 135 cod. cons.

---

<sup>28</sup> Rimanendo nei termini di un ragionamento per tipo e sotto-tipo, propone di superare la disarmonia evidenziata nel senso più favorevole al consumatore A. DI MAJO, *Garanzia*, cit., p. 13; ID., *Il sistema dei rimedi: risoluzione del contratto, riduzione del prezzo e pretesa risarcitoria*, ne *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 94 s.: secondo una lettura della disposizione piegata alla *ratio* che ispira tanto la normativa comunitaria quanto la Convenzione di Vienna sulla vendita, l'Autore ritiene che, in ipotesi di vendita di beni di consumo, al venditore sarebbe precluso di sottrarsi al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1494 c.c., invocando l'incolpevole ignoranza dei vizi del bene. L'argomentazione viene ripresa da R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. com. e dir. pubbl. dell'econ.* diretto da Galgano, Cedam, Padova 2005, p. 326,

9. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. c.d. 'a effetti interni'*

Si potrebbe sostenere che scopo precipuo dell'art. 135 cod. cons. sia quello di consentire sempre e comunque al consumatore, anche laddove sussista una corrispondenza funzionale tra gli strumenti previsti dal codice di settore e quelli già noti al sistema di diritto comune, la facoltà di scelta tra gli uni e gli altri.

In tal modo, la norma potrebbe dirsi estesa a esplicitare effetti 'interni', con ciò intendendo che al consumatore permarrebbero disponibili *tutti* i rimedi previsti dal diritto comune, compresi quelli che si collocano *all'interno* dell'area interessata dalla normativa di derivazione comunitaria e che quindi da questa sono disciplinati *ex novo*.

In altre parole, in presenza di una fattispecie cui sarebbero astrattamente applicabili le norme dedicate al consumatore, continuerebbero a operare i rimedi ricavabili dal diritto comune, concessi con riferimento al contratto di compravendita o a ciascuno dei contratti a quest'ultimo equiparabili, ai sensi dell'art. 128 cod. cons. Al consumatore sarebbe allora in tutti i casi riconosciuta la possibilità di dismettere la propria peculiare 'veste' per mantenere quella di semplice compratore (ovvero – naturalmente – di permutante, somministrato e via dicendo).

Qualora fosse accolta siffatta interpretazione, risulterebbe confermata l'esperibilità da parte del consumatore – per rimanere con l'esempio sulla vendita – della risoluzione del contratto, *sub specie* di redibitoria, ai sensi dell'art. 1492 c.c.; del pari, non verrebbe meno la facoltà di invocare i rimedi, con i relativi termini, collegati alla consegna di *aliud pro alio* (ovvero la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, entrambi sottoposti a prescrizione decennale)<sup>29</sup>.

Tanto nel caso dell'*actio redhibitoria* quanto in quello dell'*aliud pro alio datum* sarebbe al consumatore consentito di muoversi liberamente *al di fuori* della disciplina stabilita nel codice di settore, così in primo luogo sot-

---

<sup>29</sup> Sul punto, P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 573; specificamente sul problema della sopravvivenza dell'*aliud pro alio*, si veda E. GABRIELLI, *'Aliud pro alio' e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 657; S. PATTI, *Art. 129*, ne *La vendita di beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., p. 365; M. COSTANZA, *Art. 130*, *ibidem*, 465 s. Di recente, A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1414 ss.



traendosi alla necessità di percorrere la scansione fissata dall'art. 130 cod. cons., in base alla quale – com'è noto – prima di procedere alla risoluzione del contratto è imposto il tentativo di sostituzione e riparazione del bene<sup>30</sup>.

Un'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. estesa agli effetti 'interni' aprirebbe la via, in sostanza, alla cumulabilità (elettiva) degli strumenti offerti dal diritto comune e dal codice di settore<sup>31</sup>.

Più precisamente, la costruzione in tal modo delineata potrebbe dirsi basata su un'attenta ricerca dei presupposti di ciascun rimedio, cui sono riconducibili determinati effetti.

Per tornare all'esempio prospettato in precedenza, ragionando strettamente per presupposti/effetti (anziché per tipo/sotto-tipo), si dovrebbe concludere nel senso che il richiamo all'art. 1494 c.c., da parte del consumatore, imporrebbe la verifica di tutti i rispettivi presupposti, ivi inclusa, dunque, la colpa del venditore.

Se la colpa del venditore è per diritto comune pacificamente considerata requisito indefettibile per la pretesa risarcitoria di cui all'art. 1494 c.c. (differentemente dal caso in cui si attivino i rimedi 'edilizi' previsti nell'art. 1492 c.c.)<sup>32</sup>, in effetti non si comprende perché ciò dovrebbe patire eccezione nel caso in cui la medesima pretesa fosse avanzata dal consumatore.

Invocando l'art. 1494 c.c. si percorre infatti una via *esterna* al codice di consumo: così, nell'ipotesi in cui, accanto a una pretesa di sostituzione o riparazione del bene *ex* art. 130 cod. cons., ne fosse avanzata un'altra diretta

<sup>30</sup> Sulla c.d. 'gerarchizzazione' dei rimedi, si veda C.M. BIANCA, *Art. 130*, cit., in specie 450 ss. Nel vigore della novella del 2002, cfr. L. GAROFALO, A. RODEGHIERO, *Art. 1519-quater, Commento ai commi 7, 8 e 10*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo et alii, cit., p. 386 ss., nonché T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies*, cit., p. 761 ss.

<sup>31</sup> Con riferimento alla novella del 2002, cfr. A. MANIACI, *Art. 1519-nonies (Tutela in base ad altre disposizioni)*, in *L'acquisto di beni di consumo*, a cura di G. Alpa, G. De Nova, cit., p. 92; T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-nonies c.c.: possibili opzioni interpretative*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1369 ss.; V. MARICONDA, *'Conformità al contratto' dei beni di consumo e onere della prova*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1097 s.; H.P. MANSEL, *Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts*, in *AcP*, 2004, p. 396 s.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili, Artt. 1510-1536*, ne *Il Codice Civile. Commentario fondato da P. Schlesinger* e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2004, p. 324 ss. Con riguardo alla cornice attuale, si veda A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1394 ss.

<sup>32</sup> In via esemplificativa, di recente, Cass., 23 settembre 2011, n. 19494

al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1494 c.c., solo ai fini della seconda dovrebbe essere chiesto al consumatore di allegare la colpa del venditore.

In sostanza, accogliendo la costruzione descritta, non sarebbe richiesto di trovare la combinazione della disciplina del sottotipo con quella del tipo; di fronte a ciascun rimedio, invece, sarebbe da valutare il sussistere dei presupposti per esso specificamente richiesti.

Lo *status* di consumatore (accanto a quello di venditore professionista) ovvero quello di compratore non qualificato costituiscono presupposti come altri, da prendersi in considerazione ai fini dell'esperibilità di determinati strumenti e non di altri: il consumatore dispone di taluni rimedi *in più*, oltre a quelli a lui già spettanti in quanto compratore.

10. *La natura non derogatoria di una lettura 'a effetti interni' dell'art. 135 cod. cons.*

Merita ora precisare che la lettura dell'art. 135 cod. cons. poc'anzi illustrata non conduce in alcun modo a un fenomeno di *deroga* (a meno che non si intenda la parola in un senso del tutto atecnico).

In effetti, sono persuaso che di *deroga* è dato parlare soltanto in presenza di un fenomeno di disapplicazione o di differente applicazione di una certa norma per effetto di un'altra, in cui il rapporto tra norma derogata e norma derogante è quello tra *lex generalis* e *lex specialis*<sup>33</sup>.

Con molta chiarezza, in argomento, ha di recente precisato Zoppini che una relazione di 'specialità' si rinviene allorché «il medesimo fatto – in mancanza di una fattispecie che identifica un sotto-insieme ( $x + 1$ ) – sarebbe sussunto in un'altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva dell'insieme ( $=x$ ) cui la prima appartiene»<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Antinomia*, in A. Belvedere *et alii*, *Glossario*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 1994, p. 30 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 303; M.S. GIANNINI, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Cedam, Padova 1942, p. 31 s.; N. IRTI, *L'età della decodificazione*<sup>4</sup>, Giuffrè, Milano 1999, p. 63 s. Di sicuro rilievo, di recente, il contributo arreato in argomento da S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, ETS, Pisa 2011.

<sup>34</sup> A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 2. In argomento, si veda anche C. COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 5 ss., nonché M. GORGONI,

Mi pare importante sottolineare dunque che il meccanismo prevede che la relazione si instaura allorché si rinventa un elemento di specificazione (+ 1) all'interno del perimetro normativo delineato: e ciò credo si possa dire a prescindere dalle difficoltà che pone la nozione stessa di deroga, rispetto a cui gli approfondimenti teorici sono lungi dal condurre a conclusioni condivise, giacché comunque di fronte al problema qui in esame la deroga dovrebbe prodursi in ragione di un meccanismo di specialità<sup>35</sup>.

Orbene, tra la disciplina della vendita dettata nel codice civile e quella contenuta nel codice del consumo non sussiste un rapporto del tipo *genus/species*, giacché la seconda non interviene sulle premesse della prima; la normativa di derivazione comunitaria pone un regime i cui presupposti sono differenti rispetto a quelli previsti dal diritto comune<sup>36</sup>.

In particolare, l'art. 128 cod. cons. disegna i profili di una figura che non si colloca all'interno del perimetro della vendita di diritto comune; a cominciare proprio dal fatto che tale norma, nel fissare ambito di appli-

---

*Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>35</sup> Intendo riferirmi al cospicuo problema se possa darsi o meno deroga al di fuori di un rapporto di specialità: cfr. S. ZORZETTO, *La norma speciale*, cit., p. 23 ss., nonché in specie 415 s.: «se 'norma speciale' e 'norma derogante' sono espressioni sinonime, dire che la norma speciale è quella norma che è derogante rispetto alla norma generale, o viceversa, che la norma derogante è quella norma che è speciale rispetto alla norma generale è indifferente» (ove si cita l'opinione di chi scrive), però il quadro generale delle posizioni in dottrina è così rappresentabile: «i) non tutte le norme *deroganti* sono speciali, ovvero non solo le norme *speciali* derogano, ii) tutte le norme *speciali* derogano e tutte le norme *deroganti* sono speciali, iii) non tutte le norme speciali derogano ovvero vi sono norme speciali non *deroganti*».

<sup>36</sup> Sebbene in parte attraverso un altro percorso, A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità*, cit., p. 11, perviene alla medesima conclusione: «non v'è relazione di specialità tra la disciplina del codice civile e quella recata dalle direttive, atteso che manca l'equiordinazione della fonte che qualifica il fatto. Un contrasto si dà (solo) tra norme congeneri, quindi tra disposizioni rivenienti da norme comunitarie, ed è sciolto alla stregua del criterio di specialità»; inoltre, «la diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale (in ipotesi: del codice civile) sottende una valutazione dell'interprete, che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione non agevole quando le fonti parlino linguaggi diversi, assumano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una diversa legittimazione formale». Muove proprio dal presupposto della «crisi» della relazione generalità-specialità tra rimedi» L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, cit., p. 1210, ancorché per giungere ad esiti interpretativi differenti rispetto a quelli da me sostenuti in queste pagine.

cazione e definizioni, abbraccia pure i contratti di permuta, somministrazione, appalto, opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre.

Quindi, per meglio chiarire esemplificando: la gerarchizzazione dei rimedi fissata nell'art. 130 cod. cons. non potrebbe dirsi *derogata* nel caso in cui il consumatore decidesse di esperire la risoluzione di cui all'art. 1453 c.c.; non si avrebbe, infatti, una disapplicazione o un diverso funzionamento dell'art. 130 cod. cons.

Invece, il consumatore si muoverebbe *al di fuori* del campo di applicazione del codice di settore, optando a favore di un rimedio caratterizzato da presupposti differenti.

Se così è, allora la natura inderogabile delle norme sulla vendita di beni mobili contenute nel codice del consumo, sancita nell'art. 134 cod. cons. (*Carattere imperativo delle disposizioni*), non potrebbe ritenersi d'ostacolo rispetto a una lettura dell'art. 135 cod. cons. estesa agli effetti 'interni'<sup>37</sup>.

Parimenti, si comprende l'inconferenza della scelta legislativa nel senso dell'armonizzazione massima operata con la direttiva *Consumer Rights* (evidenziata dall'art. 4), rispetto al problema evidenziato.

Allo stesso modo, non rilevante è il fatto che l'art. 25 della medesima direttiva statuisca la natura imperativa delle disposizioni.

11. *La lettura dell'art. 135 cod. cons. basata su una valutazione comparativa: il 'maggior favore'*

Si venga ora a considerare una lettura dell'art. 135 cod. cons. in base alla quale si potrebbe ipotizzare che nel novero degli strumenti di diritto comune per i quali il codice del consumo stabilisca una diversa disciplina, occorra discernere quelli che sono in grado di garantire un livello *più elevato* di tutela per il consumatore rispetto a quelli che non lo sono, onde concludere che soltanto i primi sarebbero disponibili al medesimo, mentre gli altri rimarrebbero inapplicabili.

Potrebbe dirsi una via 'intermedia' tra le due finora illustrate: da tale

---

<sup>37</sup> Cosicché sembrerebbe superabile l'obiezione mossa a tal riguardo da S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 1082 ss.

lettura, fondata sul criterio di 'maggior favore', deriverebbe un'interpretazione alquanto mobile dei rapporti tra codice di settore e diritto comune.

Di contro all'art. 4 della direttiva *Consumer Rights*, ove si afferma l'armonizzazione massima, nonché di contro pure all'art. 25 della medesima direttiva, che afferma la natura imperativa delle sue disposizioni, l'appoggio testuale apparentemente più robusto, onde accreditare siffatta lettura, è rappresentato dal nuovo art. 1469-bis c.c. (già menzionato all'inizio), con cui è richiamata la validità delle norme sui contratti in generale per i contratti del consumatore, salvo deroghe che derivino dal «codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore» (a patto che si riferisca l'espressione «più favorevoli per il consumatore» non solo alle disposizioni 'altre', ma anche a quelle del codice del consumo)<sup>38</sup>.

Prima della direttiva del 2011, altro spunto testuale poteva essere visto nell'art. 8, paragrafo 2, della direttiva 44/99 (ove si affermava che «gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un *livello più elevato* di tutela del consumatore», ammesso che non si intenda tale norma diretta soltanto ai singoli Stati<sup>39</sup>), oppure della Relazione alla Novella del 2002 (secondo cui «le disposizioni sulla vendita in generale operano in via suppletiva anche per i beni di consumo, ove si tratti di disposizioni di carattere *più favorevole*»).

La peculiarità di una siffatta lettura dell'art. 135 cod. cons. andrebbe dunque colta nella necessità di una comparazione tra gli strumenti del regime comune della vendita e quelli del codice di settore: e scopo della norma risulterebbe quello di mantenere in vita le tutele di diritto comune, su cui è intervenuta la nuova disciplina, solo in quanto ne sia accertata la preferibilità alla stregua degli interessi del consumatore<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> In tal senso, cfr. A. MANIACI, *Clausola penale eccessiva: 'inefficacia' o riducibilità?*, in *Contratti*, 2005, p. 1113 ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed 'esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 172. Ampi riferimenti di letteratura in questo senso sono in A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1401 ss., nota 34 ss.

<sup>39</sup> Di modo che a questi sia consentito di ritenersi adempienti alla direttiva qualora il diritto interno, in materia di vendita di beni mobili di consumo, attribuisca al consumatore uno *standard* di tutela più elevato rispetto a quello assicurato dalla direttiva stessa: sul punto, cfr. P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 572.

<sup>40</sup> G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei*

Molte sono però le critiche che possono muoversi all'impostazione appena illustrata; critiche che ora sinteticamente esporrò.

## 12. *Obiezioni rispetto a una lettura basata sul 'maggior favore'*

Anzitutto, risulta ai miei occhi non solo dogmaticamente infondata, ma anche nel concreto impraticabile, la comparazione – in termini di maggiore o minore vantaggio – tra strumenti giuridici differenti.

In breve si può dire che ci si troverebbe a confrontare presupposti diversi, che costituiscono altrettante grandezze incommensurabili<sup>41</sup>.

Si pensi alla necessità di accertare, da un lato, un vizio che fondi il rimedio redibitorio di cui all'art. 1492 c.c., e, dall'altro, il difetto di conformità in vista di una pretesa basata sull'art. 130 cod. cons. Orbene, il richiamo al difetto di conformità, se si tiene conto della maggiore latitudine di questa nozione rispetto a quella di vizio (a tenore della definizione che emerge dall'art. 1490 c.c.), sembra in sé garantire una protezione più efficace per il consumatore. Tuttavia, la valutazione del singolo presupposto non esaurisce il giudizio complessivo sullo strumento.

Basti considerare il meno rigoroso onere di diligenza che l'art. 1491 c.c., in tema di vizi, stabilisce a carico del compratore, rispetto al corrispondente regime fissato nell'art. 129, comma 3, cod. cons.<sup>42</sup>; sicché l'esperimento della redibitoria potrebbe, in caso di riconoscibilità delle de-

---

*contratti*, V, *Mercati regolati*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014, in specie p. 15 ss.; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita*, Jovene, Napoli 2007, p. 287 ss., in specie 293; su questi profili, cfr. A. DE FRANCESCHI, *I rimedi del consumatore nelle vendite di beni di consumo*, *ibidem*, p. 233 ss.

<sup>41</sup> Sul tema, specificamente, T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-nonies c.c.*, cit., p. 1373 s.

<sup>42</sup> Su ciò, si veda S. TROIANO, *Art. 129*, ne *La vendita dei beni di consumo (artt. 128-135 del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206)*. *Commentario a cura di C.M. Bianca*, cit., in specie p. 389 ss., il quale, accolta l'idea della prevalenza della disciplina di 'maggior favore', non esclude l'esperibilità dello strumento di diritto comune da parte del consumatore, ma, al contempo, tenta un'interpretazione 'correttiva' dell'art. 129 cod. cons., in modo tale da riallineare i criteri di valutazione dei due sistemi. Si affida invece al criterio di selezione del rimedio da esperire basato sul 'maggior favore', in quanto criterio «di tipo funzionale», L. FOLLIERI, *I rimedi per la consegna di un bene non conforme*, cit., p. 1204 ss. In argomento, cfr. T. DALLA MASSARA, *Art. 1519-nonies*, cit., p. 779 ss.

ficienze materiali del bene venduto, tornare a rivelarsi preferibile rispetto alla risoluzione consegnata al consumatore dal nuovo sistema.

Si può poi considerare la vendita su campione, nella quale il consumatore avrebbe buone ragioni per ritenere a sé più favorevole, rispetto ai rimedi messi a disposizione dal codice di settore, la tutela dell'art. 1522, comma 1, c.c., secondo cui l'azione di risoluzione può essere esercitata dal compratore per «qualsiasi difformità» (dunque anche quella di lieve entità, che rimane invece non sanzionata ai sensi dell'art. 130, comma 10, cod. cons.), senza necessità di percorrere previamente il tentativo di sostituzione e riparazione: ma al contempo si troverebbe a dover rispettare i termini piuttosto stringenti di cui all'art. 1495 c.c., richiamati dall'art. 1522, comma 3, c.c.

Sarebbero prospettabili poi molti altri casi dai quali emerge con chiarezza l'impraticabilità di un giudizio di 'analisi comparata' delle norme del codice civile con quelle del codice di settore; e ciò tanto per la compravendita quanto per gli altri tipi contrattuali.

La critica espressa può poi tradursi, a un secondo livello, in un'ulteriore obiezione: chi dovrebbe svolgere l'operazione di confronto tra norme? Due paiono le opzioni immaginabili: o si afferma che la valutazione spetti a colui in favore del quale quegli strumenti sono disposti, vale a dire il consumatore; oppure si deve pensare di rimetterne il compito (ma, naturalmente, non prima che la controversia sia giunta sul terreno processuale) al giudice, così chiamato a determinare nel concreto, in applicazione di un criterio di scelta che sarebbe da ritenersi di natura normativa, lo strumento in via esclusiva esperibile nell'interesse dell'attore.

Nel primo caso, si impiegherebbe un criterio strettamente 'soggettivo', in base al quale si potrebbe, per esempio, ritenere preferibile la risoluzione per *aliud pro alio*, rispetto alla risoluzione di cui all'art. 130 cod. cons., piuttosto che, ancora, la redibitoria di cui all'art. 1492 c.c., sempre in base alle circostanze specifiche (banalmente, occorrerebbe poi tenere sempre in determinante considerazione i termini, giacché è chiaro che nessun rimedio è meno vantaggioso di quello tardivamente invocato).

Collocandosi in quest'ottica, occorre però ammettere che, all'esito di un percorso tortuoso, ci si troverebbe nuovamente entro la prospettiva dischiusa dalla seconda interpretazione dell'art. 135 cod. cons. (quella estesa a effetti 'interni'), in forza della quale risulterebbero dal consumatore fruibili tutti gli strumenti, ivi inclusi quelli di diritto comune. Infatti, affer-

mare che il giudizio circa il maggiore vantaggio di un rimedio sia affidato a una valutazione soggettiva del consumatore equivale a dire che a lui permangono in astratto indifferentemente disponibili tutti i rimedi.

Nella seconda ipotesi, invece, sostenendo che la valutazione spetti al giudice, si dovrebbe pensare che quest'ultima sia da condursi alla luce di criteri oggettivi: al giudice toccherebbe allora discernere, nella difficile operazione comparativa di cui si è detto, in quali casi il livello di tutela assicurato dalla disciplina di settore sia effettivamente più elevato e in quali altri invece continui a vivere, in base alla *ratio* di miglior tutela del consumatore, alcuno dei rimedi di diritto comune.

Tale ricostruzione, che porterebbe alle estreme conseguenze le difficoltà intrinseche di questo raffronto tra grandezze (in verità – come si è detto – incommensurabili) richiederebbe che la giurisprudenza si prestasse a elaborare in sede di interpretazione una sorta di ‘gradazione di valori’, ispirata da considerazioni di natura fatalmente extragiuridica, dalla quale sia evincibile quando il sistema di diritto comune sopravviva disponibile al consumatore, in quanto più favorevole, e quando invece risulti inapplicabile<sup>43</sup>.

Ma, perfino se questo fosse il risultato auspicato, non si potrebbe nascondere che la via privilegiata dalla prassi sarebbe quella di fare sistematico ricorso al cumulo dei rimedi concessi dalla normativa di settore nonché di quelli riconosciuti dal diritto comune, onde non rischiare di scoprire (troppo tardi) che qualche via sia rimasta intentata perché erroneamente ritenuta di minore vantaggio.

Si deve allora concludere che siffatta lettura dell'art. 135 cod. cons. comporterebbe sovrapposizioni assai ampie<sup>44</sup>, come quelle derivanti dall'interpretazione estesa agli effetti ‘interni’ di cui si è detto sopra, ma con incertezze ben maggiori.

---

<sup>43</sup> Sul punto, C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti*, cit., p. 371, secondo cui si giungerebbe così a «creare un caos normativo affidato alla disponibilità e alla sensibilità del giudice, chiamato a scegliere di volta in volta le norme che – a suo parere – risultino più favorevoli al consumatore».

<sup>44</sup> Sul punto, in specie A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al d. legisl. n. 24 del 2002*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin e A. Luminoso, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam Padova 2003, pp. 56 e 115; S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi*, cit., p. 1083 ss.



13. *Gli argomenti testuali e sistematici a favore di una lettura dell'art. 135 cod. cons. con 'effetti interni'*

Varie considerazioni inducono a preferire la lettura dell'art. 135 cod. cons. a effetti 'interni'.

Anzitutto, mi pare si debba prendere in esame un argomento di natura testuale.

Al primo comma dell'art. 135 cod. cons. si evita di utilizzare l'aggettivo «altri», riferito al termine «diritti», che invece era presente nell'art. 8, paragrafo 1, della direttiva d'origine: sicché appare fondato ritenere che i diritti fatti salvi siano, per precisa e consapevole scelta del nostro legislatore, *tutti* quelli previsti dall'ordinamento, senza che assuma rilievo una distinzione fatta in ragione della loro estraneità o meno rispetto alla materia disciplinata dalla normativa di settore.

Sempre con riferimento al primo comma, la scelta del verbo «limitare», giustapposto a «escludere», sembra espressiva proprio della volontà del legislatore di continuare a garantire non solo i diritti che risultano non disciplinati dal nuovo regime (tale sarebbe il senso di «non escludono»), ma anche quelli pur già «attribuiti ai consumatori da altre norme dell'ordinamento giuridico» (dove il senso preciso dell'espressione «né limitano»).

Fin qui si tratta di argomenti testuali ricavabili già dal confronto con l'art. 1519-*nonies* c.c.<sup>45</sup>.

Ma una conferma della conclusione indicata può vedersi proprio nel secondo comma dell'art. 135 cod. cons., il quale recita: «per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita».

Queste parole costituiscono – come detto – l'unica novità introdotta con il codice del consumo, rispetto all'art. 1519-*nonies* c.c. E non è da sottovalutare, nonostante il silenzio in argomento della Relazione ministeriale, il valore di tale aggiunta: per esempio, una formula di tenore analogo non è stata utilizzata nel citato art. 127 cod. cons. (posto in chiusura delle norme sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi), ove evidentemente il legislatore ha valutato sufficiente un'espressione come quella del comma 1 dell'art. 135 cod. cons. (salvo poi i due commi successivi, che alludono a fattispecie specifiche)<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. T. DALLA MASSARA, *Nuovo art. 1519-nonies c.c.*, cit., p. 1369 ss.

<sup>46</sup> Si veda l'art. 127 cod. cons.: «Responsabilità secondo altre disposizioni di legge. 1. Le

È quindi preferibile pensare che le parole del secondo comma dell'art. 135 cod. cons. non siano superflue o prive di contenuto precettivo<sup>47</sup>, bensì assumano un significato preciso.

Né si potrebbe affrettatamente ritenere che una lettura dell'art. 135 cod. cons. estesa agli effetti interni risulti screditata dall'inserimento del nuovo comma<sup>48</sup>.

Si noti anzitutto che tale nuovo comma, nel precisare «per quanto non previsto dal presente titolo», fissa con esattezza i confini entro i quali deve intendersi quanto viene detto subito di seguito: dunque, le parole «si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita» sono riferibili all'ambito normativo *non* disciplinato *ex novo* dal codice di settore.

L'affermazione va compresa nel suo esatto valore: le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita trovano applicazione *ove manchi* una previsione nel Titolo sulla vendita di beni di consumo.

Si arriverebbe invece a trarre troppo qualora dalle parole del comma 2 dell'art. 135 cod. cons. si volesse dedurre la negazione dell'applicabilità delle disposizioni del codice civile in tutti i casi nei quali vi sia una previsione del codice del consumo<sup>49</sup>. Ciò si potrebbe sostenere solo operando

---

disposizioni del presente titolo non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi. 2. Le disposizioni del presente titolo non si applicano ai danni cagionati dagli incidenti nucleari previsti dalla legge 31 dicembre 1962, n. 1860, e successive modificazioni. 3. Le disposizioni del presente titolo non si applicano ai prodotti messi in circolazione prima del 30 luglio 1988».

<sup>47</sup> In tal senso, P. SIRENA, *Art. 135*, cit., p. 574, nonché A. Gentili, *Codice del consumo*, cit., p. 172.

<sup>48</sup> Come invece ritengono M.G. FALZONE CALVISI, *Il 'taglia e incolla' non si addice al legislatore*, in *Sei voci sul 'codice del consumo'*, cit., p. 113 (secondo cui l'interpretazione favorevole alla cumulabilità dei rimedi è «ora esclusa dalla nuova norma, essendo il rinvio alle norme sulla vendita limitato a 'quanto non previsto' ed essendo i rimedi e il loro ordine di applicazione espressamente previsti nell'art. 130»), nonché G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni 'generali' e 'finali' del Codice del consumo: profili problematici*, in *Sei voci sul 'codice del consumo'*, cit., p. 63 s. (il quale osserva che la medesima tesi «difficilmente potrà continuare ad essere sostenuta, risultando incompatibile con le statuizioni dell'art. 38 nonché del comma 2° dell'art. 135 cod. cons.»).

<sup>49</sup> Si veda G. DE CRISTOFARO, *Il 'Codice del consumo': un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1146, seguito da M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra 'promissio' negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 258.

una trasposizione della negazione, sicché in sostanza si forzerebbe la norma fino a farle affermare che 'per quanto previsto dal presente titolo, *non* si applicano le disposizioni del codice civile in tema di vendita'<sup>50</sup>.

Il comma 2 dell'art. 135 cod. cons. viene in rilievo invece come una precisazione avente riferimento esclusivamente al campo dei rimedi rispetto ai quali *non* è dettata una disciplina *ad hoc* per il consumatore: in sostanza, si tratta dell'ambito che sopra si è definito 'esterno' al codice di settore.

Soprattutto, la lettura sopra immaginata del comma 2 dell'art. 135 cod. cons. sembra non consentita dal comma 1 della stessa disposizione: i due commi vanno letti l'uno accanto all'altro, secondo significati differenziati ma al contempo coerenti; quando al comma 1 si afferma che «le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico» si fa riferimento all'insieme di tutti gli strumenti astrattamente applicabili, siano o meno essi disciplinati *ex novo* dal codice del consumo; passando poi, nel comma 2, a considerare «quanto non previsto dal presente titolo», onde affermare l'applicazione delle disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita, sono invece evocati i rimedi non ridisciplinati dalla normativa di settore.

Stando a una lettura del comma 2 che escludesse l'applicabilità delle disposizioni del codice civile in tema di vendita per quanto previsto dalla normativa di settore, tale comma sarebbe, rispetto a quello che lo precede, contraddittorio o ripetitivo: contraddittorio, se del comma 1 si accogliesse l'interpretazione a effetti anche 'interni'; ripetitivo se del medesimo si affermasse la lettura a effetti soltanto 'esterni'.

Per maggiore chiarezza del quadro complessivo, è opportuno poi tornare a considerare l'art. 128 cod. cons., ove si afferma che «il presente capo disciplina *taluni aspetti* dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo»: la disposizione di apertura del Capo *Della vendita dei beni di consumo* indica l'orizzonte cui occorre guardare per l'applicazione

---

<sup>50</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni 'generali' e 'finali'*, cit., p. 63, rileva: «con questo nuovo comma non si è invero soltanto voluto sancire che alle vendite di beni di consumo trovano applicazione anche le norme del c.c. che disciplinano 'aspetti' del contratto *diversi* da quelli regolati negli artt. 128 ss. cod. cons., ma si è inteso altresì (e soprattutto) precisare che alle vendite di beni di consumo le norme del c.c. si applicano *soltanto* 'per quanto non previsto dal Titolo III'; si veda anche S. TROLANO, *Art. 129*, cit., p. 392.

delle norme in esso comprese e significativamente lo individua in «taluni aspetti» del regime di diritto comune.

Al medesimo esito nel senso della lacunosità della disciplina di settore conduce la lettura del *Considerando* 7 della direttiva: 'l'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter far affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori'.

Appare corretto dunque concludere nel senso che le norme di diritto comune e quelle del codice di settore si integrano, dando luogo a significativi spazi di sovrapposizione: le differenti normazioni contemplano rimedi diversi tra i quali si verifica un concorso cumulativo<sup>51</sup>.

#### 14. *La considerazione della 'ratio' della disciplina contenuta nel codice di consumo*

Al di là delle osservazioni testuali su cui ci si è soffermati, la cumulabilità (elettiva) dei rimedi ricavabili dalla disciplina di diritto comune nonché dal codice di settore appare comprovata da altre considerazioni attingenti alla *ratio* stessa della normativa di matrice comunitaria.

Anzitutto, occorre dire che una clausola come quella dell'art. 135 cod. cons., se intesa nel significato restrittivo che fa salvi soltanto gli effetti 'esterni', risulterebbe del tutto superflua o addirittura insensata, giacché la disponibilità al consumatore dei rimedi previsti dal sistema comune, allorché non disciplinati dalla novella, discenderebbe *de plano* dai principi in tema di successione delle leggi nel tempo (in particolare dall'art. 15 disp. gen. c.c.)<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Conclusione cui giunge su un altro terreno, ma significativamente sempre negando il sussistere di un rapporto di specialità tra norme, P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1749 ss. (anche in *Studi in onore di N. Lipari*, I, Giuffrè, Milano 2008, p. 543 ss.).

<sup>52</sup> In effetti, L. DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, in *Contr. impr./Eur.*, 2000, p. 510, in specie nota 31, già con riferimento alla direttiva, rilevava che l'applicabilità delle norme che riconoscono responsabilità di natura extracontrattuale, ovvero di quelle che

Appare necessario, pertanto, compiere uno sforzo ulteriore per cogliere il senso.

Non v'è dubbio che alla base del codice del consumo sia la *ratio* di tutela del contraente debole, la quale si manifesta nel richiamo, insistito nella Relazione governativa, all'art. 153 del Trattato CE (poi art. 169 TFUE): precisamente, si assume «la fonte comunitaria, in cui esplicitamente si prevede la promozione di un elevato livello di protezione dei consumatori, a principio informatore di tutta la disciplina in materia di tutela dei consumatori»<sup>53</sup>.

Quello della 'maggior tutela' dei diritti del consumatore è *ratio* generale della disciplina consumeristica.

Se l'art. 8, paragrafo 2, della direttiva 44/99 affermava che «gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore» (allorché non si voglia in ciò leggere soltanto una norma rivolta dal legislatore comunitario ai singoli Stati, si dovrebbe da queste pur scarse parole evincere l'esigenza di assicurare al consumatore il «livello più elevato di tutela»), lo stesso spirito animava la novella del 2002, nella cui Relazione si richiamava la direttiva per ribadire la finalità di «garantire un livello più elevato di tutela del consumatore per assicurare la conformità dei beni dal medesimo acquistati al contratto concluso con il venditore»<sup>54</sup>.

---

danno diritto al risarcimento del danno per inadempimento, discenderebbe direttamente dal fatto che la norma sopravvenuta non sarebbe connotata dalla medesima 'oggettività giuridica' e dalla stessa *ratio* delle norme antecedenti.

<sup>53</sup> Così al § 7 della Relazione. Corretta – a me pare – l'impostazione di A. VENTURELLI, *Il diritto concorrente*, cit., p. 1403, il quale riassume il significato del 'maggior favore' all'interno dei profili di rilievo della *ratio* stessa dell'intervento normativo europeo: «ma se il principio della 'maggior tutela' determina solo la possibilità, per il consumatore, di invocare, in alternativa alle nuove disposizioni, anche tutti gli strumenti che gli erano già conferiti dalla disciplina preesistente senza alcuna necessità di procedere ad una loro valutazione comparativa, esso non può essere utilizzato né per legittimare la creazione di forme di tutela nuove, diverse da quelle espressamente previste dalla legge. Scelto il rimedio, il consumatore è tenuto a rispettarne tutte le relative condizioni di operatività e non può pretendere di 'personalizzare' la propria tutela, assemblando le diverse componenti del rimedio stesso dalle sue concorrenti regolamentazioni giuridiche».

<sup>54</sup> Nella stessa Relazione si osservava peraltro: «l'art. 1519-*nonies* chiarisce che l'esercizio dei diritti del consumatore previsti nel decreto lascia impregiudicati i rimedi già rico-

Il legislatore (in origine, comunitario nonché, poi, nazionale) ha da sempre inteso assicurare il miglior livello di tutela al consumatore consegnando a questi la facoltà di scelta del rimedio più efficace (sempre restando esclusa però, per le ragioni sopra viste, l'interpretazione dell'art. 135 cod. cons. che conduca a una valutazione comparativa tra norme per giungere ad esiti abroganti).

La gamma delle tutele astrattamente invocabili comprenderebbe allora – come detto – tanto gli strumenti ricavabili dalla disciplina generale quanto quelli offerti dal codice di settore; e solo la scelta dei diversi rimedi saprebbe rispondere nella maniera migliore alle esigenze che nel concreto si presentino al consumatore.

Occorre ritenere che alla parte debole sia garantita una fascia di protezione *in più*, che si aggiunge senza nulla togliere.

In definitiva, è invece essenzialmente stridente con lo spirito stesso della normativa sul consumatore l'idea di privare quest'ultimo di taluni rimedi che, a lui spettanti in quanto compratore (o permutante o somministrato e così via), certamente contribuiscono ad allargarne l'ambito di protezione<sup>55</sup>.

---

nosciuti dalle altre venti disposizioni. Si evidenzia così plasticamente, in coerenza con l'analoga disposizione presente nel d.P.R. 24 maggio 1998, n. 224 in tema di responsabilità aquiliana del produttore, che la normativa comunitaria mira ad un potenziamento minimale del quadro di garanzie e di diritti evincibili dalla normativa nazionale, senza produrre effetti di riduzione di *standards* e forme di tutela già cristallizzate dalle legislazioni degli Stati membri e lasciando in capo a questi ultimi la possibilità di mantenere o introdurre forme di tutela più penetranti ed efficaci».

<sup>55</sup> Sulla necessità che la direttiva induca a un'armonizzazione 'verso l'alto', quanto a livello di tutela dei consumatori, tra i singoli ordinamenti si veda, fra molti, D. STAUDENMAYER, *Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1999, p. 2393. Nel senso che i rimedi offerti dalla direttiva – che ha lo scopo di garantire un elevato livello di protezione del consumatore (*considerando* n. 5) – rappresentino soltanto la soglia minima di tutela, rimanendo così impregiudicata l'adozione di rimedi migliorativi da parte dei singoli diritti nazionali, si vedano: C. Giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06, *Quelle AG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, in *Racc.*, I-2685; in *Foro it.*, 2009, 1, 38 ss.; in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 192 ss.; con commento di G. CAPILLI, *La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Contr.*, 2008, p. 734 ss., e C. Giust. UE, 16 giugno 2011, cause riunite C-65/09 (*Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer*) e C-87/09 (*Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*), commentata da G. MAGRI, *La vendita di beni di consumo torna alla Corte di giustizia: eccessiva onerosità del rimedio, differenze linguistiche e influsso della Dir. 99/44/CE sul diritto tedesco e italiano*, in *Giur. it.*, 2012, p. 534 ss.

Né invero, contro la valorizzazione della più compiuta tutela del consumatore, può assumere decisivo rilievo il fatto che il codice del consumo risponda anche a una *ratio* di armonizzazione a livello europeo delle differenti legislazioni nazionali<sup>56</sup>; e ciò non muta – come si è cercato di sostenere – in presenza di una direttiva di armonizzazione massima, perché il problema che si pone non è di deroga normativa, bensì di ricostituzione di un tessuto normativo in presenza di una lacuna.

D'altra parte, la *voluntas legis* di «promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione» è espressamente richiamata dall'art. 1 cod. cons. all'art. 153 del Trattato CE (oggi 169 TFUE).

In quest'ottica, la normativa specificamente dedicata al consumatore appare come una sorta di *plafond* europeo comunque garantito, senza preclusioni per altri possibili strumenti disposti a vantaggio del soggetto debole.

L'opzione ritenuta preferibile, nel senso della cumulabilità elettiva dei rimedi messi a disposizione dal codice di settore e di quelli offerti dal diritto comune – sempre che ne sussistano i rispettivi presupposti – dà luogo a un sistema che presenta due canali principali d'ingresso (il codice civile e il codice del consumo), nonché molte uscite (si immagini, per esempio, un'alternatività tra l'azione redibitoria e i vari rimedi di cui all'art. 130 cod. cons.).

Molto più gravi sarebbero le difficoltà nelle quali il consumatore sarebbe invischiato allorché fosse costretto a muoversi sul crinale fra strumenti ancora validi e altri (non abrogati in assoluto, ma) non più applicabili perché ridisciplinati dal codice di settore (tra gli uni e gli altri spesso risultando nient'affatto agevole, come si è visto, il regolamento di confini).

Il criterio di massima protezione del consumatore, pertanto, finisce per coincidere con quello di maggiore chiarezza: di ciascun rimedio occorre valutare rigorosamente, volta per volta, i rispettivi presupposti.

### 15. *Quale coordinamento per quale sistema di fonti*

Giunti quasi al termine, è ancora da aggiungere qualche considerazione di rilievo sistematico.

<sup>56</sup> Con riguardo alla *ratio* di armonizzazione, occorre oggi tenere in considerazione anche la direttiva 2011/83, nel recepimento del d.lg. 21/2014.

Nel corso degli ultimi anni ha preso forma un sistema nel quale il codice civile si trova sempre più frequentemente in relazione con altre compilazioni dedicate ad ambiti specifici: il problema che ne deriva è allora quello di definire l'esatta collocazione del codice civile entro il sistema delle fonti<sup>57</sup>.

Se non è in discussione che almeno i principi codicistici continuino a disegnare la fondamentale architettura del sistema, risulta però sempre più urgente riflettere su quale relazione (di concorrenza, di esclusione per specialità, o di quale altra natura) si intenda instaurare tra le norme del codice civile e quelle dei codici settoriali.

In questa prospettiva, le clausole di rinvio corrispondono ad altrettante – delicatissime – cerniere di coordinamento tra il codice civile e i suoi 'satelliti': e proprio in questi punti di snodo si gioca la soluzione di tanti possibili conflitti di norme.

La scelta circa la loro interpretazione va collocata in questo contesto di problemi.

Tanto maggiori sono le difficoltà quando, come nel caso del codice del consumo, le norme applicabili in ragione dello *status* dei soggetti (consumatore e professionista) risultano, con riguardo alla materia trattata, in larga parte sovrapponibili a quelle del codice civile.

Di qui allora il dubbio di ordine generale se il senso con cui si evoca la centralità del codice civile (attorno al quale si diramerebbe il sistema 'a stella' fin da principio accennato) non vada oltre la sopravvivenza di taluni principi generali, mentre le norme di settore derogherebbero a quelle generali, oppure se la disciplina del codice civile permanga valida ogni qual volta si riscontrino i presupposti specificamente previsti, pur affiancata dalla normativa di settore<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Con attenzione a questo profilo, si vedano i vari contributi raccolti ne *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Convegno di studio. Siena, 22-24 settembre 2004* a cura di P. SIRENA, Giuffrè, Milano 2006, p. 195 ss. Inoltre, L. ROSSI CARLEO, *Il Codice del consumo: prime impressioni*, cit., p. 33 ss.; EAD., *Art. 3, Definizioni - comma 1, lett. f), codice*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, cit., p. 88 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri, E. Caterini, I. Esi, Napoli 2004, p. 13 s.

<sup>58</sup> Si tratta di una scelta 'metodologica': cfr. E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 779 ss.



Nel primo caso, agli spazi di sovrapposizione tra il codice civile e il codice di settore corrisponderebbe un'abdicazione da parte del primo; e così, se di una tendenza all'erosione del codice civile si è preso atto da tempo<sup>59</sup>, sarebbe però da valutare come un fenomeno nuovo quello che conducesse a un codice virtualmente in vigore (giacché, in effetti, non vi sarebbero abrogazioni), ma nella sostanza ampiamente inapplicabile per la presenza di vaste aree di derogabilità a seconda degli *status*.

Nel secondo caso, quella stessa sovrapposizione consentirebbe un potenziale arricchimento degli strumenti messi a disposizione. A vantaggio del consumatore sarebbe dunque predisposta una fascia di protezione 'ulteriore': si è visto nello specifico come – stando a una certa lettura dell'art. 135 cod. cons. – ai rimedi normalmente riconosciuti per una compravendita concepita tra 'individui', si sommerebbero altri strumenti concessi a quei medesimi soggetti, considerati però per il loro *status* di consumatori.

Quanto osservato fin qui ha dimostrato – dal mio punto di vista – che il fenomeno in questione non è tecnicamente di deroga normativa; invece, si pone un problema di interpretazione volta a colmare lacune presenti nell'ordinamento, proprio nella giunzione tra regime generale e disciplina di settore.

Infatti – come si è visto – la disciplina consumeristica non interviene sulle premesse della prima; la normativa di derivazione comunitaria pone un regime i cui presupposti sono differenti rispetto a quelli previsti dal diritto comune.

Il nodo concettuale può rappresentarsi nei termini seguenti: se ci si contentasse che l'elemento di specialità della fattispecie 'consumeristica' fosse rappresentato dal solo fatto che un soggetto del rapporto veste la casacca di consumatore, allora la deroga funzionerebbe nel senso che ciò sia sufficiente a disapplicare la disciplina generale; l'effetto paradossale di ciò si riscontra tuttavia nel fatto che allora neppure potrebbe essere riconosciuto a vantaggio del consumatore il diritto al risarcimento del danno, giacché esso non è previsto dalla normativa di settore.

In altre parole, o si collega il rapporto tra diritto comune e diritto di settore (ossia *discrimen* tra *genus* e *species*) al riconoscimento degli *status* di consumatore/professionista – per così dire agganciando il ragionamento

---

<sup>59</sup> Cfr. N. IRTI, *Letà della decodificazione*, cit., in specie p. 116 ss.; ID., *L'idea del codice civile*, in *Codice civile e società politica*, La Terza, Roma-Bari 2005, p. 26 ss.

dal *caput* – oppure ogni altro percorso di ricostruzione del materiale normativo in termini di deroga è destinato all’insuccesso.

Se si tenti di collocare la linea del rapporto tra diritto comune e diritto di settore all’altezza di qualunque altro elemento della disciplina, si finisce per cadere in contraddizioni evidenti.

## 16. *Profili di sintesi e conclusioni*

Siamo giunti al momento di tirare le fila del discorso.

Ritengo che, entro il campo preso in esame, il procedimento derogatorio sia da escludersi in sintesi per le seguenti ragioni.

V’è da considerare che esiste un campo esterno alla disciplina di settore rappresentato da ciò che *non* è disciplinato.

Esemplare è il caso del risarcimento del danno: qui certamente si pone un problema di raccordo tra discipline differenti (non solo nelle singole soluzioni, ma anche – si potrebbe dire – nella filosofia generale) rispetto a cui l’opera di connessione concettuale e di giunzione compiuta dall’interprete appare insostituibile. Certamente non si riscontra alcun fenomeno di deroga, giacché si è a cospetto di un’assenza di normazione: dunque mancano i presupposti per l’operare di un meccanismo derogatorio.

Si rinviene poi un campo interno rispetto alla disciplina di settore, nel senso che taluni strumenti di tutela, all’interno della disciplina generale e di quella di settore, mostrano una corrispondenza funzionale.

Per esempio, in questa prospettiva, si può ritenere che i rimedi edilizi disponibili al compratore per l’ipotesi di difetto materiale siano ri-disciplinati dall’art. 130 cod. cons. Come si è cercato di dimostrare, però, la normazione consumeristica non interviene sui presupposti della medesima fattispecie delineata nel codice civile.

Ebbene, per sostenere il verificarsi di un meccanismo di deroga (in ragione del maggior favore), si dovrebbe ragionare in termini di tipo/sotto-tipo. Però – come pure si è cercato di dire – la via in questo senso è sbarrata dal fatto che la disciplina di settore, esemplarmente nel caso della vendita di beni di consumo, appare strutturata del tutto in via trans-tipica.

In altri termini, la nozione di vendita adottata è più ampia di quella di vendita di cui al codice civile, sicché il sotto-tipo si rivela fatalmente più ampio del tipo; con l’effetto che appare preclusa un’applicazione – per così

dire – orizzontale, in relazione alle figure appartenenti al macro-tipo della vendita di cui alla nozione consumeristica.

Si può poi identificare un campo interno, ossia ri-disciplinato, ma fuori dal tipo.

Per esempio, quando si attinga alle regole generali sul contratto a prestazioni corrispettive (nell'ipotesi in cui venga in rilievo la figura dell'*aluid pro alio* o dell'eccezione d'inadempimento): in questi casi non si è nel sottotipo e neppure si è a cospetto di deroga.

In conclusione, mi pare dunque si possa confermare il disegno ricostruttivo già delineato in apertura di queste pagine.

I problemi sottesi al coordinamento tra la disciplina generale e la normativa di settore sono assai impegnativi e impongono opzioni di carattere metodologico, nonché – se si voglia dir così – pure di teoria generale, che incidono sul disegno dell'intero sistema privatistico.

Non vi è dubbio che la 'cerniera' tra i *Sonderprivatrechte* e il *Privatrechtssystem* rappresenti anche una trincea di lavoro per la scienza giuridica privatistica per i prossimi anni<sup>60</sup>.

Però resta il fatto che il 'maggior favore' dei diritti del consumatore non arriva in alcun modo a integrare la sostanza di un criterio di soluzione di potenziali conflitti di norme; quello che si pone all'interprete è invece un problema ricostruttivo-sistematico quale discende dall'esigenza di colmare una serie di lacune di legge.

Semmai, il rilievo da attribuire al 'maggior favore' è quello di *ratio* generale in grado di guidare l'interpretazione del complesso materiale legislativo che interessa a vario titolo il consumatore.

Conclusivamente, si sarebbe tentati di dire – certamente con un'eccessiva abbreviazione dei passaggi – che il vero e più sostanziale 'maggior favore' che si possa attribuire al consumatore è proprio e soltanto quello collegato alla possibilità di scegliere la tutela preferibile.

Che poi, assai più in generale, la 'tenuta' del sistema sia un vantaggio per l'intero ordinamento, anche questo mi pare chiaro. Ma mi spingerebbe a considerazioni a largo raggio, per le quali di certo non basterebbe lo spazio di questo contributo (bel convegno).

---

<sup>60</sup> Le espressioni sono ricavate da F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, cit., p. 415 ss.



Roberto Calvo

*Consulenza e informazione nella prospettiva  
delle imprese e dei consumatori*

SOMMARIO: 1. Informazioni sul rischio e sul contenuto del contratto. – 2. Clausole elusive degli obblighi informativi – 3. Il ‘contesto’ contrattuale.

1. *Informazioni sul rischio e sul contenuto del contratto*

Nella cornice della legislazione italo-comunitaria l'esigenza di predisporre un apparato di regole volte a garantire l'efficienza dell'informazione precontrattuale ha segnato un autentico punto di svolta nella tutela della parte economicamente debole o meno organizzata. Si è così assistito a un progressivo passaggio da un sistema ancorato ai postulati liberali tipici della tradizione ottocentesca, in cui la protezione dello stipulante – ad astrarre dalla sua posizione di forza all'interno del meccanismo contrattuale – era di massima legata alla disciplina dei rimedi estintivi del vincolo (risoluzione per inadempimento, annullamento dell'atto per vizi del consenso), a un altro – qual è quello contemporaneo – venato dal programma di proteggere la *partie faible* (che negozia in posizione di minorità rispetto all'imprenditore che detta *ad libitum* le regole del gioco) in modo anticipato, vale a dire attraverso la divulgazione *ex ante* di informazioni utili a maturare una determinazione negoziale consapevole circa i rischi implicati dall'operazione economica in via di perfezionamento, oppure a renderla immediatamente edotta all'esatto contenuto dell'intesa e delle tutele che sono riconosciute all'aderente.

Il tratteggiato modello di tutela 'precauzionale' che s'indirizza al procedimento di formazione dell'accordo, risponde anche all'interesse dell'impresa non solo perché rafforza la fiducia dei consumatori nei meccanismi che regolano il mercato interno, ma anche in quanto l'invocazione da parte

del singolo consumatore dell'annullamento per errore-motivo o per errore provocato (dolo commissivo o omissivo), imputabile alla falsata rappresentazione del rischio o del contenuto contrattuale, indebolisce l'impresa stessa nella misura in cui la caducazione dell'atto implica la nascita di biunivoche obbligazioni restitutorie *ex art. 2033 c.c.*, che sono avvertite dall'imprenditore come una iattura tenuto conto del fatto che egli deve riprendere la merce già consegnata e restituire il denaro incassato<sup>1</sup>.

Una lampante dimostrazione di quanto appena osservato è offerta dalla direttiva 1999/44/Ce sulle vendite al consumo, che ha sovvertito la tradizione consegnataci dal diritto romano ponendo all'apice della gerarchia dei rimedi – orientati, come si sul dire, al *favor contractus* – l'esatto adempimento (riparazione o sostituzione), degradando in tal guisa le azioni forgiate dal *ius aedilicium* (redibitoria e estimatoria) a tutela residuale.

Volendo cercare di seguire una chiave d'intonazione sistematica, la quale tenga conto delle direttive comunitarie che si sono occupate della materia qui passata in rassegna, è possibile affermare che gli obblighi informativi a carico del professionista rispondono a due distinte esigenze: da un lato si staglia l'informazione legata alla piena ed esatta comprensione del rischio negoziale con particolare riguardo alle operazioni sottintendenti un impegno economico rilevante, dall'altro quella inerente l'esatta rappresentazione del contenuto del contratto in via di formazione.

Quest'ultima esigenza contrassegna la direttiva 83/2011/UE. Essa si pone a ridosso di una costellazione di norme che hanno esteso la propria area di competenza soggettiva ai rapporti tra impresa e impresa (B2B): si pensi anzi tutto alle discipline in tema di affiliazione commerciale e subfornitura.

Interessa *in apicibus* segnalare che uno dei tratti identificativi della suddetta fonte extrastatuale si contraddistingue in termini negativi, non preve-

---

<sup>1</sup> Con riguardo all'estinzione del vincolo derivante dall'esercizio del diritto di recesso per opera del consumatore, il 46° considerando della direttiva 83/2011/UE prevede che «il professionista dovrebbe rimborsare tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore, inclusi quelli che coprono le spese a carico del professionista per consegnare il bene al consumatore. Il rimborso non dovrebbe avvenire mediante buoni, salvo che il consumatore abbia utilizzato buoni nella transazione iniziale o ne abbia espressamente accettato l'uso. Se il consumatore sceglie espressamente un determinato tipo di consegna (ad esempio consegna rapida in 24 ore), sebbene il professionista abbia offerto un tipo di consegna comune e generalmente accettato con costi di consegna minori, la differenza tra i costi dei due tipi di consegna è a carico del consumatore».

dendo essa una sanzione tipo la nullità del singolo contratto qualora l'obbligo informativo non venisse soddisfatta, oppure se fosse trasgredito l'obbligo di incorporare l'informazione entro un «supporto durevole»<sup>2</sup>. Al contrario, la disciplina sulla subfornitura così come quella sull'affiliazione commerciale, hanno scelto la strada diversa della nullità (di protezione) del contratto ove non sia stato rispettato l'onere della forma scritta (artt. 2 l. 192/1998 e 3 l. 129/2004). La differenza si spiega perché mentre queste ultime due fonti di diritto interno concernono rapporti fra parti sostanzialmente isolate (c.d. contratto individuale), la direttiva *Consumer rights*, invece, si riferisce – incanalandosi nel medesimo solco scavato da quella sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) – a situazioni implicanti vicende negoziali che coinvolgono una quantità indistinta di consumatori finali, allo scopo di garantir loro le informazioni sull'identità del professionista e sul contenuto della prestazione, sì da evitare che su tali *essentialia negotii* (e su altri elementi che, viceversa, non partecipano della natura di tasselli costitutivi della fattispecie) siano colti di sorpresa. L'additata *ratio legis* giustifica il sistema rimediabile accolto dal legislatore dell'attuazione, il quale ha esteso *in subiecta materia* l'art. 27 c. cons., conferendo all'AGCM poteri inibitori e sanzionatori in caso di violazione degli obblighi informativi di matrice 'precontrattuale'.

Ci troviamo quindi al cospetto di una protezione generale e astratta di natura – come si è detto – preventiva, che si disinteressa deliberatamente<sup>3</sup> del singolo episodio litigioso o del contratto isolatamente considerato, il quale continua a essere regolato – per quanto attiene alle situazioni patologiche imputabili alla 'disinformazione' (intendiamo alludere all'errore spontaneo

---

<sup>2</sup> Ossia, documenti redatti per iscritto, chiavi USB, CD-ROM, DVD, schede di memoria o dischi rigidi del *computer* nonché messaggi di posta elettronica (si veda il 23° considerando della direttiva 83/2011/UE).

<sup>3</sup> Si veda il 14° «considerando» della direttiva 83/2011/UE, che – pur con un periodare il quale non spicca per eleganza – così recita: «La presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la legislazione nazionale afferente al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale che non sono disciplinati dalla presente direttiva. Pertanto, la presente direttiva dovrebbe lasciare impregiudicata la legislazione nazionale che disciplina, ad esempio, la conclusione o la validità di un contratto (ad esempio nel caso di vizio del consenso). Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare il diritto nazionale con riferimento ai rimedi generali previsti dal diritto contrattuale, le norme sull'ordine pubblico economico, ad esempio le norme sui prezzi eccessivi o esorbitanti, e le norme sulle transazioni giuridiche non etiche».

o a quello provocato) – dal quarto libro del codice civile<sup>4</sup>. Il potere di controllo e sanzionatorio che spetta alla suddetta Autorità dovrebbe esercitare un impulso dissuasivo alla trasgressione degli obblighi informativi tipizzati dai riformati artt. 48 e 49 c. cons.; vero è che la sanzione amministrativa pecuniaria (*ex art. 27, comma 9°, c. cons.*) è più incisiva (e quindi più temuta rispetto) a quella tradizionale, che interviene *ex post*, di annullamento del contratto per opera della giurisdizione ordinaria in caso di azione del consumatore ‘disinformato’ contro il professionista che abbia agito slealmente. Per altro verso l’evocata ‘disinformazione’ – si osservi incidentalmente – rileva anche sotto il profilo della scorrettezza di cui agli artt. 21 ss. c. cons.

Passiamo di scorcio alle fonti comunitarie che si occupano delle informazioni in tema di rischio contrattuale, nel cui ambito occorre da ultimo novare la direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali. Essa prevede una fattispecie contrattuale che prende il nome di servizio di consulenza e che consiste in un rapporto obbligatorio a titolo gratuito antecedente alla stipulazione del contratto di finanziamento, che dà veste giuridica autonoma al c.d. contatto sociale fra consumatore e professionista. Si tratta di un servizio funzionale allo scopo di responsabilizzare i professionisti nell’attività (preparatoria) di raccolta dei dati utili a soppesare la rilevanza del rischio di solvibilità del consumatore, in maniera da obbligare costoro a somministrargli informazioni e suggerimenti adatti a illustrare, con chiarezza e concisione (*‘clare loqui’*), vantaggi e svantaggi scaturenti dal finanziamento oggetto d’istruttoria<sup>5</sup>. La violazione dell’obbligo informativo concernente il rischio, oltre a rilevare quale inadempimento del contratto di consulenza, può anche tramutarsi in vizio della volizione se intacca il processo formativo della volontà della parte protetta.

## 2. *Clausole elusive degli obblighi informativi*

Riprendiamo il discorso sulla legge di attuazione della direttiva 83/2011/UE. Le regole fondamentali che concernono il profilo legato

---

<sup>4</sup> Sul tema sia consentito rinviare a R. CALVO, *Diritto civile*, I, *Il contratto*, Zanichelli, Bologna 2015, p. 419 ss.

<sup>5</sup> Cfr. R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 823 ss.



all'informazione sono racchiuse nei già menzionati artt. 48 e 49 c. cons.<sup>6</sup>. Il criterio direttivo è così compendiabile: gli obblighi informativi devono essere adempiuti in via 'precontrattuale'. Il legislatore ha voluto mettere bene in chiaro che le informazioni vanno somministrate al consumatore prima che il contratto sia stato perfezionato. Detta precauzione si uniforma alla logica della direttiva, la quale vuole appunto assicurare che la determinazione volitiva del consumatore sia rischiarata dai raggi della conoscenza in merito al contenuto dell'affare in via di perfezionamento.

L'ipotesi considerata fisiologica dal legislatore è quella in cui l'informazione riguardante il contenuto – non il rischio come già notato – sia fornita prima dell'intesa. Ciò posto, immaginiamo che il professionista rediga una proposta contrattuale arricchendola di un termine iniziale, la quale così suona: il contratto è immediatamente vincolante, tuttavia l'adempimento degli obblighi informativi relativi al contenuto dovrà essere attuato decorsi *tot* giorni e comunque prima dello scadere del termine iniziale di efficacia del contratto stesso. Di lì il dubbio se l'immaginata clausola possa ritenersi in sintonia con la *ratio* venante gli artt. 48 e 49 c. cons.

La risposta al quesito è di segno negativo. Il consumatore deve essere messo nelle condizioni di formare la propria determinazione volitiva facendo leva sul patrimonio di informazioni che il professionista deve mettergli a disposizione *ex ante*. È dunque evidente che ogni clausola con-

---

<sup>6</sup> Si rammenti che ai sensi del 26° «considerando» della direttiva 83/2011/UE «I contratti relativi al trasferimento di beni immobili o di diritti su beni immobili o alla creazione o all'acquisizione di tali beni immobili o di tali diritti, i contratti per la costruzione di nuovi edifici, per la trasformazione sostanziale di edifici esistenti nonché i contratti per la locazione di alloggi a scopo residenziale sono già soggetti a una serie di requisiti specifici nella legislazione nazionale. Tali contratti includono ad esempio la vendita di immobili ancora da progettare e la locazione finanziaria con opzione di acquisto (*hire-purchase*). Le disposizioni della presente direttiva non sono appropriate per detti contratti che dovrebbero pertanto essere esclusi dal suo ambito d'applicazione. Una trasformazione sostanziale è una trasformazione paragonabile alla costruzione di un nuovo edificio, per esempio quando viene conservata solo la facciata di un vecchio edificio. I contratti di servizi, in particolare quelli relativi alla costruzione di annessi di edifici (ad esempio un *garage* o una veranda) e quelli relativi alla riparazione e ristrutturazione di edifici diverse dalla trasformazione sostanziale, dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva, così come i contratti relativi ai servizi di un agente immobiliare e quelli relativi alla locazione di alloggi a scopo non residenziale». V. ora l'art. 47, lett. e) e f), c. cons.

trattuale preordinata a posticipare l'adempimento del debito informativo addossato al professionista quando il contratto sia oramai perfezionato non vale come adempimento corretto della prestazione in discorso.

Che cosa succede qualora fosse imposta dal professionista una clausola condizionale. Su questo fronte d'indagine occorre sceverare la condizione sospensiva da quella risolutiva. Orbene, se condizionassimo gli effetti dell'accordo all'adempimento degli obblighi informativi, a prima vista non dovrebbe scorgersi alcuna elusione delle regole che ci stanno occupando, in quanto la condizione sottintenderebbe che l'adempimento dell'obbligo informativo assurga ad avvenimento futuro e incerto innervante gli effetti del contratto. Qui l'efficacia del contratto non è automatica come nell'ipotesi (su esposta) del *dies a quo*, essendo legata all'adempimento delle obbligazioni cognitive. Sennonché, la protezione del consumatore rimarrebbe in ogni caso indebolita, posto che egli resterebbe vincolato al contratto ove scoprisse, all'esito dell'adempimento degli obblighi informativi, che – si faccia il caso – il professionista è diverso da quello che immaginava. Ragion per cui anche in tale situazione conviene *funditus* ritenere non adempiuta correttamente l'obbligazione informativa. La premessa invita a riflettere che si tratterebbe pur sempre di una condizione unilaterale, quindi rinunciabile dal consumatore; questi cenni suggeriscono di accostare – sotto il profilo della legittimazione attiva – la condizione di adempimento (di un'obbligazione legale) alla nullità di protezione<sup>7</sup>. Va da sé che le conclusioni che precedono valgono a maggior ragione in ipotesi di condizione risolutiva.

### 3. *Il 'contesto' contrattuale*

La disciplina in esame prende specificamente in considerazione solo la trasgressione dell'informazione in materia di recesso. A questo scopo viene seguita una tecnica rimediale oramai collaudata, ispirata al *favor contractus*, che protegge la parte debole tramite l'ampliamento dei termini per l'esercizio del diritto potestativo (*ius poenitendi*) (art. 53 c. cons.)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Va da sé che le conclusioni che precedono valgono a maggior ragione in ipotesi di condizione risolutiva.

<sup>8</sup> Cfr., diffusamente, S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv.*

La direttiva *Consumer rights* – intendo riferirmi all'art. 3, comma 5° – stabilisce che essa «non pregiudica il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati dalla presente direttiva».

Se così, il cerino acceso passa al giurista di diritto interno. Quali sono le soluzioni che potrebbero in qualche modo ipotizzarsi di fronte alla violazione di obblighi informativi estranei al recesso? Nel successivo art. 5, comma 1° (che riguarda gli *obblighi d'informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*), compare una norma di salvaguardia secondo cui «il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto». È facile ravvisare come il richiamo al 'contesto' (che – come è noto – costituisce il criterio-cardine per l'interpretazione del negozio di ultima volontà *ex* art. 625, comma 1°, c.c.) rappresenta un utile canone integrativo (extratestuale) dell'autoregolamento capace di porre un freno alla dilagante litigiosità fomentata da letture cavillose del testo.

Il punto è questo: quali sono le vie d'uscita da seguirsi in caso di trasgressione dell'obbligazione informativa non rimediata dal riferimento al 'contesto'? Le informazioni che riguardano l'oggetto del contratto dovrebbero giustificare la nullità dell'intesa per indeterminabilità dell'oggetto stesso (art. 1418, comma 2°, c.c.).

La stessa conseguenza vale con riguardo all'omissione delle informazioni che si riferiscono all'identità del professionista: se non si evincono dal 'contesto' – e la circostanza parrebbe tutto sommato poco frequente – il contratto sarà nullo stante i dubbi oscuranti l'individuazione del professionista.

Passando all'assenza o insufficienza di informazioni attinenti al prezzo, è fuori discussione che la soluzione più drastica sia la nullità, siccome il corrispettivo nei rapporti di scambio partecipa della natura di elemento essenziale della fattispecie negoziale. Bisogna invero considerare che il nostro sistema enuncia una regola che potrebbe rappresentare un'ancora di salvataggio in vista della sopravvivenza dell'accordo. Si tratta dell'art. 1474 c.c.; in sintesi – anche se l'eventualità è remota – il contratto deve ritenersi

---

*dir. civ.*, 2015, p. 276 ss., cui rinviamo per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

nullo qualora le parti non abbiano indicato il prezzo, solo là dove sia inapplicabile l'ordine sequenziale di criteri suppletivi enumerati in quest'ultima disposizione<sup>9</sup>.

L'altro profilo d'inefficienza informativa attiene ai modi di pagamento. Anche in questo caso supplisce il diritto comune (art. 1498, comma 2°, c.c.).

Giova conclusivamente segnalare che le informazioni – come stabilisce l'art. 50, comma 1°, c. cons. – devono essere date attraverso un linguaggio facilmente comprensibile e attraverso caratteri, metodi di espressione leggibili. Siamo di fronte alla stessa regola dettata dall'art. 166 c. assic. Per quanto riguarda la semplicità e la comprensibilità, si vuole evitare l'abuso del tecnicismo; di conseguenza, le informazioni divulgate per mezzo di un linguaggio – quantunque rigoroso sotto il profilo formale – riservato ai tecnici del settore, non si uniformerebbero alla disciplina in questione dovendo essere considerate agli occhi del consumatore *tamquam non esset*.

---

<sup>9</sup> Cfr., ad esempio, G. ALPA, voce *Prezzi*, II, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 3. Quanto al diritto giudiziale cfr. Cass., 14 dicembre 1988, n. 6816, in *Mass. Foro it.*, 1988; Cass., 23 gennaio 1988, n. 523, *ibidem*. V. inoltre Cass., 14 ottobre 1988, n. 5562, *ibidem*.

Roberto Chieppa

*La direttiva Consumer Rights:  
l'esperienza del mercato e gli orientamenti dei regolatori*

SOMMARIO: 1. Premessa: le problematiche connesse alla tutela del consumatore nei settori regolamentati e il recepimento della direttiva *Consumer rights*. – 2. La competenza dell'AGCM e l'applicazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. – 3. Il principio di armonizzazione massima introdotto dalla direttiva *Consumer rights* e le nuove fattispecie introdotte dal decreto. – 4. I protocolli di intesa e la leale collaborazione tra le Autorità. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa: le problematiche connesse alla tutela del consumatore nei settori regolamentati e il recepimento della direttiva Consumer rights*

Il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, di recepimento in Italia della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (c.d. *Consumer rights*), oltre a ridefinire i rimedi di *public enforcement* e tipizzare quali illeciti consumeristici talune condotte già in astratto sussumibili nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, disciplina la questione del riparto di competenze tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ('AGCM') e Autorità di settore.

L'entrata in vigore del decreto va dunque vista con favore in quanto, al di là di eventuali aspetti problematici che possono riguardare singole disposizioni, risulta rafforzata la certezza del diritto, esigenza di cui vi era particolare necessità nel settore in questione.

Come infatti ben noto, nel nostro ordinamento tale certezza era in parte mancata nel recente passato per via dell'opacità che ha riguardato sia l'individuazione della disciplina applicabile (Codice del Consumo o discipline settoriali), che l'Autorità competente ad intervenire (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o Autorità di settore).

Per l'effetto, la tutela del consumatore nei settori regolamentati è stata oggetto di significativi ostacoli e limitazioni, con pregiudizio dell'attività di *enforcement* avverso le pratiche commerciali scorrette: dopo una prima fase di '*ne bis in idem*' in cui si è assistito ad una sovrapposizione di azioni da parte dell'AGCM e delle Autorità di settore nei confronti delle medesime condotte con conseguente duplicazione di interventi e sanzione, si è passati ad una fase di sostanziale assenza di *enforcement*, in cui condotte potenzialmente idonee ad integrare pratiche commerciali scorrette non sono state esaminate da alcuna Autorità.

Tale situazione ha comportato un grave *vulnus* per tutti gli operatori del mercato:

- i consumatori, in apparenza all'inizio maggiormente tutelati da un duplice intervento di tutela, ma che vedevano poi i provvedimenti a loro favore annullati dal giudice amministrativo per un mero problema di riparto di competenza; gli stessi consumatori si sono poi trovati in un contesto di scarsa chiarezza in cui non capivano da chi dovevano essere tutelati;
- le imprese, dapprima soggette a due distinti procedimenti con due possibili sanzioni in palese violazione del principio del *ne bis in idem* ed in seguito non soggette ad alcun procedimento, con penalizzazione delle imprese più virtuose che avevano ispirato le loro *policy* anche a principi di tutela del consumatore e che si confrontavano con imprese che violavano quegli stessi principi senza incorrere in alcuna sanzione.

Dopo l'infruttuoso intervento del Consiglio di Stato per tentare di risolvere la questione<sup>1</sup>, il legislatore nazionale, sotto la duplice spinta proveniente dall'ordinamento comunitario<sup>2</sup>, è intervenuto con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, definendo una soluzione differente da quella non soddisfacente individuata dall'art. 23, comma 12, *quinquiesdecies*, d.l. 95/2012<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Consiglio di Stato, Adunanze plenarie, sent. 11 maggio 2012, nn. 11-16.

<sup>2</sup> Si fa riferimento in particolare alla procedura di infrazione comunitaria (caso EU Pilot 4261/12/JUST) e alla necessità di recepire in Italia la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

<sup>3</sup> Art. 23, comma 12 *quinquiesdecies*, d.l. 95/2012, che prevedeva la competenza dell'Autorità salvo '*il caso in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati*' (attività regolatoria a copertura comunitaria).

La nuova disciplina prevede ora l'attribuzione in via esclusiva all'AGCM della competenza sanzionatoria rispetto all'*enforcement*, sia delle norme di recepimento della direttiva *Consumer rights* (art. 66 del Codice del consumo), sia delle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati, previo parere dell'autorità di settore (art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo).

Al fine di tenere conto delle peculiarità dei singoli settori, è prevista l'acquisizione del parere delle Autorità di regolazione e la stipula di protocolli di intesa tra le varie Autorità volti a disciplinare gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione.

Nel dare attuazione al principio di armonizzazione massima introdotto dalla direttiva *Consumer rights*, il decreto disciplina al livello normativo talune condotte che potevano già in astratto rientrare nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette ed erano state in effetti in passato perseguite dall'AGCM nella propria attività istruttoria.

La disciplina in esame richiede un concreto impegno da parte dell'AGCM e delle Autorità di settore a darvi concreta attuazione: a poco più di un anno dall'entrata in vigore del decreto, una valutazione in merito all'efficacia delle soluzioni previste appare prematura, ma può essere di interesse esaminare la preliminare prassi applicativa in materia con particolare riferimento alle interazioni tra AGCM e Autorità di settore.

## 2. *La competenza dell'AGCM e l'applicazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette nei settori regolati*

I caratteri salienti della nuova disciplina sono:

- a) il riconoscimento della competenza esclusiva dell'AGCM per le PCS anche sei settori regolati;
- b) l'inciso '*fermo restando il rispetto della regolazione vigente*';
- c) la competenza delle Autorità di settore per la violazione della regolazione che non integra PCS;
- d) il richiamo dei protocolli di intesa.

Infatti, il d. lgs. 21/2014, con l'inserimento dell'art. 27, comma 1-*bis*, Codice del Consumo stabilisce, da un lato, in capo all'AGCM la competenza ad intervenire nei settori regolati in materia di pratiche commerciali scorrette; dall'altro lato, che le Autorità di settore mantengono la propria

competenza nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta<sup>4</sup>. Appare dunque chiaro il riconoscimento per via normativa della competenza esclusiva dell'AGCM in relazione alle pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati.

Tale principio è stato recentemente ribadito e confermato dal Consiglio di Stato<sup>5</sup> che, nel dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse la censura d'incompetenza dell'AGCM nel ricorso avverso una decisione di accertamento di una pratica commerciale scorretta nel settore delle telecomunicazioni, ha riconosciuto valore retroattivo allo *jus superveniens* costituito dall'attribuzione della competenza all'AGCM in virtù della nuova disciplina. Il giudice amministrativo di ultima istanza ha infatti rilevato che, tenuto conto del mutamento sopravvenuto della normativa in materia, anche ove il provvedimento fosse annullato spetterebbe comunque all'AGCM il riesercizio della funzione sanzionatoria. Di qui, viene ritenuto venir meno l'interesse al motivo d'incompetenza dell'AGCM per quanto attiene all'esercizio della potestà sanzionatoria.

Se, dunque, la questione del riparto di competenze appare ora espressamente chiarita dal legislatore, maggiori incertezze potrebbero porsi in relazione alla necessità di stabilire se una determinata condotta integri o meno una pratica commerciale scorretta o una mera violazione della regolazione.

Un rilevante profilo di interesse della norma in esame è il riconoscimento della competenza dell'AGCM «fermo restando il rispetto della regolazione vigente». Tale previsione sembra indicare la volontà del legislatore di scongiurare il ripetersi di quanto accaduto in passato, ove l'AGCM è talvolta intervenuta accertando la scorrettezza di una condotta pur se in astratto conforme alla regolazione. In sostanza, si vuole evitare che le imprese che

---

<sup>4</sup> Art. 27, comma 1-bis, Codice del Consumo: «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1104.



si siano attenute alle regole fissate *ex ante* dal regolatore possano incorrere in sanzioni per pratiche commerciali scorrette; in sostanza, la regolazione non sposta la competenza, ma deve essere rispettata dall'AGCM. Sotto tale profilo, la disciplina si distanzia rispetto ai principi vigenti in materia di concorrenza, in cui sia la giurisprudenza comunitaria che nazionale hanno riconosciuto piena autonomia di valutazione all'Autorità antitrust<sup>6</sup>.

La protezione offerta alle imprese dalla conformità della condotta alla normativa di settore non esclude tuttavia i rischi di ulteriori criticità, come nel caso in cui la regolazione di settore possa risultare eccessivamente permissiva o, all'opposto, eccessivamente severa nei confronti delle imprese. Nel primo caso, non sembrerebbe *prima facie* possibile un intervento dell'AGCM volto a disapplicare la regolazione di settore (illegittimamente) eccessivamente permissiva e sanzionare l'impresa, non potendo valere in questo campo l'opposto principio riconosciuto in campo antitrust e cristallizzato nella sentenza CIF della Corte di Giustizia<sup>7</sup>.

Nel secondo caso, ossia a fronte di una regolazione (illegittimamente) eccessivamente severa, non sembrerebbe invece tanto venire in rilievo una questione di competenza, quanto del rispetto da parte della regolazione di settore del principio di armonizzazione massima previsto dalla direttiva *Consumer rights*.

È auspicabile che tali ipotesi rimangano meramente astratte e che la valorizzazione della leale collaborazione tra Autorità e la piena attuazione del principio di armonizzazione massima previsto dalla direttiva *Consumer rights* escluda l'insorgere di simili problematiche.

---

<sup>6</sup> Cfr., per tutte, C. GIUST UE., 14 ottobre 2010, causa C-280/08, *Deutsche Telekom c. Commissione*; Consiglio di Stato, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271, *Telecom*. Anche il Consiglio di Stato, nelle citate Adunanze plenarie (sent. 11 maggio 2012, nn. 11-16), ha sottolineato come la soluzione adottata per la tutela del consumatore non valga nei confronti del conflitto tra disciplina settoriale e disciplina della concorrenza: *'l'assetto interpretativo adottato non riverbera effetto alcuno sul diverso problema affrontato da Cons. Stato, Sezione VI, 10 marzo 2006, n. 1271, ossia sulla possibilità che Antitrust valuti autonomamente il profilo anticoncorrenziale di clausole contrattuali, poste in essere nell'ambito di condotte che possono integrare la fattispecie di abuso di posizione dominante o di intese restrittive della concorrenza'*.

<sup>7</sup> C. GIUST. CE, 9 settembre 2003, causa C-198/01, che in ogni caso non consente di sanzionare le imprese per comportamenti pregressi imposti dalla normativa nazionale da disapplicare.

3. *Il principio di armonizzazione massima introdotto dalla direttiva Consumer rights e le nuove fattispecie introdotte dal decreto*

Sotto il profilo delle regole, il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, nel dare attuazione al principio di armonizzazione massima introdotto dalla direttiva *Consumer rights*<sup>8</sup>, tipizza a livello normativo una serie di condotte che già potevano in astratto rientrare nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette. La codificazione delle stesse deve essere salutata con favore, in quanto rafforza la certezza del diritto e consente di evitare i rischi di *ne bis in idem*.

Gran parte delle novità introdotte dal decreto sono state anticipate dall'AGCM a livello di prassi nell'esercizio delle funzioni ad essa attribuite in materia di pratiche commerciali scorrette.

Si pensi, in tal senso, alla previsione da parte della nuova disciplina di specifici obblighi informativi precontrattuali in capo ai professionisti, tra cui informazioni riguardanti, da un lato, il prezzo totale dei beni o servizi; dall'altro lato, l'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, il servizio *post vendita* e le garanzie commerciali<sup>9</sup>.

Entrambi i profili sono stati in passato oggetto di attenzione da parte dell'AGCM che ha accertato in diversi settori condotte scorrette consistenti nell'aver fornito informazioni sull'esistenza di costi non all'interno del *claim* principale, ma in una nota, collocata a piè di pagina, scritta con caratteri grafici di dimensioni ridotte<sup>10</sup>; numerose istruttorie condotte negli ultimi anni hanno poi riguardato il tema di garanzia legale, con riferi-

---

<sup>8</sup> Cfr. direttiva 2005/29/CE, art. 1: '*La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori*'. Fatte salve talune eccezioni (e.g. servizi finanziari e beni immobili di cui all'art. 3, par. 9 direttiva 2005/29/CE), il carattere di piena armonizzazione connota la direttiva nella sua interezza, compreso l'elenco esaustivo di pratiche considerate sleali in qualunque circostanza di cui all'all. 1 della direttiva.

<sup>9</sup> Cfr. artt. 48, comma 1, lett. c); 49, lett. e); 48, comma 1, lett. e); 49, comma 1, lett. o).

<sup>10</sup> In particolare, in materia di trasporto aereo numerosi procedimenti hanno riguardato la pratica consistente nello scorporo, dai prezzi dei biglietti promossi sulle home page dei siti dei vettori e/o riportati nel loro sistema di prenotazione on line, della voce di costo connessa alla scelta del mezzo di pagamento (*credit card surcharge*).

mento alle informazioni circa modalità e termini per l'esercizio dei diritti relativi alla garanzia<sup>11</sup>.

Il decreto introduce, inoltre, un'apposita disposizione in tema di forniture non richieste, l'art. 66-*quinquies* del Codice del Consumo, ai sensi del quale «*il consumatore è esonerato dall'obbligo di fornire qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta di beni, acqua, gas, elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale o di prestazione non richiesta di servizi... In tali casi, l'assenza di una risposta da parte del consumatore in seguito a tale fornitura non richiesta non costituisce consenso*».

Anche in questo caso, l'AGCM ha in passato condotto importanti istruttorie avverso condotte di forniture non richieste che, nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, integrano una fattispecie di pratica commerciali in ogni caso aggressiva ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. f, del Codice del Consumo. In particolare, nei settori delle comunicazioni e dell'energia, diversi procedimenti hanno riguardato fattispecie in cui il professionista, senza il consenso del consumatore, ha attivato nuovi servizi<sup>12</sup>.

Le novità introdotte dal decreto sono numerose e talune di esse meriterebbero specifico approfondimento, come la nuova disciplina in merito alla contrattazione a distanza tramite telefono.

In tale ambito la direttiva, in deroga rispetto all'approccio di armonizzazione completa, consente agli Stati membri un certo margine di manovra<sup>13</sup>; la disciplina introdotta dal decreto<sup>14</sup>, distanziandosi rispetto al

---

<sup>11</sup> E.g. PS7256, *Comet-Apple-prodotti in garanzia*, 2011, PS1907, *Trony Dps Group-prodotti in garanzia*, 2010 e PS8714, *Sony-Garanzia Legale*, 2013. Un ulteriore profilo ha riguardato le omesse/non adeguate informazioni sulle garanzie convenzionali, con particolare riferimento alla sovrapposizione temporale con la garanzia legale. I procedimenti sono stati, per lo più, conclusi con impegni.

<sup>12</sup> E.g. PS2216 - *Eni-Attivazione Non Richiesta*, 2012 e PS4058 - *Telecom-Fornitura non richiesta Prodotti Pregiati*, 2011.

<sup>13</sup> Cfr. art. 8, comma 6, direttiva *Consumer rights*: «*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, gli Stati membri possono prevedere che il professionista debba confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto. Gli Stati membri possono anche prevedere che dette conferme debbano essere effettuate su un mezzo durevole*».

<sup>14</sup> Cfr. art. 51, comma 6, del Cod. Cons.: «*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento*

regime base previsto dal diritto europeo, pone una serie di problematiche interpretative alquanto complesse sotto il profilo applicativo, allo stato oggetto di attenzione da parte delle diverse Autorità.

L'AGCM ha avviato di recente alcuni procedimenti concernenti le procedure di conclusione dei contratti di telefonia fissa e mobile e dei servizi televisivi via satellite a pagamento mediante *teleselling*. Sono inoltre in corso talune istruttorie riguardanti l'attivazione non richiesta di forniture di energia elettrica e gas naturale mediante contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali, tra l'altro mediante vendita al telefono.

È auspicabile che, nell'ambito delle rispettive competenze, le suddette Autorità siano in grado di pervenire ad una soluzione interpretativa uniforme rispetto alla disciplina in questione, in quanto l'adozione di approcci differenti rappresenterebbe inevitabilmente un fallimento della leale collaborazione, su cui si fonda anche la nuova disciplina. Si tratta di un importante banco di prova per testare non solo la tenuta della norma, ma anche la capacità delle Autorità di instaurare un proficuo rapporto di mutua collaborazione.

#### 4. *I protocolli di intesa e la leale collaborazione tra le Autorità*

Il decreto, nell'attribuire all'AGCM la competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, stabilisce una serie di misure volte a tenere conto delle peculiarità dei singoli settori. In particolare, l'art. 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo stabilisce la competenza dell'AGCM ad intervenire nei settori regolati previa acquisizione del «*parere dell'Autorità di regolazione competente*» e include un richiamo a «*protocolli di intesa*» attraverso cui le Autorità possono disciplinare gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione.

A tale ultimo riguardo, in attuazione della nuova disciplina, le Autorità hanno condotto intensi dialoghi per definire protocolli di intesa. Allo stato, sono stati conclusi tra l'AGCM e l'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico, l'Autorità dei Trasporti, la Banca d'Italia e l'Ivass.

---

*informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole.*

Quanto all'Autorità delle Comunicazioni, pur non essendo stato ancora stipulato un protocollo di intesa, è già stato avviato un gruppo di lavoro congiunto AGCM-AGCOM volto ad esaminare le principali problematiche connesse a talune delle fattispecie introdotte dalla nuova disciplina, che anticipa quindi sul piano pratico la fase di attuazione del protocollo.

I protocolli conclusi con le Autorità menzionate hanno già trovato in numerosi casi concreta applicazione e dato prova di efficace funzionamento: con l'Autorità dei Trasporti e con la Banca d'Italia la procedura di richiesta e scambio di pareri ha sempre funzionato correttamente e non ha comportato un sostanziale allungamento dei procedimenti, se non per il tempo strettamente necessario a rendere i pareri<sup>15</sup>.

L'AGCM ha inoltre avviato numerosi casi su segnalazione delle Autorità di settore e, in taluni casi, si è proceduto anche ad azioni coordinate, come nel settore delle assicurazioni/vendite forzate di polizze accessorie *on line*. In tale contesto, a valle di un procedimento concluso dall'AGCM con l'accettazione di impegni, l'Ivass ha indirizzato una più ampia informativa al mercato, richiedendo a tutte le imprese del settore di adeguarsi ai corretti canoni di diligenza attraverso l'eliminazione dai preventivi *on line* di ogni eventuale abbinamento forzato di garanzie accessorie alle RC Auto<sup>16</sup>.

Infine, con l'Autorità per l'energia elettrica il gas ed il sistema idrico è stato costituito e ha iniziato a lavorare il gruppo di lavoro previsto dal protocollo che sta esaminando possibili fattispecie di illecito, a partire da quelle con maggior numero di segnalazioni, e suddividendo le competenze tra le due Autorità in attuazione della nuova disciplina. Ciò ha

---

<sup>15</sup> Ad esempio, l'Autorità dei Trasporti ha formulato pareri con riferimento al trasporto ferroviario, in particolare in relazione agli impegni presentati da Trenitalia nell'istruttoria riguardante il riconoscimento degli indennizzi per ritardi e la mancata qualificazione di un biglietto composto da più tratte come biglietto globale (PS4848, *Trenitalia-Indennizzi e rimborsi per ritardi e altri disagi*, 2014); la Banca d'Italia ha reso un parere nell'ambito di un procedimento istruttorio riguardante la tempistica e le procedure di chiusura dei conti correnti, nonché rispetto a una fattispecie di recupero crediti (rispettivamente PS7704, *Bancoposta - Ostruzionismo chiusura c/c*, 2014 e PS7061, *Fiditalia-Solleciti pagamento*, 2014, il primo concluso con impegni e il secondo con sanzione).

<sup>16</sup> Cfr. PS8651, *Linear-Guida Libera per Tutti*, 2015, PS9167, Zurich-Messaggio Ingannevole e comunicato stampa congiunto AGCM-Ivass del 2 aprile 2015, disponibile al sito internet <http://www.agcm.it/stampa/news/7590-agcm-e-ivass-insieme-a-tutela-dei-consumatori-no-alle-vendite-forzate-di-polizze-accessorie-on-line.html> (ultimo accesso 17.9.2015).

consentito lo scambio di numerose segnalazioni nel settore elettrico e dei servizi idrici.

Si deve tenere presente che il protocollo con l'AEEGSI incentiva le procedure di conciliazione volontaria tra fornitore apparentemente 'non voluto' e cliente finale, mediante *switching back* (ripristino del contratto ancora in essere con precedente venditore); in caso di esito negativo, è prevista la trasmissione all'AGCM per le valutazioni di competenza. In questo modo, non si preclude l'intervento a tutela del consumatore dell'AEEGSI che consiste nel tentare una conciliazione volontaria prima ancora di accertare se si è in presenza di una vera e propria attivazione non richiesta (attivazione volontaria che ha il vantaggio per il consumatore dell'immediata soluzione del problema e per le imprese di risolvere una questione che potrebbe in astratto condurre al non poter pretendere il pagamento per i servizi resi a seguito di una attivazione non richiesta).

Gli esempi di attuazione pratica dei protocolli sono numerosi e se ne potrebbero aggiungere altri, ma quanto detto è sufficiente a dimostrare come le Autorità abbiano dato prova di sapere agire in maniera coordinata in applicazione del principio di leale collaborazione.

Si tratta di un elemento importante, in quanto la corretta attuazione del principio di leale collaborazione rappresenta una delle principali garanzie che si possa evitare in futuro il ripetersi di duplicazioni di procedimenti e sanzione con interventi non omogenei cui si è assistito nella vigenza della precedente disciplina, nonché rafforzare la percezione di solidità e serietà del sistema nei consumatori, nelle imprese e nel mercato.

## 5. Conclusioni

La scelta del legislatore di attribuire in modo specifico all'AGCM la competenza esclusiva nel settore in questione muove da peculiari ragioni, tra cui l'esigenza di superare la procedura di infrazione comunitaria avviata dalla Commissione. Sostenere un'asserita incompatibilità della soluzione adottata con l'ordinamento comunitario per disapplicare la relativa disciplina e reintrodurre un intervento parallelo delle autorità di settore appare pertanto una strada impervia, nonché contraria alle finalità di leale collaborazione e di certezza del diritto di cui necessita il settore in questione.

Ciò non significa affatto che la tutela del consumatore sia territorio esclusivo di una singola Autorità, venendo in rilievo un più ampio complesso di principi e regole che vanno oltre la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Anche le Autorità di settore infatti, nell'ambito dei propri poteri regolatori, sono impegnate nella tutela del consumatore ed altrettanto vale per l'AGCM nel caso dell'esercizio sia dei propri poteri in materia antitrust – atteso che la tutela del mercato può in ultima analisi beneficiare anche il consumatore – che, ovviamente, di quelli in materia di pratiche commerciali scorrette.

In questo contesto, sono assolutamente da evitare fenomeni di 'concorrenza' tra le Autorità, come in una gara a chi offre una tutela più pro-consumeristica, ma è essenziale che esse si mostrino in grado di assicurare un pieno coordinamento tra le rispettive attività di *enforcement*, in attuazione del principio di leale collaborazione.

Tanto più le Autorità si dimostreranno in grado di dare piena attuazione al principio di leale collaborazione, tanto più sarà valorizzato il loro ruolo e la loro capacità di dare attuazione all'indipendenza che il legislatore ha loro riconosciuto, non per esercitare un potere senza limiti o controlli (il che sarebbe arbitrio), ma per svolgere una funzione al servizio della missione loro assegnata e che deve essere esercitata in (leale) collaborazione con le altre istituzioni.

Il complesso di tali elementi consentirà alle Autorità di assicurare l'indipendenza riconosciuta dal legislatore e dimostrare piena capacità di svolgere le funzioni rispettivamente assegnate, rafforzando la tutela del consumatore e la percezione di solidità e serietà del sistema nei confronti di tutti gli operatori del mercato.

La preliminare prassi applicativa nel settore e gli esempi di collaborazione tra le varie Autorità sopra richiamati vanno nella giusta direzione e l'auspicio è che la proficua collaborazione tra le istituzioni si consolidi e soprattutto che si rafforzi la tutela del consumatore in un contesto che garantisca a imprese e consumatori certezza del diritto.





Antonio Colavecchio

*La tutela del consumatore nei confronti  
delle pratiche commerciali scorrette: il ruolo dell'AEEGSI*

SOMMARIO: 1. L'impatto del 'nuovo' art. 27 del Codice del consumo sul modello di *enforcement* della regolazione. – 2. I possibili temperamenti alla lettura 'radicale' del comma 1-bis, art. 27 del Codice del consumo. – 3. La (leale) collaborazione tra AEEGSI e AGCM nel campo delle PCS.

1. *L'impatto del 'nuovo' art. 27 del Codice del consumo sul modello di enforcement della regolazione*

Una prima considerazione che vorrei svolgere in queste mie brevi note si riferisce all'assetto ordinamentale-organizzativo, è relativa, cioè, all'impatto che il recepimento *in parte qua* della nuova direttiva europea sui diritti dei consumatori (83/2011/UE), e in particolare il recepimento realizzato attraverso la 'riscrittura' di buona parte dell'art. 27 del Codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206/2005, produce in termini di trasformazione del modello di *enforcement* – evidentemente pubblico – della regolazione.

A questo proposito, occorre fare un passo indietro nel tempo e ricordare che l'originario modello di *enforcement* della regolazione, quello prefigurato nella legge n. 481 del 1995, istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, vedeva una coincidenza tra il soggetto che pone le regole del settore e il soggetto che irroga le sanzioni in caso di violazione di tali regole. In altri termini, in base a tale modello, l'Autorità di regolazione è colei che, nel settore di competenza, definisce i corretti modi di comportamento degli operatori e, ad un tempo, punisce le ipotesi di 'deviazione' da tali moduli di condotta. Infatti, l'art. 2, comma 20, lett. c), della legge n. 481/1995 prevede il potere delle Autorità di regolazione, tra cui, per quel che qui mi occupa, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), di irrogare sanzioni amministrative (pecuniarie e, per le condotte 'recidive',

anche interdittive) in caso di «*inosservanza dei propri provvedimenti*», vale a dire della propria *regolazione* (oltre che in caso di mancata ottemperanza a richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione di controlli, ovvero in caso di produzione di documenti o informazioni non veritieri).

Via via, a questo modello se n'è affiancato un altro, intaccando, quindi, l'unitarietà di quel modello iniziale e progressivamente 'sfumando' l'unicità del soggetto che 'regola' e 'sanziona'. A questo proposito, penso, in particolare, alle direttive comunitarie del c.d. 'terzo pacchetto energia' (72/2009/CE e 73/2009/CE) e al relativo decreto legislativo di attuazione nell'ordinamento nazionale (d.lgs. n. 93/2011), che direttamente tipizzano varie e significative fattispecie di illecito (violazioni relative a norme in materia di *unbundling*, accesso alle reti, scambi transfrontalieri), così escludendo – o quanto meno restringendo fortemente – la potestà dell'AEEGSI di individuare tipologie di 'illeciti regolatori' in tali ambiti e lasciando all'Autorità stessa la sola potestà di comminare le relative sanzioni; ma, prima ancora, penso alle discipline nazionali, di rango sia legislativo che regolamentare, in materia di cc.dd. 'certificati verdi' e di 'certificati bianchi', che già dissociavano il soggetto che pone le regole di condotta la cui inosservanza configura gli illeciti sanzionabili sul piano amministrativo, dal soggetto che sanziona per la violazione di queste regole.

La cennata tendenza verso il superamento del sistema sanzionatorio 'monistico' delineato dalla legge istitutiva dell'AEEGSI ha trovato la sua più recente ed emblematica manifestazione proprio nel 'nuovo' art. 27 del Codice del consumo, e segnatamente nel suo comma 1-*bis* (inserito dal d.lgs. n. 21/2014, di attuazione della direttiva '*consumer rights*'), in cui – come oramai ben noto – il potere di sanzionare le pratiche commerciali scorrette (PCS), «*anche nei settori regolati*» – così come letteralmente recita la norma –, si trova intestato, «*in via esclusiva*», all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM); ovverosia, all'Autorità di garanzia con competenza c.d. 'trasversale', e non più – come avveniva in base al criterio della *specialità* di cui al soppresso comma 12-*quinqüiesdecies* dell'art. 23, d.l. n. 95/2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 135/2012 – all'Autorità di regolazione con competenza settoriale, la quale viene 'dequotata' ad un ruolo meramente consultivo. Quest'ultima, infatti, è chiamata a rendere soltanto un parere, bensì obbligatorio, perché l'AGCM è tenuta ad acquisirlo prima di emettere il provvedimento sanzionatorio della PCS, ma non vincolante, in quanto l'AGCM è libera (almeno sul piano formale) di discostarsene.

Ad una interpretazione letterale e, se vogliamo, anche ‘radicale’ di questa nuova disposizione, in effetti, la competenza dell’Autorità *antitrust* appare ‘esclusiva’, non semplicemente ‘primaria’: ogni qual volta sia configurabile una pratica commerciale scorretta, la competenza ad adottare le relative misure sanzionatorie spetterebbe, dunque, all’Autorità *antitrust*, sempre e comunque, anche nei casi in cui la pratica integri una violazione della regolazione posta dall’Autorità settoriale. Questa lettura, d’altra parte, sembrerebbe confermata, *a contrario*, dal secondo periodo dello stesso comma 1-*bis*, dove si stabilisce che, nelle ipotesi di violazione della regolazione non costituenti una PCS, la competenza a sanzionare resta intestata all’Autorità di settore.

2. *I possibili temperamenti alla lettura ‘radicale’ del comma 1-bis, art. 27 del Codice del consumo*

Esiste, però, più di un argomento per temperare la ‘radicalità’ dell’interpretazione letterale, per ‘razionalizzare’, cioè, l’assolutezza della competenza esclusiva dell’AGCM, senza mettere in discussione la regola generale, ma semplicemente ammettendo alcune limitate deroghe, richieste soprattutto da una lettura ‘comunitariamente orientata’ del comma 1-*bis*, art. 27 del Codice del consumo.

In questa direzione mi sembra si muova, sin dall’impostazione generale, il Protocollo d’intesa ‘speciale’ stipulato tra l’AGCM e l’AEEGSI il 29 ottobre 2014, per disciplinare, in attuazione della ‘possibilità’ espressamente prevista dall’ultimo periodo del comma 1-*bis*, gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione nello svolgimento delle rispettive funzioni istituzionali in materia di tutela del consumatore, e in particolare di PCS.

Cerchiamo dunque di vedere quali sono i temperamenti possibili alla lettura ‘radicale’ della nuova disposizione di cui al comma 1-*bis*.

Il primo è un temperamento che deriva da una lettura sistematica di tale disposizione – più volte oggi è stata richiamata la necessità di un approccio di tipo sistematico sistematico alla disciplina delle PCS –, calandola non solo nel contesto dello stesso Codice del consumo, ma anche in quello ‘allargato’ del diritto europeo. In questo senso, va rimarcata la (perdurante) rilevanza dell’art. 19, comma 3, del Codice del consumo,

non toccato dalle modifiche apportate in sede di attuazione della direttiva 2011/83/UE e, quindi, da considerarsi vigente a tutti gli effetti: orbene, tale norma stabilisce la prevalenza delle disposizioni contenute in direttive comunitarie e nella relativa legislazione nazionale di recepimento che disciplinino «*aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette*», rispetto alle disposizioni del Titolo III, Parte II, del Codice del consumo, che reca la disciplina *generale* delle PCS stesse; ovvero – come è normale che sia – la prevalenza del diritto comunitario su quello interno e della disciplina speciale su quella generale.

Gli è che l'art. 19, comma 3, del Codice del consumo ci richiede di alzare lo sguardo al livello europeo, dove, con riferimento al settore energetico, vengono in precipuo rilievo le direttive del c.d. 'terzo pacchetto energia': la direttiva 72/2009/CE, sul mercato interno dell'energia elettrica, e la direttiva 72/2009/CE, sul mercato interno del gas naturale, recepite con il già richiamato d.lgs. n. 93/2011. Orbene, entrambe le direttive (art. 3), nel prevedere espressamente l'obbligo per gli Stati membri di adottare «*misure adeguate per tutelare i clienti finali*», garantendo «*un elevato livello di protezione dei consumatori*», stabiliscono che, «*per quanto riguarda almeno i clienti civili, queste misure comprendono quelle che figurano nell'allegato I*». In particolare, tale allegato, elencando una molteplicità di misure di protezione del consumatore che gli Stati membri sono tenuti ad adottare, individua specifici obblighi per i fornitori dei servizi di elettricità e gas e, specularmente, specifici diritti per i consumatori, con un livello di dettaglio ben superiore rispetto a quanto previsto dalla disciplina generale del Codice del consumo, tale da configurare delle specificità (esclusive) del settore energetico. Al riguardo, si può pensare, da un lato, a taluni obblighi posti sul contenuto del contratto, ad esempio quelli riguardanti l'indicazione dei livelli di qualità del servizio e i rimedi in caso di inadempimento (cfr. allegato I alle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, lett. *a*, secondo e sesto alinea); dall'altro, ad alcuni diritti di tipo 'informativo-conoscitivo' da garantire ai consumatori, ad esempio quello di poter disporre dei propri dati di consumo e consentire a qualsiasi impresa di fornitura registrata di accedere, in base ad un accordo espresso e a titolo gratuito, ai dati in questione, nonché quello di essere adeguatamente informati del consumo effettivo di energia e dei relativi costi, con frequenza tale da consentire di regolare il proprio consumo di energia, senza che per questo servizio debba sostenersi una spesa supplementare (cfr., rispettivamente, lettere *h* ed *i* del medesimo allegato I).

Si tratta di un insieme di regole particolarmente precise e dettagliate, che, dunque, oltre ad apparire dotate di efficacia *self-executing*, risultano più stringenti e specifiche rispetto a quelle previste del Codice del consumo; ciò che consente di sostenere che la relativa disciplina di tutela del consumatore abbia i caratteri della 'specialità' e, di conseguenza, prevalga sulla disciplina generale contenuta nel Codice medesimo.

Oltre a questo, c'è il temperamento costituito dall'ipotesi in cui la pratica commerciale sia conforme alla regolazione dell'Autorità di settore: su tale versante, l'Autorità settoriale in qualche modo recupera un ruolo 'attivo', potendo 'tipizzare', nell'esercizio dei suoi poteri di regolazione incidenti sul rapporto di fornitura col cliente finale, una serie di condotte commerciali del venditore da ritenere 'aprioristicamente' corrette. Si può pensare ad una sorta di 'certificazione *ex ante*' della conformità di determinate tipologie comportamentali alla regolazione dell'Autorità di settore, ciò che escluderebbe che la condotta posta in essere dall'operatore, ove rientrando in tali tipologie, possa essere qualificata alla stregua di una PCS e sanzionata, quindi, dall'Autorità *antitrust*.

D'altronde, questa linea di ragionamento, che, evidentemente, è propria dell'Autorità di regolazione settoriale, mi pare sia sostanzialmente condivisa dall'Autorità *antitrust*: è ciò che si può desumere dal citato Protocollo d'intesa in materia di tutela del consumatore, dove, riguardo al punto in questione, si legge che «*il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale*» (art. 4). La conformità alla regolazione settoriale della condotta posta in essere dall'operatore determina, dunque, una presunzione (che si direbbe 'assoluta') di conformità della condotta stessa alla «*diligenza professionale*», che, come noto, costituisce, ai sensi della previsione contenuta nell'art. 20, comma 2, del Codice del consumo, il parametro di valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale.

Si tratta di un importante elemento di certezza del diritto, che evita il paradosso che una condotta conforme alla regolazione possa essere qualificata e sanzionata come pratica commerciale scorretta.

Di là da questa sorta di 'ritaglio' di competenza, vi sono, infine, quelle ipotesi in cui resta ferma la potestà sanzionatoria dell'Autorità di regolazione di settore, perché non rientranti, sotto il profilo soggettivo, nell'ambito di applicazione del Codice del consumo. Ciò si verifica quando la pratica commerciale scorretta sia posta in essere nei confronti di soggetti diversi da quelli tutelati dal Codice del consumo (che sono i consumatori e le mi-

croimprese). È questo il caso, ad esempio, di eventuali condotte ‘abusive’ tenute dai distributori di energia, nei confronti dei propri utenti, imprese di vendita. Anche qui, dunque, può ritenersi permanere una competenza anche sanzionatoria (e non solo regolatoria) dell’AEEGSI.

### 3. *La (leale) collaborazione tra AEEGSI e AGCM nel campo delle PCS*

Ad ogni buon conto, mi pare che il tentativo di razionalizzare l’interpretazione letterale (e, come detto, radicale) del comma 1-*bis*, art. 27 del Codice del consumo abbia trovato una ricaduta formale nel Protocollo d’intesa del 29 ottobre 2014. A questo proposito, vorrei evidenziare come sia nelle ‘premesse’ che nell’‘articolato’ del Protocollo medesimo venga espressamente richiamato l’allegato I alle direttive del terzo pacchetto, dove – come già esposto – sono elencate una serie di misure di protezione del consumatore (energetico) assai più specifiche ed intense di quelle previste dalla disciplina generale del Codice del consumo. Ciò che pone le regole relative a tali misure in rapporto di ‘specialità’ rispetto alle regole contenute nel Codice del consumo, in modo del tutto analogo a quanto avviene nelle reciproche interferenze tra quest’ultimo e il Codice delle comunicazioni elettroniche, governate, appunto, dal principio di specialità, come lucidamente dimostrato da A. Zoppini nel suo recente saggio «*Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai ‘codici di settore’*» (reperibile su [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (ultimo accesso 16.6.2016)).

Mi sembra significativo segnalare che il già richiamato Protocollo d’intesa, evidentemente riconoscendo la possibilità di fattispecie specifiche di PCS integrate dalla violazione della regolazione settoriale di cui all’allegato I alle direttive 72/2009/CE e 73/2009/CE, e, forse, la sussistenza di una competenza ‘residua’ dell’AEEGSI a sanzionare tali condotte illecite, demanda l’individuazione della relativa casistica ad un «*gruppo di lavoro permanente*» sull’attuazione del Protocollo stesso (cfr. il combinato disposto dei commi 1, lett. *b*, e 2, lett. *a*).

Non mi dilungo ulteriormente e concludo con una notazione di segno positivo: nell’attuazione, a livello di disciplina procedurale, del nuovo comma 1-*bis*, art. 27 del Codice del consumo, la collaborazione tra Autorità *antitrust* e Autorità di regolazione settoriale non solo vi è stata, ma è stata anche leale.

Anna Genovese

*Pratiche commerciali scorrette  
e offerta di servizi di investimento*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Specificità della disciplina del Testo unico della finanza e nuovo articolo 27 del Codice del consumo. – 2.1. Una rivisitazione del tema dei rapporti fra tutela finanziaria del risparmiatore (TUF) e tutela codicistica del consumatore (Cod. cons.). – 3. Margini di incertezza nell’allocazione delle competenze tra Consob e AGCM. – 4. Ipotesi di cooperazione tra Consob e AGCM.

1. *Introduzione*

Nel considerare l’impatto del recepimento della Direttiva 2011/83/UE sull’offerta *retail* di servizi di investimento, mi pare corretto prendere le mosse da un dato normativo specifico, ossia dall’art. 47 del Codice del consumo (che sostituisce i precedenti artt. 46 e 51 del medesimo Codice, di seguito anche: Cod. cons.). L’articolo citato, siccome novellato dal d.lgs. n. 21/2014 di recepimento della direttiva<sup>1</sup>, stabilisce che «*le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo<sup>2</sup> non si applicano ai contratti: (...)*

---

<sup>1</sup> Il Capo I del Titolo III del Codice del consumo è stato interamente sostituito dall’art. 1.1, del d. lgs. n. 21/2014 e le modifiche, in vigore dal 13 giugno 2014, si applicano ai contratti conclusi dopo tale data. Più in dettaglio, il nuovo Capo I ‘*Diritti dei consumatori nei contratti*’, ha accorpato – innovando – le norme contenute nelle precedenti Sezioni I, II e III, rubricate rispettivamente ‘*Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*’, ‘*Contratti a distanza*’, ‘*Disposizioni comuni*’.

<sup>2</sup> Le nuove Sezioni da I a IV sono rubricate ‘*Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*’, ‘*Informazioni precontrattuali per il consumatore e diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*’, ‘*Altri diritti dei consumatori*’, ‘*Disposizioni generali*’.

*d) di servizi finanziari».* La previsione, che con il termine ‘servizi finanziari’ si riferisce all’offerta di servizi bancari, assicurativi e anche di investimento<sup>3</sup>, dà attuazione a quanto la direttiva sopracitata dispone in tema di rapporti tra discipline consumeristiche e norme sui servizi finanziari (cfr. il Considerando n. 32 secondo cui «*La legislazione dell’Unione esistente, tra l’altro nell’ambito dei servizi finanziari (...), contiene numerose regole per la tutela dei consumatori. Per questo motivo la presente direttiva non dovrebbe applicarsi ai contratti in detti settori. Per quanto riguarda i servizi finanziari, gli Stati membri dovrebbero essere incoraggiati ad ispirarsi alla legislazione dell’Unione esistente in materia, in fase di legiferazione in settori che non sono regolamentati a livello di Unione, in modo tale da garantire la parità di condizioni per tutti i consumatori e per tutti i contratti relativi ai servizi finanziari»*).

L’esclusione dell’offerta di servizi finanziari, e segnatamente dell’offerta di servizi di investimento, dall’area di applicazione di determinate parti di disciplina del Cod. cons., in quanto materia regolata dal Testo Unico dell’intermediazione Finanziaria (di seguito: TUF), risulta ribadita, in termini più generalizzati quanto ad ambito – ossia per tutti i settori regolati, ma anche in termini più specifici quanto a presupposti – dall’art. 46, comma 2, Cod. cons., a mente del quale «*In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell’Unione europea che disciplina settori specifici, quest’ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici*».

In prima lettura, quindi, sembrerebbe corretto ritenere che il recepimento della direttiva in esame non abbia avuto un impatto sui termini e i contenuti della tutela del risparmiatore/consumatore che sottoscrive i contratti di investimento che gli vengono offerti dall’intermediario/professionista autorizzato e vigilato dalla CONSOB. Nel diritto italiano, tali

---

<sup>3</sup> Ai sensi dell’art. 45 del Cod. cons. che elenca le definizioni funzionali all’applicazione delle Sezioni I-IV del Capo I del medesimo Codice, per ‘*servizio finanziario*’ si intende – come indicato al comma 1, lett. n) – ‘*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento*’. Analoga definizione si riscontra con riguardo all’applicazione della Sezione IV-bis del Codice, rubricata ‘*Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori?*’; l’art. 67-ter, comma 1, lett. b) definisce servizio finanziario ‘*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*’.



termini e tali contenuti restano quelli stabiliti dalla normativa di settore e quindi dal TUF, dalla regolazione e dall'*enforcement* CONSOB.

Nel quadro delle disposizioni pro-consumeristiche, del resto, la previsione di un regime specifico di tutela del risparmiatore/consumatore, in qualità di investitore, non è certo una novità. La peculiarità della contrattazione del settore finanziario, a livello europeo, veniva riconosciuta già dalla Direttiva 2002/65/CE che argomentava la necessità di disporre di un corpo normativo affatto specifico in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari in considerazione a) della 'natura immateriale' di tali servizi, particolarmente adatta alle tecniche di commercializzazione a distanza e b) della necessità di conseguire gli obiettivi del piano di azione per i servizi finanziari elaborato dalla Commissione europea nel 2001<sup>4</sup>. E tale approccio specifico alla tutela del risparmiatore/investitore, mantenuto anche dalla legislazione europea successiva, non potrà che consolidarsi ove si proceda nel più ambizioso piano europeo che, dopo la Banking Union, già avviata per taluni profili, punti, come sembra, anche alla Capital Market Union.

---

<sup>4</sup> Proprio il piano d'azione per un mercato finanziario unico proponeva, infatti, alcune priorità indicative e un calendario di misure specifiche volte a raggiungere tre obiettivi strategici: istituire un mercato unico dei servizi finanziari all'ingrosso; rendere accessibili e sicuri i mercati al dettaglio; rafforzare le norme di vigilanza prudenziale. Tali obiettivi andavano a coniugarsi con l'introduzione della moneta unica che sarebbe divenuta il catalizzatore della modernizzazione dei mercati europei dei valori mobiliari e dei prodotti derivati. In questa cornice di riferimento, la Commissione indicava un certo numero di misure pratiche da prendere nel mercato al dettaglio dei servizi di investimento, in alcuni ambiti chiave di azione quali 1) l'informazione e la trasparenza delle informazioni rese agli investitori; 2) le procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie; 3) il commercio elettronico e la vendita a distanza dei prodotti finanziari. Le misure si sono poi susseguite con interventi molteplici i più significati dei quali sono la Direttiva 2002/65/CE concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori; la Direttiva 2002/92/CE sulla intermediazione assicurativa; la direttiva 2003/71/CE relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari; il lancio della rete FIN-NET nel 2001 tra organismi ADR nazionali per agevolare la risoluzione extragiudiziale delle controversie nel settore finanziario. La funzione di queste misure appare quindi peculiare nel quadro della legislazione consumeristica perché servente rispetto a un disegno più ampio che vede non solo la necessità di agevolare la costruzione di un mercato unico dei servizi finanziari, ma anche quella di assicurare che la commercializzazione dei prodotti finanziari si svolga correttamente, evitando che eventuali disfunzioni nella contrattazione si trasformino o agevolino crisi di ordine sistemico.

In effetti, e ciò almeno sin dal 2002, le direttive applicabili ai contratti di offerta *retail* di servizi di investimento sono sempre state specifiche e basate sulla considerazione dei risvolti sistemici delle attività di investimento (e dal lato dell'offerta e dal lato della domanda) e sulla considerazione delle peculiarità dei contratti di investimento e del mercato dei capitali. Tali direttive inoltre, sono sempre state di massima armonizzazione e, per ciò stesso, difficilmente permeabili da innesti di regole poste da discipline consumeristiche a spettro applicativo generalista, ovvero da *enforcement* o interventi da parte di autorità amministrative diverse dall'autorità preposta a vigilare sulla trasparenza e la correttezza dell'operato degli intermediari.

## 2. *Specificità della disciplina del Testo unico della finanza e nuovo art. 27 del Codice del consumo*

A partire da tali note introduttive, anche prescindendo da un esame dei rapporti fra le nuove disposizioni del Cod. cons. in materia di contratti e quelle ivi presenti in materia di pratiche commerciali scorrette (di seguito anche: PCS), si potrebbe affermare che il recepimento della direttiva non ha inciso sul regime di inapplicabilità della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette all'offerta *retail* di contratti di investimento. Le ragioni che militano per la specificità ed esaustività della normativa TUF rispetto alla normativa del Codice del consumo sulle PCS, siccome delineate dal Consiglio di Stato nel noto parere del 2008<sup>5</sup>, sembrano così superare la prova di resistenza cui

---

<sup>5</sup> Prima del d. lgs. n. 21/2014, il legislatore italiano aveva recepito la disciplina delle pratiche commerciali sleali nel Codice del consumo in modo 'orizzontale', senza distinzione rispetto a settori di mercato e tale scelta era stata affiancata dall'individuazione di un'unica autorità amministrativa, l'Antitrust cui erano conferiti i poteri di *enforcement* (vigilanza, inibitori e sanzionatori) in tutti i settori di mercato. Tale approccio ha da subito portato, con riferimento al settore dei servizi finanziari, a verificare l'ambito di applicazione della disciplina generale del Codice del consumo, alla luce della preesistente disciplina di settore in materia di correttezza delle informazioni al pubblico, trasparenza e correttezza dei comportamenti degli operatori, e a individuare soluzioni per risolvere eventuali sovrapposizioni di disciplina. Come noto, nel 2008, l'AGCM ha provveduto a richiedere al Consiglio di Stato un parere in ordine all'applicabilità del Titolo III del Codice del consumo e le competenze dell'Autorità Antitrust nel settore dei servizi finanziari. Il Consiglio di Stato, rilevata la generale necessità di non duplicare né soggetti preposti

le sottopone l'evoluzione dell'ordinamento. Si dovrebbe perciò continuare a ritenere che il risparmiatore trovi nelle norme del TUF, nella regolazione secondaria CONSOB e nella vigilanza di questa autorità amministrativa un ventaglio di tutele amministrative speciali, congrue ed esaustive, che sostituisce i divieti di PCS presidiati dall'*enforcement* dell'AGCM.

Nel TUF e nella regolazione secondaria di emanazione CONSOB vi sono, in effetti, varie e specifiche disposizioni che impongono, all'intermediario che offre al *retail* servizi di investimento, obblighi di professionalità, trasparenza e correttezza. Questi obblighi sono anche affiancati dall'esplicito divieto (norma di chiusura) di offrire al risparmiatore/investitore soluzioni di investimento inadeguate<sup>6</sup> e da numerose disposizioni volte

---

alla vigilanza di settore, né tantomeno possibili giudizi tra loro contrastanti nonché di individuare un'unica autorità competente nella materia sottoposta al suo parere ha concluso che, relativamente al settore dei servizi finanziari, che «*la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l'AGCM, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla CONSOB*». Con tale posizione si è voluta ribadire la rilevanza del principio di specialità per il settore dei servizi finanziari, utilizzandolo quale criterio suppletivo, cioè applicabile in assenza di disposizioni positive sul tema. Evidenziata la sussistenza di un duplice apparato normativo volto alla tutela del medesimo interesse, (ovvero la normativa di ordine speciale recata dal TUF, preesistente al Codice del consumo, e quella di ordine generale di successiva introduzione, il Consiglio di Stato ha affermato che il conflitto tra le due discipline deve essere risolto non già riferendosi all'eventuale «*sovrapponibilità [...] delle diverse strumentazioni*», bensì mediante l'*identificazione [...] di quale dei due ordinamenti si debba qui invocare*». È stato, quindi, adottato il principio di specialità per settore, contrapposto alla specialità tra norme, in quanto non è stata effettuata la verifica puntuale degli ambiti residui di eventuale competenza dell'AGCM. Infatti, il Consiglio di Stato ha sostenuto che, nel caso di specie, «*è la caratteristica distinta del settore finanziario a identificare [...] le ragioni della specialità*» e che è il soggetto 'investitore', ovvero il 'risparmiatore' (inteso come investitore non professionale) ad essere «*una specie del genere consumatore, in quanto destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario*», ovvero un «*consumatore di servizi finanziari*». Pertanto se l'AGCM, ai sensi del Cod. cons., è l'Autorità posta a tutela della concorrenza nel mercato in generale ed il suo beneficiario naturale è il 'consumatore', la CONSOB, ai sensi del TUF, è l'Autorità preposta alla tutela degli «*investitori e della efficienza, trasparenza e sviluppo del mercato mobiliare*» e, pertanto, trova i suoi beneficiari naturali nei 'risparmiatori' e negli 'investitori', *species* del *genus* 'consumatori'.

<sup>6</sup> V. le disposizioni del Titolo II, Parte II, del TUF 'Servizi e attività di investimento' e le relative norme di attuazione contenute nel Libro III 'Prestazione dei servizi e delle attività

a proteggere il risparmiatore dall'opportunità dell'intermediario, anche in assenza di condotte aggressive o ingannevoli<sup>7</sup>. Il prossimo recepimento della Direttiva 2014/65/UE (c.d. MiFID II) dovrebbe segnare ulteriori e significativi passi in tale direzione. Potrebbe, dunque, in rapporto a quanto stabilito dall'art. 46 del Cod. cons., e rispetto ai divieti pro-consumeristici di PCS, ancora riconoscersi la specificità e specialità della regolazione del settore finanziario in quanto finalizzata ad assicurare al risparmiatore una tutela rafforzata e legittima. Tale attributo della regolazione del settore finanziario promana dalla sua derivazione e anche proiezione comunitaria (la direttiva in materia di PCS, essendo di massima armonizzazione, non consente agli Stati, in sede di recepimento, di introdurre presidi di tutela consumeristica rafforzati se non per taluni settori individuati<sup>8</sup>, e proprio a tale condizione: derivazione comunitaria dei presidi). Conseguentemente, dovrebbe essere escluso che la novella dell'art. 27 del Cod. cons. prescriva alla CONSOB qualche forma di collaborazione strutturata con l'AGCM per finalità di presidio dei divieti di PCS<sup>9</sup>. La conclusione, se da conferma-

---

*di investimento e dei servizi accessori*<sup>?</sup>, del Regolamento intermediari adottato dalla CONSOB con delibera n. 16190/2007 e ss.mm..

<sup>7</sup> A titolo esemplificativo si richiama il tema degli *inducement*, termine che comprende ogni tipo di onorario, commissione o beneficio monetario o non monetario pagato o fornito da terzi agli intermediari finanziari in relazione alla prestazione di un servizio di investimento o accessorio ai clienti. Le previsioni che lo disciplinano si collocano a metà strada tra la materia delle regole di condotta e quella dei conflitti di interesse. La *ratio* di tali previsioni va ricercata nella necessità di assicurare, nei confronti dell'investitore, la trasparenza (*disclosure*) della remunerazione percepita dall'intermediario.

<sup>8</sup> Si rammenta che, benché l'obiettivo della Direttiva 2005/29/CE sia il raggiungimento di un quadro normativo unico per tutti i Paesi membri dell'Unione Europea, in due specifici settori – servizi finanziari e beni immobili – è stato fatto salvo il diritto degli Stati di andare «oltre» le disposizioni della direttiva, al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori (cfr. considerando n. 9 della direttiva secondo cui, «*nel settore dei servizi finanziari e dei beni immobili, la presente direttiva non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori*»).

<sup>9</sup> Il nuovo art. 27, co. 1-bis del Codice del consumo, siccome modificato in occasione del recepimento della Direttiva, così recita: «*Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in*

re, sarebbe viepiù rilevante considerato che, invece, la Banca d'Italia (che vigila sugli istituti di credito e l'offerta *retail* di servizi bancari) e l'IVASS (che vigila sulle assicurazioni e l'offerta *retail* di servizi assicurativi), a ottobre del 2014 hanno già sottoscritto con l'AGCM i protocolli previsti dal nuovo art. 27, comma 1 *bis*, del Codice del consumo.

Una tale conclusione tuttavia, a mio parere, non può essere considerata tanto sicura se si prendono in considerazione alcuni dati ulteriori.

## 2.1 *Una rivisitazione del tema dei rapporti fra tutela finanziaria del risparmiatore (TUF) e tutela codicistica del consumatore (Cod. cons.)*

In primo luogo si deve notare che alcune disposizioni applicabili ai contratti di investimento sottoscritti dai risparmiatori sono collocate nel Codice del consumo. Il Codice del consumo reca previsioni in materia di contratti finanziari e di investimento e, segnatamente, in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (artt. 67-*bis* e ss.). Tali previsioni, in qualche caso (si pensi all'art. 67 *duodecies*), sono in grado di integrare le corrispondenti disposizioni del TUF (art. 30 e ss.)<sup>10</sup> e di prevalere su di esse<sup>11</sup>. La regolamentazione del mercato finanziario del

---

*base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».*

<sup>10</sup> Il TUF, all'art. 32, dopo aver stabilito che *'per tecniche di comunicazione a distanza si intendono le tecniche di contatto con la clientela, diverse dalla pubblicità, che non comportano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato'*, attribuisce alla CONSOB il potere di regolare la materia dettando una disciplina conforme alle disposizioni consumeristiche sull'offerta fuori sede e a quelle sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Ossia conforme alla Direttiva 2002/65/CE attuata con d. lgs. n. 190/2005, le cui norme sono state trasfuse (cfr. proprio gli artt. 67 *bis* e ss.) nel Codice del consumo con il d.lgs n. 221/2007.

<sup>11</sup> Sui rapporti fra diritto di recesso riconosciuto dall'art. 30, comma 6 del TUF e diritto di recesso riconosciuto dall'art. 67 *duodecies* del Cod. Cons. per l'investitore che stipula a distanza, si vedano F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino 2014; R. TORINO, *I contratti finanziari conclusi mediante l'internet*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, nel volume 'I contratti del mercato finanziario', a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Utet, Torino 2004 e F. PARRELLA, *Offerta a distanza*, Giuffrè, Milano 2011.

TUF applicabile all'offerta *retail* di servizi di investimento dunque, almeno formalmente, non è completa ed autosufficiente rispetto alle previsioni contenute nel Cod. cons. Il dato ha riguardo alla collocazione formale della disposizione e non può essere sopravvalutato, ma neppure ignorato.

In secondo luogo, si deve considerare che nei confronti di discipline assistite da *enforcement* amministrativo – come sono quella TUF in tema di contratti di investimento e quella codicistica in tema di PCS, il ragionamento sussuntivo della fattispecie nella disciplina basato sul rapporto di specialità e prevalenza di una disciplina, in quanto più rigorosa (i.e. tutela rafforzata) rispetto all'altra, meno rigorosa – comunemente utilizzato per definire i rapporti fra diverse discipline di carattere privatistico – può risultare, per non marginali profili, inconferente. L'*enforcement* amministrativo di una disciplina, anche al netto delle differenze degli istituti e delle procedure da ciascuna disciplina contemplati<sup>12</sup>, è organizzato infatti sulla base di *policy*, prassi e indirizzi applicativi, strutturali e contingenti che in concreto caratterizzano i termini e i contenuti della tutela (più o meno 'rigorosa' o rafforzata) che una disciplina è in grado di accordare amministrativamente a determinati interessi diffusi.

Sicché non si può affermare, se non in termini astratti, che il TUF assicura ai risparmiatori, in quanto categoria differenziata, una tutela amministrativa rafforzata rispetto a quella che il Cod. cons. accorda ai consumatori. E non si può affermare, se non in termini tecnici, che il TUF prevale sul Cod. cons. perché legislazione 'speciale'. Ciò anche laddove si ritenesse, sulla base di un mero raffronto fra fattispecie e discipline, che tutte le PCS siano astrattamente perseguibili ai sensi del TUF e che, inve-

---

<sup>12</sup> Nel TUF si registrano alcune significative differenze in termini di *enforcement* e *driver* di sovrapposizione al Cod. cons. Si pensi all'assenza dell'istituto degli impegni, disciplinato invece all'art. 27 del Codice del consumo. Tuttavia, in occasione del recepimento della Direttiva 2013/36/UE (CRD IV) tramite d.lgs. n. 72 del 2015 è stata introdotta una nuova sanzione (alternativa alla sanzione pecuniaria), consistente nell'ordine – intimato da CONSOB e Banca d'Italia – di eliminare le infrazioni contestate anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento. L'istituto, tuttavia, si differenzia da quello degli impegni proprio del Codice del consumo, poiché trattandosi di una vera e propria sanzione presuppone, sempre e comunque, il completamento dell'iter procedurale e l'accertamento della violazione perpetrata da parte dell'organo competente. Diversamente, l'istituto degli impegni comporta la definizione del procedimento sanzionatorio in una fase antecedente all'accertamento della violazione.

ce, non tutte le pratiche vietate dal TUF siano astrattamente perseguibili come PCS. L'attributo 'amministrativo' delle rispettive tutele rimanda, infatti, alle caratteristiche dell'apparato, al *modus operandi* e alle *policy* della singola Autorità chiamata, nel tempo e nel contesto, a declinare la tutela amministrativa di tali interessi sulla base di necessarie scelte discrezionali di metodo e priorità. Del resto, anche il Consiglio di Stato, nel noto parere del 2008, dovette esprimersi nel senso di una peculiare specialità del settore piuttosto che della disciplina finanziaria (vedi *supra*, nt. 5).

Va, in terzo luogo, considerato che l'offerta professionale di servizi di investimento non è operata in regime di 'oggetto esclusivo'. Soggetti vigilati CONSOB possono commercializzare offerta *retail* di servizi di investimento in abbinamento a servizi diversi. La vigilanza amministrativa sull'offerta di servizi di investimento può perciò, nel suo divenire, occasionalmente intercettare una vasta gamma di attività ulteriori. In tal caso, non c'è solo da stabilire se e come CONSOB può valutare le strategie di collegamento fra offerte diverse per i fini di vigilanza specifica sull'offerta di servizi di investimento (ossia se offerte commerciali non disciplinate dal TUF integri-no, in presenza di talune circostanze, condotte rilevanti ai sensi del TUF). C'è anche da stabilire a quale tutela amministrativa (della controparte non professionale) è assoggettata l'offerta di servizi 'altri' (diversi da quelli di investimento) abbinata all'offerta di servizi di investimento. Sul punto, è stato recentemente deciso, in sede europea, che offerte di servizi diversi da quelli di investimento, ma a questi abbinati, possono essere attratte nella disciplina dell'offerta del servizio finanziario dal legislatore nazionale che voglia dettare per essi regimi di tutela più rigorosi di quelli ricavabili dai divieti di PCS<sup>13</sup>. Una tale soluzione di carattere normativo potrebbe essere

---

<sup>13</sup> L'offerta *retail* di servizi finanziari può legittimamente arrivare ad attrarre nella propria orbita (di tutela regolamentare rafforzata) offerte *retail* di altri prodotti o servizi. Cfr. il pronunciamento della C. GIUST. UE, 25 novembre 2014, C-265/12, *Citroen Belux*. In particolare, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi – in sede di rinvio pregiudiziale – sulla compatibilità di una norma belga che vieta «ogni offerta congiunta al consumatore, in cui almeno un elemento consista in un servizio finanziario e che venga fatta da un'impresa o da diverse imprese che agiscono con un intento comune», al Trattato e alla direttiva in materia di PCS. Ciò sia in quanto possibilmente restrittiva della libera prestazione di servizi, sia in quanto incompatibile con la Direttiva 2005/29/CE che – in ossequio a esigenze di certezza del diritto – aveva stilato un elenco considerato tassativo di fattispecie integranti per sé pratica commerciale scorretta (lista nera). La Corte ha ritenuto compatibile tale disciplina

adottata su vasta scala, con guadagni di semplificazione e certezza del diritto. Tuttavia, in assenza di una indicazione di fonte primaria di tal fatta, l'attrazione non sembra praticabile. Deve dunque considerarsi ipotizzabile anche l'applicazione tanto del TUF quanto del Cod. cons. a operazioni commerciali che includono servizi di investimento e sono complesse. Diversamente si arriverebbe all'assurdo risultato di garantire ai soggetti autorizzati all'offerta *retail* di servizi di investimento uno statuto privilegiato ovvero un porto franco per effettuare offerte di beni e servizi diversi dagli investimenti (abbinate all'offerta di contratti di investimento) senza rispettare né le disposizioni in tema di servizi di investimento (oggettivamente inapplicabili) né le disposizioni in tema di PCS (in ipotesi, soggettivamente inapplicabili). La questione è trattata anche dall'ESMA nel *Final Report Guidelines on cross selling practices* pubblicato il 22 dicembre 2015 con un richiamo che, in prima lettura, sembrerebbe sancire l'assoggettabilità per lo meno residuale delle pratiche in questione alle prescrizioni ricavabili dalle clausole generali in materia di PCS.

In ultimo, va considerato che ci può essere offerta non autorizzata di servizi di investimento di vari tipi e suscettibile di vario rilievo. L'offerta di servizi di investimento ci può essere, come offerta illegittima (abusivismo), da parte di soggetti non autorizzati e non vigilati dalla CONSOB che per tali si presentano al pubblico e al risparmiatore. Ci può essere, però, anche offerta di soggetti che mentendo si dichiarano autorizzati o che sono autorizzati, ma per un altro servizio finanziario. In tal caso, occorre chiedersi se l'eventuale rilevanza penale dell'attività abusiva (cfr. l'art. 166 del TUF) escluda la possibilità di un intervento amministrativo concomitante e chi (l'AGCM per la pratica commerciale ingannevole o la CONSOB per abusivismo) sia competente. Sembrerebbe appropriato, peraltro, distinguere il caso del soggetto che abbia operato millantando un'autorizzazione in vero mai ottenuta (cfr. sul punto l'art. 23, comma 1, lettera d del Cod. cons.), dal caso del soggetto che, superando i confini della autorizzazione CONSOB di cui dispone, di essa in qualche modo si sia avvalso (per esempio facendo anche offerta fuori sede di servizi di investimento o consulenza finanziaria, abbinata all'investimento e in assenza di autorizzazione specifica).

---

nazionale con l'ordinamento comunitario, valutando perciò prevalente e assorbente la componente di offerta *retail* di servizi finanziari ai fini della corretta sussunzione della fattispecie nella disciplina europea rilevante.



Alcune risposte al riguardo sono state fornite dal legislatore in sede di recepimento della Direttiva 2013/36/UE (cd. direttiva CRD IV); il d. lgs. n. 72 del 2015 ha, infatti, espunto dall'art. 190 del TUF la potestà sanzionatoria della CONSOB con riferimento all'ipotesi di prestazione abusiva di servizi di investimento *ex art.* 18, comma 1 del TUF, ferma restando la competenza del giudice penale per il reato di abusivismo ai sensi dell'art. 166 del TUF e quella sanzionatoria di CONSOB per i casi in cui un soggetto abilitato travalichi il perimetro delle attività autorizzate. Tuttavia, anche tale assetto di competenze non manca di sollevare interrogativi: ovvero se ricorra una duplice competenza, del giudice penale e dell'Autorità di vigilanza, nel caso di soggetto abilitato che esorbita dal perimetro dell'attività autorizzata. La questione dovrebbe essere affrontata considerando anche la portata del recente intervento della C. Cost. n. 102/2016. Il Giudice delle leggi, infatti, pur avendo dichiarato inammissibile la specifica questione di legittimità sollevata con riguardo al c.d. doppio binario sanzionatorio CONSOB/giudice penale, ha tuttavia richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità di intervenire in tema di c.d. doppio binario.

### 3. *Margini di incertezza nell'allocazione delle competenze tra CONSOB e AGCM*

Fra tutela amministrativa del consumatore a norma del Cod. cons. e tutela amministrativa del risparmiatore a norma del TUF vi sono perciò punti di contatto e di sovrapposizione che non consentono di considerare le disposizioni TUF in conflitto con quelle del Cod. cons. in tema di PCS (perché più tutelanti) e, pertanto, speciali e prevalenti su queste a norma dell'art. 46 del Cod. cons. L'appropriata definizione dei rapporti fra tali discipline richiede un ragionamento sviluppato per tipologia di questioni da risolvere e di respiro più ampio.

Non si può escludere, per esempio, che talune pratiche sussumibili nei divieti del TUF siano astrattamente perseguibili anche come PCS. Non si può, però, concludere che in tali casi vi sia spazio per un intervento AGCM concorrente, oppure integrativo o suppletivo in caso di inerzia della CONSOB. I principi del *ne bis in idem* (come rivitalizzati dal sopra citato intervento del Giudice delle leggi), dell'efficienza dell'azione amministrativa, della certezza del diritto e il contrasto al *forum shopping* preclu-

dono tale conclusione. In tal senso, la considerazione della normativa del settore finanziario come speciale ed esaustiva può essere una soluzione.

Non si può escludere neppure che una condotta di offerta dell'intermediario consentita (ossia non vietata) dal TUF integri, per le caratteristiche dell'investimento offerto, del settore e del mercato una pratica commerciale scorretta. Non si può, però, solo per questo concludere che tale condotta possa essere amministrativamente perseguita come PCS. Possono, infatti, aversi condotte (per esempio una pubblicità omissiva) che sarebbero vietate dal Codice del consumo ma che, essendo conformi alle disposizioni del TUF, non possono essere valutate e sanzionate come PCS perché assoggettate a regolazione specifica e massimamente armonizzata a livello europeo. Si pensi alla pubblicità commerciale del collocamento. Potrebbero esserci, però, fattispecie non espressamente assoggettate ad una disciplina TUF. Certo può essere revocato in dubbio che, in generale, la tutela della libertà di scelta del consumatore, siccome declinata dal Codice del consumo nei confronti delle PCS, sia compatibile con la disciplina del mercato finanziario posta dal TUF e dalla regolazione secondaria relativamente alle fasi, agli attori e ai presidi del collocamento. La problematica, tuttavia, meriterebbe di essere affrontata caso per caso e non sul solo e assorbente presupposto della 'specialità' della normativa del settore finanziario. Proprio questo, peraltro, sembra il ragionamento alla base della recente pronuncia del Consiglio di Stato (C.d.S.) in A.P. n. 4 del 2016 che è tornata sul tema della applicabilità del Cod. cons. alle pratiche commerciali scorrette poste in essere nei settori regolati (nella fattispecie: TLC), per confermare la sussistenza delle competenze AGCM.

In tale prospettiva appare necessario riconsiderare le iniziali conclusioni e domandarsi se e quale impatto abbia, per i rapporti fra CONSOB e AGCM già contemplati dall'art. 21 della legge 262 del 2005, la riformulazione dell'art. 27 del Codice del consumo.

#### *4. Ipotesi di cooperazione tra CONSOB e AGCM*

In effetti, con il recepimento della direttiva in esame, è stata confermata e rafforzata la scelta di implementazione delle norme in tema di PCS affidata, sin dal 2007, all'AGCM. Il decreto legislativo n. 21/2014 – che ha recepito la direttiva del 2011 – ha infatti attribuito la competenza ad

applicare la nuova disciplina in materia di contratti dei consumatori all'AGCM, ed ha anche, con il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 27 del Cod. cons., espressamente riconosciuto a questa la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati. Ciò al fine di rimediare alla procedura di infrazione aperta nei confronti dello Stato italiano per la scorretta attuazione della Direttiva 2005/29/CE<sup>14</sup> ( siccome attestata anche dalla giurisprudenza<sup>15</sup>, prima del cambio di indirizzo operato da C.d.S., A.P. n. 4 del 2016).

Fuor di dubbio, la vicenda processuale (segnatamente le pronunce gemelle dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2012) e il conseguente adeguamento normativo che ha innescato la procedura di infrazione, puntavano principalmente a fare chiarezza sul riparto di competenze tra ACGM e AGCOM<sup>16</sup>. Tuttavia, la norma è stata formulata in termi-

<sup>14</sup> Procedura di infrazione 2013/2169/Just del 18 ottobre 2013, ai sensi dell'art. 260 del Trattato FUE (già caso EU Pilot 4261/12/Just).

<sup>15</sup> V. Adunanza del Consiglio di Stato, sentenze nn. 11, 12, 13, 15, 16 del 2012; e l'art. 23, 12° *quinquiesdecies*, d.l. 6.7.2012, n. 95 convertito, con modificazioni, in l. 7.8.2012, n. 135. Tale disposizione ha positivamente sancito che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette è dell'AGCM, esclusi però quei casi in cui le medesime siano poste in essere in settori in cui esista una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati. L'approccio del legislatore si è mostrato sin da subito non del tutto conforme alle condizioni imposte dall'ordinamento comunitario e, in particolare, alla soluzione interpretativa desumibile dall'art. 3, par. 4, della Direttiva 2005/29/CE: si è giunti, così, alla formale censura della Commissione europea con l'avvio della conseguente procedura di infrazione (*supra*, nt. 14). A giudizio della Commissione, infatti, la deroga alla disciplina generale, in quanto eccezionale, può trovare applicazione limitatamente agli «aspetti specifici» di una pratica commerciale presi in considerazione da singole disposizioni settoriali che posseggano lo status di legislazione comunitaria e contengano precetti incompatibili con le disposizioni generali contenute nella Direttiva 2005/29/CE. I rilievi mossi in questa sede sono derivati, dunque, da una diversa interpretazione del criterio di specialità che può trovare applicazione solo nel caso in cui vi sia radicale contrasto con le norme di settore. Per tale ragione, in ogni altro caso di sovrapposizione che non realizzi tale contrasto, deve venire in rilievo la disciplina consumeristica e le competenze dell'autorità preposta a implementarla (i.e., nel nostro ordinamento, l'AGCM).

<sup>16</sup> Non può però tacersi della scarsa efficacia della disposizione a tale scopo, considerato il contenzioso che ne è seguito e il giudizio che giunto all'Adunanza Plenaria del Consiglio

ni generali. Il nuovo coma dell'art. 27 del Cod. cons. è, dunque, parte integrante delle novità legislative recate dal recepimento della direttiva e assume, nell'ambito del ragionamento che si sta provando a sviluppare, specifica rilevanza.

Nella ricostruzione interpretativa che tiene conto della riformulazione dell'art. 27 del Codice del consumo vanno, però, esclusi taluni esiti impropri.

A mio parere la disposizione, allo stato, non può in nessun caso condurre ad affermare che l'offerta di servizi di investimento è stata assoggettata in blocco solo o anche alla disciplina in materia di PCS e alla vigilanza AGCM. Ciò posto, non dovrebbe solo per questo essere esclusa la possibilità di sottoscrizione di un protocollo di collaborazione fra AGCM e CONSOB a norma di essa. Non credo, infatti, si debba assumere che il protocollo di cui all'art. 27 del Cod. cons. abbia come premessa la generale applicazione della disciplina sulle PCS da parte dell'AGCM al settore, pur regolato e vigilato da un'autorità amministrativa diversa. Non è questa, però, l'unica possibile lettura della previsione. Altre letture sono possibili e preferibili anche alla luce delle indicazioni che si traggono dalla legge di delegazione e che inducono l'interprete del nuovo art. 27, nel ragionamento sui presupposti e le finalità del protocollo ivi citato, a porre l'accento non solo sul profilo dell'accentramento delle competenze sulle PCS in capo all'AGCM, quanto anche sul profilo più neutrale della leale cooperazione inter istituzionale fra autorità amministrative<sup>17</sup>.

---

di Stato a cui, con Ordinanza del 18 settembre 2015 della Sezione Sesta del Consiglio di Stato è stata rimessa la questione interpretativa posta dal nuovo art. 27 del Codice del consumo in punto di competenze AGCM di derivazione consumeristica nel settore vigilato dall'AGCOM, in considerazione, fra l'altro, del carattere eventualmente esaustivo e completo della disciplina settoriale di derivazione europea rispetto al comportamento specificamente sanzionato e ai poteri di cui è dotata l'AGCOM. Come già esposto, il C.d.S. ha poi confermato le competenze AGCM in contestazione.

<sup>17</sup> Si legge nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo che provvede a recepire la direttiva sui diritti dei consumatori che «*Il Governo è delegato ad adottare, secondo le procedure, i principi e i criteri direttivi di cui agli articoli 31 e 32 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, i decreti legislativi per l'attuazione delle direttive elencate negli allegati A e B alla presente legge. Il riferimento all'art. 32 della legge 234/2012 consente l'introduzione, nella disciplina nazionale di trasposizione della direttiva, di una norma che regolamenti le competenze tra le diverse autorità amministrative coinvolte, nella misura in cui la lettera g)*

Questo approccio porta a ritenere che la specificità e tendenziale prevalenza della disciplina TUF (*enforcement* incluso) rispetto a quella consumeristica vada confermata anche alla luce del nuovo art. 27 del Cod. cons.; e che, tuttavia, la disposizione schiuda spazi utili per inverare il rapporto fra tali discipline entrambe dotate di presidi amministrativi in un modo più composito e articolato (più maturo, oserei dire) di quanto fino ad ora sia stato. Il nuovo art. 27 Cod. cons., in tal senso, può consentire di istituzionalizzare la collaborazione fra CONSOB e AGCM senza modificare i confini delle rispettive competenze, ma a partire da queste. Non essendoci ragione per ritenere che tale piena cooperazione trovi ostacolo di sorta nell'art. 4 del TUF che definisce il perimetro della cooperazione fra autorità finanziarie con riguardo soltanto alla CONSOB, alla Banca d'Italia, all'IVASS e alla COVIP.

Peraltro, la Commissione europea proprio nell'ambito della procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia (vedi *supra*) ha annotato che, nonostante gli Stati membri conservino la facoltà di adottare e mantenere disposizioni più protettive/specifiche nel settore dei servizi finanziari, in questo campo la direttiva mantiene una funzione di 'rete di sicurezza', stabilendo il livello minimo di protezione e colmando le lacune delle norme UE o nazio-

---

*dell'articolo prevede espressamente che: «quando si verificano sovrapposizioni di competenze tra amministrazioni diverse o comunque siano coinvolte le competenze di più amministrazioni statali, i decreti legislativi individuano, attraverso le più opportune forme di coordinamento, rispettando i principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione e le competenze delle regioni e degli altri enti territoriali, le procedure per salvaguardare l'unitarietà dei processi decisionali, la trasparenza, la celerità, l'efficacia e l'economicità nell'azione amministrativa e la chiara individuazione dei soggetti responsabili». A margine, vale osservare che i considerando iniziali della direttiva auspicano lo svolgimento di un'attività volta a «semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa» e, ancora, a «eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme» e, pertanto, appaiono propendere per una maggiore chiarezza in tema di competenze tra diversi organismi amministrativi. La questione da cui origina la procedura di infrazione è risolta riconoscendo l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore e, nel contempo, la generale competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare il Codice del Consumo, acquisendo però i pareri delle Autorità di settore e senza poter considerare scorretta una pratica conforme alla regolazione. Le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette restano di competenza dell'Autorità di settore».*

nali più specifiche e di settore. Pertanto, a giudizio della Commissione «*non è possibile escludere a priori l'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali nel settore dei servizi finanziari (comprese le assicurazioni)*».

Sembra esservi dunque spazio per scenari futuri di più intensa cooperazione CONSOB-AGCM nella tutela dei risparmiatori/consumatori. E a tale scopo uffici CONSOB e uffici AGCM sono già in contatto per valutare l'attivazione di un protocollo attuativo dell'art. 27 del Cod. cons. che, pur nella distinzione dei rispettivi ruoli e delle rispettive competenze, consenta alle due Autorità lo scambio di informazioni su temi ed esposti di comune interesse e, in presenza di fattispecie dubbie o 'di confine' o trasversali, di meglio cooperare secondo canoni di complementarità, potenziamento e perimetrazione dei rispettivi interventi.

Nell'ambito di questa attività CONSOB sta portando avanti una verifica puntuale degli ambiti di competenza, attraverso una prima mappatura delle intersezioni di normativa che prende in considerazione Codice del consumo, Direttive di settore, Comunicazioni ESMA, TUF e Regolamenti. Una ulteriore attività ricognitiva verte sui provvedimenti adottati dall'AGCM nei confronti di operatori del settore bancario e finanziario onde rilevare i concreti allineamenti o scostamenti di approccio generale.

In seno a tali riscontri, a mio parere, alcune fattispecie paiono più di altre meritevoli di ulteriori approfondimenti nella prospettiva di una maggiore cooperazione fra CONSOB e AGCM:

a) il caso in cui la condotta di offerta di servizi di investimento sia stata abbinata, in modo aggressivo o ingannevole, all'offerta di altri servizi (di credito o finanziamento, ma non solo);

b) il caso in cui la condotta è legittima, ossia conforme alla normativa di settore TUF, ma per le circostanze di fatto che la contraddistinguono, suscettibile di integrare una PCS, per esempio, in ragione della struttura del mercato interessato o di altre dinamiche (o asimmetrie) esogene<sup>18</sup>.

L'analisi in corso potrebbe aprire spazi per dedurre nel Protocollo di collaborazione CONSOB/AGCM attività quali scambio di informazioni

---

<sup>18</sup> Per simili evenienze il Protocollo Banca d'Italia-AGCM, siglato il 14.10.14, stabilisce all'art. 3, comma 3 che «*In base a quanto previsto nell'articolo 27, comma 1-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale*».

e trasmissione di segnalazioni per interventi integrativi o suppletivi; istituzione di tavoli e gruppi di studio; iniziative di educazione e prevenzione. Specifiche sinergie potrebbero trarsi dalla cooperazione anche nella individuazione delle criticità di settore e nella attivazione di iniziative coordinate di prevenzione ed educazione<sup>19</sup>. Sullo sfondo della questione aleggiano, peraltro, altre tematiche: quelle impattate dalla questione della compatibilità con il diritto europeo del doppio binario amministrativo e giudiziario/amministrativo siccome da ultimo rilevate dalla Corte Costituzionale nella decisione sopra citata. Si pensi al caso di una pratica commerciale scorretta, per esempio aggressiva posta in essere nel settore finanziario e che possa in astratto qualificarsi illecito plurioffensivo, suscettibile di essere perseguito e sanzionato amministrativamente a doppio titolo; oppure al caso in cui la condotta non sia perseguibile dalla CONSOB come violazione TUF, ma dal giudice come reato, eppure integri anche una PCS ingannevole o aggressiva (ad esempio, perché un soggetto opera scorrettamente nel settore dei servizi di investimento senza essere autorizzato e vigilato da CONSOB). Questioni di competenza riferite a simili casi e inerenti tali tematiche, in mancanza di intervento del legislatore, dovranno essere affrontate sulla base di un apprezzamento del caso per caso e in chiave di leale cooperazione fra le autorità coinvolte.

\* \* \*

Quando questo scritto era già in bozze è intervenuta l'Ordinanza n. 167/2017 del Consiglio di Stato (Sezione sesta), adottata in seguito alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2016 sopra citata. Tale Ordinanza può precludere ad ulteriori sviluppi ricostruttivi riguardo i rapporti fra regolazione settoriale e disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette.

---

<sup>19</sup> Sul versante della cooperazione inter istituzionale, CONSOB nella prevenzione è già impegnata a condividere e portare avanti in proprio, con le altre Autorità di vigilanza settoriale individuate dall'art. 4 del TUF, e con altri soggetti pubblici e privati, iniziative unitarie in tema di educazione finanziaria intesa come mezzo per: (i) innalzare i livelli di protezione degli individui, (ii) promuoverne la fiducia nei mercati finanziari e (iii) stimolare nei risparmiatori una più attenta e consapevole attività di pianificazione finanziaria e appropriato investimento del risparmio.

In particolare, il giudice amministrativo, con l'Ordinanza, ha ritenuto di dover rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea un primo gruppo di “*quesiti pregiudiziali ... di compatibilità del diritto 'vivente' nazionale, quale risultante dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4/2016, con l'ordinamento euro-unitario*”. I quesiti riguardano la qualificazione di pratica commerciale aggressiva con riferimento alla specifica condotta di una società di telecomunicazioni sanzionata dall'AGCM.

Inoltre, per quanto riguarda, la questione dell'individuazione dell'Autorità competente, il Consiglio di Stato ha formulato alla Corte un secondo gruppo di “*quesiti pregiudiziali ... di compatibilità con l'ordinamento euro-unitario [dell'] art. 27, comma 1-bis, Codice del consumo, anche alla luce dell'interpretazione al riguardo fornita dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4/2016*”. Si tratta, segnatamente, di questioni che attengono alla declinazione del principio di specialità e della nozione di contrasto di cui all'art. 3, paragrafo 4 della Direttiva 2005/29/CE.



Antonio Preto

*Tutela dei consumatori: il ruolo di Agcom*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La casistica ‘inversa’. – 3. L’essenza della regolazione. 4. – La qualità. – 5. La trasparenza. – 6. Il servizio universale. – 7. *Ex ante* ed *ex post*. – 8. Il riparto di competenze. 9. La perdurante necessità di un dialogo.

1. *Introduzione*

L’importanza dei temi trattati nel presente volume è di grande attualità, non solo per questioni di ‘sostanza degli argomenti’ sottesi alla materia, ma anche di ‘ricostruzione giuridica’ e di ‘significato istituzionale ricondito’. Sono, questi, infatti, tre fuochi dell’ellisse costituita dalla materia della tutela dei consumatori. Oggi più di ieri, per diverse vicende in corso che avremo modo di tracciare.

2. *La casistica ‘inversa’*

Partirò da alcuni casi. In ordine cronologico inverso.

Primo. Il 20 aprile l’Autorità ha diffidato Telecom Italia dal proseguire una policy di rimodulazione delle tariffe. Cosa accadeva? Telecom stava riformulando le offerte e compiendo una transizione ‘forzosa’ per i clienti, spostando le condizioni economiche precedentemente stipulate e concordate. Una manovra estesa, con milioni di utenti interessati, dalle fasce meno agevolate a quelle più abbienti. La diffida è puntuale: si ordina a Telecom di non apportare modifiche fino a quando non saranno comunicate agli utenti tutte le informazioni necessarie. Per un gruppo di utenti, quelli che provengono da una tariffa a consumo, si tratta di un nuovo contratto (quello da cui provengono continua a sussistere con nome diverso...) e dunque è

necessario un consenso espresso, l'opt in. In caso contrario, saranno applicate sanzioni che possono raggiungere importi particolarmente ampi.

Secondo. È stata da poco adottata una sanzione pecuniaria ad H3G per una vicenda analoga: il cambiamento dei profili contrattualmente stabiliti viene fatto pagare dall'operatore anziché essere accordato gratuitamente, come dovrebbe.

Terzo. A dicembre, infine, una consultazione ha avviato il 'lancio' di un nuovo regolamento sugli obblighi contrattuali e sugli strumenti di garanzia nella stipulazione dei contratti, anche a distanza, con gli operatori.

Questi tre esempi dimostrano tre funzioni centrali che Agcom svolge: in ordine ancora rovesciato (come un gioco di specchi) la terza è quella regolatoria. La seconda è quella sanzionatoria. La prima, infine, di vigilanza.

Non è un caso se inverto l'ordine, e se parlo di 'gioco di specchi'. Esso dimostra come le tre funzioni siano 'intimamente connesse', e non si può comprendere una separandola dall'altra; non è possibile guardare la parte per il tutto. Occorre una visione olistica.

### 3. *L'essenza della regolazione*

L'intervento di un regolatore si connota in modo prevalente per la funzione di 'prevenire' alcuni comportamenti abusivi, ossia con una funzione di regolamentazione *ex ante*. È questa la primaria linea di intervento dell'Autorità ed è proprio quello che intendo sottolineare oggi: la funzione di tutela *ex ante* nell'ambito dei consumatori. Per differenziarla dagli interventi *ex post* (come avviene, secondo una logica verticale, con i procedimenti sanzionatori o, secondo una logica orizzontale, nella classica accezione distintiva rispetto al diritto della concorrenza).

Andiamo con ordine.

Come ha scritto Luisa Torchia circa un anno e mezzo fa, la regolazione non ferma la concorrenza, ma la concorrenza non può regolare. Questo insegnamento è oggi più che mai di rilievo: dimostra, infatti, quanta parte svolga la regolazione *ex ante* nella tutela dei singoli, all'interno del mare magnum dei mercati liberalizzati.

È una funzione importantissima, perché 'predetermina i comportamenti' che gli operatori dovranno tenere sul mercato.

Non si tratta di 'iperfetazione regolamentare' o 'ultra-normazione' dal tono eccessivo: si tratta di regole sostanziali, che incidono sull'equilibrio

che si instaura tra impresa e singolo. Tra cittadino e potere economico. Per consentire al primo di beneficiare di un servizio di interesse sociale.

Qui risiede la centralità della attività di regolazione, e l'importanza dell'intervento del regolatore: nella capacità di arrivare a incidere fino al cuore dei rapporti di circolazione dei servizi. In termini prettamente giuridici, si giunge 'fino alla autonomia negoziale'.

Se ricordiamo il terzo caso prima citato, sugli obblighi contrattuali, possiamo allora chiederci le ragioni in base alle quali un'autorità pubblica può limitare le offerte commerciali di una impresa. Siamo pur sempre in un regime concorrenziale. Per cui, a stretto rigore, secondo le logiche del diritto della concorrenza (*ex post*), dovremmo attendere una violazione o una lesione effettiva dei diritti.

Al contrario, il regolatore può giocare d'anticipo, per evitare che si produca – anche solo in potenza – un danno all'utente finale. Per tutelare maggiormente una situazione che, nella prassi, tende sempre allo squilibrio delle parti. E che, proprio per questo motivo, va posta in una situazione di maggiore parità, contribuendo, per questa via molto settoriale, ma certo non meno centrale, ad assicurare quella correttezza sul piano contrattuale che si riverbera e si ancora direttamente al dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 della nostra Carta Costituzionale.

Non cito queste norme a caso, né a caso creo questo collegamento tra disciplina civilistica e precetti costituzionali: non è un caso, perché la regolazione attinge da diversi ambiti e mira a diversi fini. Quello economico, quello giuridico e, infine, quello sociale e degli interessi collettivi.

Ecco, dunque, la straordinaria rilevanza della regolazione: anche al giorno d'oggi, nella 'società complessa' nella quale ci è dato vivere, essa riflette caratteri e finalità polimorfe, che non possono essere sottaciute, come ci ricorda Giulio Napolitano.

#### 4. *La qualità*

Agcom con un tale mandato si occupa di regolare la fornitura dei servizi, di assicurare la qualità, la trasparenza, la possibilità per il singolo di conoscere le condizioni effettive grazie alle quali può esercitare il proprio diritto di accesso e di recesso.

Iniziamo con la qualità.

Agcom, ai sensi dell'art. 72 del Codice delle comunicazioni elettroniche, emana direttive volte a definire i livelli di qualità nella fornitura dei servizi, prescrivendo, in particolare, la pubblicazione di informazioni comparabili e complete (qui, dunque, si è al confine con il tema della trasparenza).

L'Autorità verifica il rispetto di tali livelli, elaborando indicatori di qualità che attengono agli aspetti più rilevanti (come tempo di attivazione o accuratezza della fatturazione). In particolare, specifici valori obiettivo, resi pubblici secondo la formula di *naming and shaming*, costituiscono il punto di arrivo per gli operatori.

## 5. *La trasparenza*

Veniamo alla trasparenza.

Nello scenario attuale, caratterizzato da una 'rivoluzione' tecnologica permanente che ha ricadute immediate sull'ecosistema digitale, assistiamo a una quantità di offerte notevolmente maggiore. Di fronte a tale galassia informativa la trasparenza delle informazioni è importante per il cittadino.

Le imprese, infatti, sono strutturate e organizzate; dotate talvolta di un potere di lobbying. L'utente invece è 'solo'. Vittima tra l'altro di asimmetrie informative profonde. E deve essere tutelato. Non possiamo certo regredire verso stagioni dei diritti molto precedenti.

La tutela regolamentare serve dunque a colmare quello che potremmo definire un 'vuoto di conoscenza'.

Trasparenza e completezza delle informazioni vanno di pari passo: nella consultazione avviata a gennaio sulla cd. Bolletta 2.0, si cerca di rendere più comprensibili le informazioni di fatturazione, l'addebito dei costi e i servizi attivati, con possibilità di 'blocco' da parte degli utenti. In particolare, vorrei sottolineare il caso degli addebiti di numerazioni a sovrapprezzo: vogliamo obblighi più stringenti per gli operatori un consenso espresso per l'attivazione e la possibilità di disattivazione 'da remoto', in modo semplice.

## 6. *Il servizio universale*

Vorrei fare un accenno anche al servizio universale e della tutela delle categorie svantaggiate, per completare il quadro della ricchezza degli interventi di Agcom nella tutela dei consumatori.

Sotto il primo profilo, l'art. 53 del Codice delle comunicazioni elettroniche, in linea con la direttiva n. 2002/22/Ce, prevede la copertura del servizio per tutti gli utenti, indipendentemente dall'ubicazione territoriale e dalle condizioni geografiche, assicurando un set minimo di servizi che, a ben vedere, integra una forma di 'democrazia della comunicazione'.

È stato anche il perimetro del servizio universale a consentire, nel caso Telecom (impresa designata per la fornitura del servizio: art. 58 Codice), l'adozione di una diffida: si è ritenuto, infatti, che la tutela dell'utenza fosse in pericolo anche sotto il profilo di una sottrazione impropria di un'ampia fascia di utenti da tale categoria a quella 'puramente commerciale'.

Quanto alle categorie svantaggiate, l'Autorità ha adottato misure che garantiscano la parità di accesso e di scelta nella fruizione dei servizi per utenti disabili, a basso reddito o con esigenze sociali particolari (ad esempio, agevolazioni tariffarie od offerte dedicate).

## 7. *Ex ante* ed *ex post*

Abbiamo parlato di regolazione. Di funzione *ex ante*. Ci sono, come in qualche modo anticipato, anche forme di intervento *ex post*?

La più importante a mio avviso attiene alle procedure sanzionatorie. L'impianto regolamentare di Agcom è stato rivisto, per tenere conto di importanti precipitati della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso Grande Stevens) e della necessità di imparzialità e terzietà nella qualificazione dei fatti. Anche alcune Linee guida per l'applicazione uniforme dei criteri di cui alla legge n. 689/1981 e di valutazione della condotta sono in corso di adozione da parte dell'Autorità.

Accanto alle procedure sanzionatorie, è da segnalare il regolamento indennizzi, in vigore dal 2011 (delibera n. 73/11/Cons), ora in corso di revisione (nei prossimi giorni sarà avviata una nuova consultazione pubblica), che prevede la corresponsione di somme in caso di malfunzionamenti, ritardi o sospensione dei servizi. Le novità di quest'anno riguarderanno, tra l'altro, anche l'equilibrio tra gli operatori (nel caso in cui i disservizi dipendano dal *donor* o *donating* o dal gestore della rete) e l'applicazione di tali indennizzi anche per i servizi su reti NGN.

## 8. *Il riparto di competenze*

Infine, vorrei affrontare, gettando un 'ponte', il tema 'classico' del confronto tra interventi *ex ante* rispetto a quelli *ex post*. Ossia regolazione e antitrust, una dicotomia assai nota in cui viene in rilievo il rapporto di Agcom con Agcm.

Nel mio libro «In principio è la rete», pubblicato lo scorso anno, sollevavo alcune preoccupazioni in ordine al riparto delle competenze in materia.

Il Consiglio di Stato, nelle note adunanze plenarie del 2012, aveva varcato la linea di confine. E lo aveva fatto bene, ma forse in modo 'eccessivo'. Dobbiamo ora costruire un equilibrio condiviso con Agcm.

In particolare, dobbiamo, nell'interesse di tutti, risolvere le preoccupazioni della Commissione europea, non ancora sopite. Bruxelles ha auspicato l'individuazione di un criterio certo, nel riparto delle competenze, ma non ha espresso preferenze. Ecco, se cerchiamo di seguire 'con saggezza' le indicazioni della Commissione, mi sembra possibile compiere una riflessione comune, verso una soluzione condivisa.

Partiamo dalla normativa. L'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, trasposto nell'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo, prevede che, in caso di 'contrasto', prevalgano le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

Sappiamo bene come vada interpretato il termine 'contrasto'. Non si tratta, infatti, di un rapporto tra ordinamenti; si tratta di un confronto 'tra norme'. In altri termini, è in gioco un più concreto confronto case by case, in cui la norma applicabile è quella che, in base al principio di specialità, assicura un maggiore grado di tutela del singolo.

Da ciò si deduce la presenza di un 'rapporto logico' tra le due discipline: tale rapporto non è di alternatività, ma di complementarità. E infatti, nel corso dei dialoghi intessuti recentemente, la Commissione ha qualificato la normativa orizzontale europea come *safety network*.

Tutto questo deve essere conciliato con le intenzioni del legislatore di inizio 2014. Che ha cercato di risolvere la procedura di infrazione, anche se mancano alcuni passi da compiere. Quali? A mio avviso, è la Commissione a indicarci, in base al suo criterio di lettura delle norme.

Bruxelles, infatti, ha evidenziato che il tenore letterale del nuovo articolo suggerisce che la competenza del regolatore settoriale sia esclusa quando è in gioco una pratica sleale. In altri termini, quando un determinato

comportamento integra sia una pratica sleale che una diretta violazione della normativa di settore, viene esclusa la competenza del regolatore settoriale – e, dunque, l'applicazione della relativa disciplina.

Per la Commissione, ciò genera un duplice rischio, ossia: a) una possibile incongruenza tra il testo della disposizione e i principi generali che derivano dal diritto dell'Unione; b) l'incertezza giuridica in merito al regime applicabile. È per questi motivi che l'esecutivo comunitario ha chiesto lumi circa le 'modalità' in base alle quali, alla luce di tale nuova disposizione, sia assicurata l'applicazione effettiva della disciplina settoriale.

Si comprende, da queste preoccupazioni della Commissione, che solo una collaborazione piena dell'Antitrust con Agcom sarà in grado di delineare una soluzione proficua, attraverso la condivisione delle rispettive esperienze e delle conoscenze di ciascuna Autorità è depositaria.

Soluzione che vada nel segno della specificità del sapere di ognuno, di Agcom come di Agcm. Una 'soluzione di buon senso', che certamente non deve essere letta come 'difesa di competenze e prerogative', ma finalizzata alla maggiore tutela del singolo. È in discussione, infatti, il conseguimento degli obiettivi guida tracciati dall'art. 8 dalla direttiva quadro (n. 21/2002/CE), norma che insegna a tutti noi come il fine ultimo sia quello di difendere gli interessi dei cittadini.

Il principio di leale collaborazione, che informa i rapporti tra istituzioni pubbliche deve trovare concreta applicazione anche in questo caso. E non sempre è stato così in passato. La frammentazione e le divisioni procedimentali, ancora attuali, possono costituire un vulnus per i singoli.

Ecco perché auspico, ancora oggi, che ci sia grande ragionevolezza nella materia. Mi auguro proprio che ci sia. Il tempo, per ora, mi ha riservato qualche sorpresa, e le ultime indicazioni giurisprudenziali seguono un'altra via rispetto a quella da me auspicata. Mi riferisco naturalmente alle Adunanze Plenarie n. 3 e 4 del 2016: tuttavia, anche a valle di tale intervento, penso che occorrerà tornare sull'argomento, per contribuire a una maggiore chiarezza. E non solo: per valorizzare il patrimonio della regolazione a tutto vantaggio dell'utente – che ha ancora forte bisogno di protezione.

## 9. La perdurante necessità di un dialogo

Concludo. Come avete visto, le attività dell'Autorità in materia di tutela dei consumatori sono molte. E sono vive. Si tratta di attività in contatto con il 'mondo esterno', tutt'altro che autoreferenziali.

Dobbiamo fare in modo che anche il dialogo tra interventi *ex ante* ed *ex post* (regolatori e antitrust) possa contribuire a una architettura complessiva funzionale e pacifica del sistema. Nell'esclusivo intento, mi piace ricordarlo, di un sistema e di una protezione piena dei consumatori e di una applicazione proficua del diritto che presidia i loro interessi.



Ettore Battelli

*Il principio di unitarietà nella tutela amministrativa  
dei rapporti di consumo*

SOMMARIO: 1. La competenza AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette. – 2. Consolidamento del principio di complementarietà tra tutela amministrativa dei consumatori e diritto antitrust. – 3. Regole generali e regole di settore. – 4. Sul corretto modo di intendere la concorrenza di competenze tra Antitrust e Autorità di settore. – 5. Osservazioni finali.

1. *La competenza AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette*

Una delle maggiori novità del d.lgs. 21/2014<sup>1</sup> è rappresentata dall'introduzione di un nuovo comma 1-*bis* all'art. 27 del Codice del Consumo<sup>2</sup>, scelta che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe servire a superare le difficoltà insorte nel recente passato<sup>3</sup>, riconoscendo la competenza dell'Au-

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 «Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE».

<sup>2</sup> L'art. 27, comma 1-*bis*, c. cons. dispone, in particolare, che «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta in via esclusiva all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli d'intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

<sup>3</sup> In questa sede basterà ricordare che, a seguito delle note Adunanze plenarie del Consiglio di Stato del maggio 2012, che avevano escluso l'applicazione del Codice del consumo

torità Antitrust in materia di pratiche commerciali scorrette<sup>4</sup> anche nei

per taluni settori regolati, si era venuta a creare una situazione di incertezza che aveva indotto la stessa Commissione Europea a sollecitare un intervento chiarificatore da parte delle autorità italiane. Per maggiori dettagli, cfr. *ex multis*: L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 953 ss., commento a Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 maggio 2012, sentenze dal n. 11 al n. 16.

<sup>4</sup> Sulle pratiche commerciali scorrette, tra i vari contributi, cominciando da i più recenti, si segnalano A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti, *Diritti e tutele dei consumatori*, Esi, Napoli 2014, p. 45 ss.; F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici e le pratiche commerciali scorrette, Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. Cendon, C. Poncibò, Giuffrè, Milano 2014, p. 409 ss.; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss. e in *Jus civile*, 2013, p. 295 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 688 ss.; D. VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1157 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, V, Milano 2012, p. 1079 ss.; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, Napoli 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Cacucci, Bari 2012; T. BROGGIATO, *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: prospettive evolutive del quadro normativo di riferimento*, in *Riv. bancaria*, 2011, p. 77 ss.; N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 921 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 408 ss.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette: fattispecie e rimedi*, Giuffrè, Milano 2010; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1117 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P. Barucci, C. Rabitti, Giappichelli, Torino 2010, II, p. 1221 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette: profili civilistici*, Liguori, Napoli 2009; A. GIANOLA, *Pratiche negoziali sleali*, in *Dig. disc. priv. (sez. civile)*, Agg., 2009, p. 381 ss.; R. CALVO, *Art. 18-26*, in *Codice del consumo (annotato con la dottrina e la giurisprudenza)*, a cura di E. Capobianco, G. Perlingieri, Esi, Napoli 2009, p. 65 ss.; A. CIATTI, *Art. 27, ivi*, p. 97 ss.; *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino 2009, con contributi sulle pratiche commerciali di M. Rabitti, C. Solinas, C.A. Pratesi *et al.*; C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 775 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le*

settori regolati<sup>5</sup>.

In particolare, la disposizione individua un criterio generale di ripartizione preventiva, stabilendo la competenza dell'AGCM nell'ipotesi in cui il comportamento del professionista, contrario alla regolazione di settore, costituisca una pratica commerciale scorretta, e *de residuo* la competenza delle singole Autorità di settore<sup>6</sup>.

---

*pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 1057 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Utet, Torino 2008; *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova 2008; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 762 s.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 477 ss.; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contr.*, 2007, p. 1113 s.; E. BARGELLI *et al.*, *Le 'pratiche commerciali sleali' tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino 2007; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 44 ss.; C. GRANELLI, *'Le pratiche commerciali scorrette' tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 777 ss.; A.M. MANCALEONI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Dir. tur.*, 2007, p. 345 s.; F. MASSA, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. giur.*, Roma 2007; *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2007; L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano 2007, t. III, p. 439 ss.; *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, (eds.) G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, Ashgate 2006; J. STUYCK, E. TERRY, T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 107 ss.

Sugli orientamenti in materia di pratiche commerciali scorrette dell'Autorità garante cfr.: N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 433 ss.; mentre su quelli della giurisprudenza: M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 884 ss.

<sup>5</sup> È rilevante al riguardo evidenziare come il d.lgs. n. 21/2014, contestualmente disponga, con l'art. 1, comma 7, l'abrogazione dell'art. 23, co. 12, *quinquiesdecies del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135*, norma con la quale si era tentata una prima risposta ai rilievi comunitari.

<sup>6</sup> In specie la novella legislativa individua ora, diversamente dal passato, un 'criterio gene-

Le Autorità di settore sono chiamate ad accertare la violazione della disciplina di regolazione nello specifico settore solo nell'ipotesi in cui il comportamento non costituisca una pratica commerciale scorretta<sup>7</sup> o con altre parole «le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette restano di competenza dell'Autorità di settore»<sup>8</sup>.

La norma accorda così prevalenza<sup>9</sup> all'accertamento delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'AGCM rispetto alla analoga attività svolta da parte delle altre Autorità di regolazione nei rispettivi settori, in modo da garantire che un medesimo comportamento, pur integrando una doppia violazione, non riceva una doppia sanzione<sup>10</sup>.

Analogamente, l'art. 66, commi 2 e 3, c. cons. regola la competenza dell'Autorità antitrust in materia di diritti dei consumatori.

---

rale di ripartizione preventiva' tra la competenza dell'AGCM e quella delle altre Autorità di settore, con la previsione di una fase consultiva (con la richiesta di un parere obbligatorio) che coinvolge l'autorità di regolazione settoriale in caso di avvio di un procedimento per pratiche commerciali scorrette nel settore da essa presidiato. Cfr. S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 44 s.

<sup>7</sup> Per un'analisi critica: G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?* in *www.dimt.it*, 2014, n.1 (ultimo accesso 19.12.2016).

<sup>8</sup> Cfr. G. MEO, *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzione in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, vol. II, Giuffrè, Milano 2015, p. 1103, spec. p. 1105.

<sup>9</sup> Così S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustiziacivile.com*, 21 maggio 2014, p. 13 ss. spec. p. 20; Assonime, *Il recepimento dei diritti sui consumatori*, circolare n. 19 del 3 giugno 2014, 61. Dubbio G. PASCALI, *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM...o forse no? Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D. Lgs. n. 21/2014*, in *www.dimt.it*, 2014, n. 1 (ultimo accesso 19.12.2016).

<sup>10</sup> Sul tema M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P. Barucci, C. Rabitti Bedogni, vol. I, Giappichelli, Torino 2010, p. 449 ss. Cfr., peraltro, in materia, i protocolli d'intesa siglati, tra il 20 e il 31 ottobre 2014, dall'AGCM con le diverse Autorità di settore per assicurare un efficace coordinamento tra le stesse nella tutela del consumatore e per dare concreta e puntuale attuazione alle novità introdotte dal d. lgs. 21/2014. In particolare, detti protocolli d'intesa sono stati conclusi dall'AGCM, rispettivamente, con l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la Banca d'Italia, con l'Autorità di regolazione dei trasporti (tutti reperibili all'indirizzo *www.agcm.it*) (ultimo accesso 19.12.2016).

Dal punto di vista dei rimedi, in particolare, il d.lgs. n. 21 del 2014 rafforza una tutela amministrativa dei diritti dei consumatori di tipo collettivo e successivo (che si aggiunge a quella più propriamente privatistica), mediante l'attribuzione della competenza<sup>11</sup> ad applicare la nuova disciplina sui diritti dei consumatori all'Autorità Antitrust (AGCM) che, in sede di *public enforcement*, è chiamata ad esercitarla con poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori analoghi a quelli previsti in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 66, co. 3, cod. cons.).

Secondo il comma 2 dell'art. 66 c. cons., come modificato dal d.lgs. 21/2014, l'Autorità Antitrust: «*d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti*».

## 2. Consolidamento del principio di complementarità tra tutela amministrativa dei consumatori e diritto antitrust

La novella, interpretata nel suo impatto sistematico, sancisce così 'apparentemente in via definitiva' la scelta del principio di 'unitarietà nella tutela amministrativa dei consumatori'<sup>12</sup>, in termini di 'complementarità con il diritto antitrust'<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Sulla chiave di lettura del dibattito amministrativo su questo tema, per tutti, si rinvia al contributo di L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, cit., p. 958, la quale all'insegnamento di M.S. GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano 1970, I, 221 ss.) secondo il quale la competenza è la «misura dell'esercizio dell'attribuzione», aggiunge che «la neutralità rispetto agli interessi in gioco è la misura dell'indipendenza».

<sup>12</sup> Perplexità in passato sono state espresse da G. GUIZZI, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 1133. Secondo V. RICCIUTO, *Le pratiche commerciali scorrette nella contrattazione a distanza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 1 ss., invece «L'intervento del legislatore si è mosso nell'ottica di 'consolidare il ruolo dell'Autorità Antitrust' attraverso l'adesione al modello che si fonda sul principio di unitarietà nella tutela amministrativa dei consumatori, riconoscendo alla stessa competenza ad occuparsi di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati» (p. 11).

<sup>13</sup> A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008,

D'altronde, il contratto stipulato tra soggetti che agiscono in un mercato non può essere più pensato solo come il mero accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale, ma è concepito come atto che si inserisce in un'attività economica sottoposta alle regole del mercato<sup>14</sup>.

Va subito osservato che tale questione non ha ragion d'essere per la materia dei servizi finanziari e dei trasporti, in quanto tali settori sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva sui diritti dei consumatori, mentre essa assume rilevanza in particolare per due Autorità diverse: l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità per l'Energia Elettrica, il gas e i servizi idrici<sup>15</sup>.

---

pp. 297-303; M. SIRAGUSA, F. CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela* (relazione al convegno), 29 gennaio 2010, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it). (ultimo accesso 19.12.2016); V. MINERVINI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1141 ss.

Sul potenziale differente esito della valutazione del giudice sul contratto e di quella dell'Autorità chiamata a sindacare la pratica commerciale nella quale si inserisce il suddetto contratto, cfr.: V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, a cura di R. Di Raimo, V. Ricciuto, Esi, Napoli 2006, p. 337 ss.

<sup>14</sup> V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in AA. VV., *Studi in Onore di Giuseppe Benedetti*, Esi, Napoli 2008, p. 1611 ss.

<sup>15</sup> Nel settore dell'energia, senza scendere troppo nei dettagli, deve osservarsi che anche in questo caso la regolamentazione conteneva norme divergenti rispetto a quanto previsto dalla nuova normativa sia in tema di requisiti formali nei contratti a distanza (art. 51, comma 6, c. cons) e negoziati fuori dai locali commerciali (art. 50, comma 2, cod. cons.) sia rispetto a quanto previsto in materia di fornitura non richiesta (66-*quinquies* cod. cons.); cfr. F. LONGOBUCCO, *Dal contratto che non c'è alla contrattazione illegittima: la fornitura di servizi non richiesti nel settore dell'energia*, in *Riv. dir. impr.*, 2013, p. 141 ss. Ecco perché si è reso necessario, in ragione delle modifiche al Codice del consumo e al Codice di condotta commerciale, apportare tramite la deliberazione 6 giugno 2014 266/2014/r/com «Adeguamento, al decreto legislativo 21/2014, del codice di condotta commerciale e di altre disposizioni relative alla tutela dei consumatori», nuove e transitorie previsioni, relativamente ai soli clienti finali domestici, in sostituzione di parte delle misure preventive di cui alla deliberazione 153/2012/R/com, confermando altresì, per i clienti finali diversi dai clienti domestici, le previsioni già vigenti. E poiché, come previsto dall'articolo

Si può quindi osservare che se la modifica dell'art. 27 c. cons. ha *prima facie* dato risposta al problema della competenza amministrativa per le pratiche commerciali scorrette, residua invece ancora qualche incertezza in alcuni settori regolati per l'applicazione delle nuove norme sui diritti dei consumatori nei contratti.

L'affidamento delle competenze all'Antitrust fa interrogare l'interprete più sensibile sulla possibilità che anche in questa materia possa in qualche misura verificarsi un conflitto di competenze con altre autorità settoriali, così come avvenuto per le pratiche commerciali scorrette e specialmente nei richiamati settori delle comunicazioni elettroniche e dell'energia<sup>16</sup>.

Anche rispetto a tale ipotesi, il vero nodo della questione attiene alla relazione che corre sul piano sostanziale tra la disciplina dettata dal Codice del consumo e le eventuali discipline settoriali specifiche.

In riferimento alla posizione degli utenti consumatori, quali operatori non professionali, difatti, preliminarmente occorre fissare i rapporti tra la parte generale del contratto (specialmente in punto di conclusione e modifica del regolamento negoziale) e la normativa recata rispettivamente dal Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e dai Codici settore, quale ad esempio quello del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259).

---

46 c. cons., in accordo alla nuova formulazione apportata dal decreto legislativo 21/14, le disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I del titolo III della parte III del Codice del consumo «in materia di diritti dei consumatori nei contratti» si applicheranno a qualsiasi contratto tra professionista e consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti beni siano forniti su base contrattuale, le ricordate previsioni troveranno pertanto applicazione a tutti gli esercenti la vendita di energia elettrica e gas naturale ai clienti finali domestici. Con l'avvertenza che il comma 3 del medesimo art. 46 prevede che le disposizioni delle predette Sezioni del Codice del consumo non impediscono ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali più favorevoli rispetto alla tutela prevista da dette disposizioni.

<sup>16</sup> Così A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in *www.judicium.it* (ultimo accesso 19.12.2016) e in *Scritti in onore di Gambaro*, p. 22, il quale evidenzia come nelle reciproche interferenze, i rapporti tra il Codice del consumo e gli altri codici di settore siano governati dal principio di specialità.

Tra la disciplina codicistica e quella delineata dai codici di settore non è configurabile un (mero) rapporto di genere a specie<sup>17</sup>.

Ecco perché allo stesso tempo occorre chiedersi<sup>18</sup> se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie diseguate nei codici di settore *oppure* se autenticamente speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre quelle di settore si pongono come egualmente speciali in quanto 'al pari' derogatorie alla regola del Codice civile, così da poter 'parimenti' concorrere a disciplinare un medesimo fatto<sup>19</sup>.

Dal canto suo, il legislatore comunitario, all'art. 4 della Direttiva 2011/83/UE, rubricato «livello di armonizzazione»<sup>20</sup>, in definitiva, non solo, ha sancito la disapplicazione (o quantomeno l'abrogazione implicita) delle disposizioni nazionali vigenti contrastanti con il dettato della Direttiva, ma ha anche precluso l'adozione da parte del legislatore nazionale di nuove disposizioni che disciplinino in modo divergente fattispecie per le quali la direttiva introduce un livello di armonizzazione completa e ciò anche nell'ipotesi in cui garantiscano un livello di tutela più elevato.

Il legislatore italiano, coerentemente, favorendo l'adozione in ambito consumeristico di strumenti di carattere collettivo e pubblicistico (si pensi all'attribuzione all'Autorità Antitrust, della tutela amministrativa delle clauso-

<sup>17</sup> Sul tema L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano 2005, 67 ss. Nel merito A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore'*, cit., p. 6.

<sup>18</sup> Come autorevolmente fanno alcuni Autori: A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore'*, cit.; T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 123 ss.

<sup>19</sup> Con particolare riferimento al rapporto tra Codice del consumo e altre discipline settoriali, cfr.: E. MINERVINI, *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Aggior.* III, 2007, p. 182 ss., spec. p. 187 ss.; F. ADDIS, *Il 'codice' del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obblig. Contr.*, 2007, p. 872 ss.; N. IRTI, *'Codici di settore': compimento della 'decodificazione'*, in *Dir. e società*, 2005, p. 131 ss.

<sup>20</sup> La Direttiva nell'art. 4, rubricato «livello di armonizzazione», stabilisce che: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati Membri non mantengono e non adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».



le vessatorie) ha condiviso l'opportunità di concentrare in un unico soggetto<sup>21</sup> il controllo amministrativo su discipline di carattere generale e non settoriale caratterizzate da un regime comunitario di completa armonizzazione<sup>22</sup>.

Il mantenimento o l'adozione di disposizioni divergenti da quelle ivi stabilite nel diritto nazionale è consentito allora solo dove esplicitamente previsto.

Il legislatore Italiano, recependo il citato art. 4, con la formulazione dell'attuale art. 46, co. 2, c. cons. (integralmente sostituito in seguito all'attuazione della Direttiva)<sup>23</sup>, sul punto, consente così di chiarire che le 'disposizioni settoriali specifiche' prevarranno sulle disposizioni di attuazione della direttiva in questione solo in quanto posseggano lo 'status di norme dell'Unione Europea' e dunque, sul piano interno, lo 'status di norme nazionali' che 'recepiscono' norme dettagliate dell'Unione Europea (c.d. norme di derivazione comunitaria 'diretta').

Tale scelta risponde anche all'esigenza di evitare risvolti interpretativi che portino, così come accaduto proprio in materia di pratiche commerciali scorrette, a considerare prevalenti disposizioni nazionali di derivazione comunitaria 'indiretta'.

Si impone così una interpretazione di tipo 'teleologico'<sup>24</sup>, secondo la quale l'armonizzazione massima delle regole del mercato unico è posta non già a tutela dei diritti dei consumatori in sé per sé considerata, ma a tutela

<sup>21</sup> *Ex multis*: E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 563 ss.; E. BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, Milano, 2014, p. 207 ss.; e in una prospettiva di diritto privato europeo: M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 ss.

<sup>22</sup> S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, cit., p. 44 s..

<sup>23</sup> Nel Codice del consumo, l'art. 4 della Direttiva è riprodotto all'art. 46, co. 2, c. cons. il quale stabilisce che «In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici».

<sup>24</sup> In termini analoghi cfr. S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'amico, Cedam, Padova 2015, p. 435 ss. spec. p. 446.

del consumatore quale ‘elemento’ del mercato necessario e presupposto per garantirne il corretto funzionamento e per stimolare la concorrenza tra imprese in un contesto regolatorio che sia equivalente in tutti gli Stati membri<sup>25</sup>. Ciò al fine di ‘imporre’ all’interprete e al legislatore nazionale, così come alle autorità di regolazione e vigilanza, un’interpretazione tassativa delle regole (di derivazione) comunitarie<sup>26</sup>.

### 3. *Regole generali e regole di settore*

L’indicazione che si desume dal ragionamento svolto e dalla citata previsione di cui all’art. 46, co. 2, c. cons. è che le nuove regole sui diritti dei consumatori si configurano alla stregua di regole generali che soccombono di fronte a regole speciali o di settore, solo a due condizioni: 1) ci deve essere conflitto, cioè antinomia, contrasto insuperabile a livello interpretativo; 2) le regole speciali (oggetto dell’antinomia) devono essere attuative di norme comunitarie.

Da ciò ne discende che, le ‘disposizioni settoriali specifiche’ in grado di prevalere sulle ‘disposizioni in materia di diritti dei consumatori introdotte dalla novella’, sono solo e unicamente le ‘disposizioni nazionali che riproducono disposizioni settoriali dell’Unione Europea’ e che disciplinano in modo divergente le fattispecie contemplate dagli artt. 45-65 c. Cons. (in specie quelle di armonizzazione minima)<sup>27</sup>.

Se poi si nota come le principali norme di armonizzazione minima riguardino gli obblighi informativi prescritti per i contratti diversi dai contratti a distanza e dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e, con alcune eccezioni, in tema di commercio elettronico e di contratti di servizi, rimane aperta la questione se la facoltà di incremento della tutela informativa debba essere esercitata (a) dal legislatore in sede di attuazione o mediante

---

<sup>25</sup> R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 480 s., spec. p. 483, evidenza come i diversi interessi dei destinatari (consumatori – e microimprese – e professionisti) sono assorbiti dal prevalente e unitario interesse che la disciplina in esame intende tutelare, ossia quello del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

<sup>26</sup> A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai ‘codici di settore’*, cit., p. 10.

<sup>27</sup> S. PERUGINI, *I ‘nuovi’ strumenti di intervento dell’AGCM*, cit., p. 52.

successive previsioni di rango legislativo aventi portata generale, oppure (b) in taluni casi, possa essere esercitata direttamente anche dalle Autorità di settore nell'ambito del potere regolamentare loro riconosciuto dalla legge.

Le 'Autorità di settore' rimangono, così, competenti ad accertare le 'violazioni settoriali nazionali'<sup>28</sup> che: (1) non riguardano le fattispecie armonizzate dal d.lgs. n. 21 del 2014 e (2) non costituiscono pratiche commerciali scorrette.

Ed anche questo sembra essere un aspetto importante.

Quel che sembra, in linea generale, è che per effetto del recepimento della direttiva 2011/83 dell'Unione Europea, sotto il profilo sostanziale, la regolamentazione di settore nazionale e/o di derivazione comunitaria indiretta sembra subire un ridimensionamento.

Il modello di coordinamento tra i diversi strumenti di *public enforcement*, che discende dalla novella legislativa, si presenta, dunque, funzionale al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla *Direttiva Consumer Rights*, dichiaratamente finalizzata, mediante l'approccio di sostanziale armonizzazione massima, ad aumentare la certezza giuridica per tutti gli operatori del mercato, in quanto contribuisce a garantire, anche sul 'piano dei rimedi'<sup>29</sup>, l'efficacia della tutela per i consumatori e la certezza

<sup>28</sup> Sulla competenza dell'AGCM e sul rapporto con eventuali competenze attribuite ad altre autorità di settore, cfr., tra gli altri, M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688 ss. Da ultimo v. M. ANGELONE, *Regolazione "indipendente" del mercato e "conformazione in chiave protettiva" del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 103 ss.

<sup>29</sup> Il rimedio ha una funzione squisitamente di tutela di interessi e non può essere confuso né con la norma che attribuisce e disciplina il diritto né con quella che commina una sanzione a carico del trasgressore. I rimedi costituiscono, dunque, un 'piano mobile' di strumenti deputati funzionalmente alla tutela del singolo che si assume leso nella sua posizione giuridica – diritto o, soprattutto, interesse – cfr. S. MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Iseg Gioacchino Scaduto, Perugia 2011, p. 22, e, più in generale, A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, I, Jovene, Napoli, 1989, p. 11 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano 2003, p. 344 ss., p. 360 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 341 s.; U. MATTEI, *I rimedi*, in *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 107 s.; D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche 'rimediali' della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* (Convegno di studi in onore di Angelo Falzea), a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano 2004, p. 209 s., ID., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 605

per le imprese che un medesimo comportamento non riceva una duplice sanzione.

4. *Sul corretto modo di intendere la concorrenza di competenze tra Antitrust e Autorità di settore*

A rigore, di antinomia è corretto parlare soltanto nei casi in cui vi sia da un lato, sovrapposizione tra fattispecie normate dal Codice di consumo da disciplina settoriale esterna e dall'altro, identità di 'bene protetto' da due differenti apparati sanzionatori.

Non basta che lo stesso fatto sia preso a base di due norme di disvalore e conseguente sanzione, occorre che da entrambe le norme quel fatto sia ritenuto illegittimo in quanto lesivo di un identico bene della vita protetto da entrambe.

Se, invece, lo stesso fatto venisse avversato da due discipline in quanto lesivo anche di beni diversi, protetti dall'una e non (almeno non identicamente) dall'altra, allora non vi sarebbe identità di fattispecie tra le due discipline. 'Fatto' e 'fattispecie' non coincidono.

Se un identico fatto è assunto a fondamento di due diverse fattispecie, non si ha né identità di disciplina né si pone, perfino in astratto, un problema di concorrenza di competenza tra le Autorità, avendo l'una competenza su una fattispecie, l'altra su una fattispecie diversa<sup>30</sup>.

Del resto, più di un dubbio è legittimo nutrire sull'equipollenza della tutela dei consumatori di cui al Codice del consumo e della tutela degli utenti sottesa ai diversi legislazioni speciali o codici di settore.

Si pensi al Codice delle comunicazioni elettroniche in cui l'utente è primariamente riguardato dal punto di vista delle sue prerogative personali, invece che come destinatario di un'azione economica, con la giustap-

---

ss. e ID., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 15 ss. e anche in *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli 2012, p. 103 ss. Il dibattito sui rimedi si è recentemente arricchito con la *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*. Il Capo XI della Proposta è interamente dedicato ai rimedi esperibili dal compratore distinguendo tra quelli propri del consumatore e quelli del compratore-professionista.

<sup>30</sup> G. MEO, *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzione in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1111.

posizione e non l'assorbimento della sua posizione di contraente in quella di soggetto avente diritto a un servizio indispensabile per l'esercizio delle proprie libertà costituzionalmente garantite.

La conclusione che può trarsi dal ragionamento svolto è dunque che, sul piano normativo, nonostante significative innovazioni e l'ingresso della tutela dei consumatori, con diversa portata, in più di una disciplina settoriale, dal punto di vista degli assetti istituzionali in tema di pratiche commerciali scorrette nulla autorizzi a modificare il modello di coordinamento, consolidatosi con la novella di derivazione europea, che vede dotata di competenza generale l'Antitrust.

## 5. Osservazioni finali

Un'ultima annotazione, strettamente connessa a quella appena espressa.

Le nuove previsioni si inscrivono in un contesto normativo nel quale è andato via via assumendo crescente importanza il tema del rapporto tra tutela del mercato concorrenziale e rispetto delle regole che assicurino 'equilibrio' ma anche 'correttezza'<sup>31</sup> ed 'equità' negli scambi (diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti testualmente riconosciuti dalla lett. e, dell'art. 2, comma 2, c. cons.) da attuarsi attraverso la promozione di condizioni di trasparenza informativa, a salvaguardia della libertà di scelta dei consumatori<sup>32</sup>, anche sotto il profilo dell'*actio finium regundorum* tra le attribuzioni delle diverse autorità amministrative di regolazione e di garanzia<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> G. ALPA, *La disciplina della concorrenza e la correttezza nell'attività commerciale*, in *Econ. e diritto del terziario*, 2002, p. 359 ss.; E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 57 ss.

<sup>32</sup> Cfr. A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova 2008, p. 209 ss.

<sup>33</sup> A. ARGENTATI, *Commercio on line, nuovi diritti per i consumatori e ruolo dell'autorità amministrativa*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 21 e spec. p. 28, che richiama sul punto S. MEZZACAPO, *Illiceità delle clausole 'abusivè' (tra presidi di 'giustizia negoziale' e tutela amministrativa del 'mercato')*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. Capriglione, Giuffrè, Milano 2013, 115 ss. e secondo la quale: «In particolare, si è assistito ad una crescente attenzione prestata dal legislatore verso strumenti e rimedi giuridici idonei non solo all'indi-

E ciò non solo nei confini della tradizionale tutela consumeristica, ma come è noto anche nei rapporti tra imprese (si ponga mente da ultimo all'art. 62 del d.l. n. 1/2012 che ha introdotto una disciplina speciale dei contratti e dei rapporti commerciali nella filiera agroalimentare)<sup>34</sup>.

Tramite la regolazione dell'attività di chi offre beni e servizi agli altri operatori, e in special modo al soggetto economico più esposto, ossia il consumatore e la micro-impresa, l'ordinamento regola il corretto funzionamento del mercato in ottica concorrenziale<sup>35</sup>, o meglio, stabilisce una disciplina di strutturazione e di conseguente protezione del mercato interno<sup>36</sup>.

Il corpo normativo in esame costituisce il naturale completamento della regolazione del mercato<sup>37</sup> realizzata nell'ottica preferenziale del contratto, inteso non già come atto negoziale bensì come relazione contrattuale<sup>38</sup>, in cui maggiormente si manifesta il confronto asimmetrico tra professionista e consumatore ovvero tra professionista 'forte' e professionista 'debole'<sup>39</sup>.

---

viduazione dei requisiti dell'agire lecito negoziale rispetto a parametri estrinseci e formali, ma anche sotto il profilo sostanziale dell'equilibrio negoziale e dell'equo bilanciamento di diritti ed obblighi (e della correttezza)».

<sup>34</sup> A. ARGENTATI, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agroalimentare tra efficienza ed equità*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2014, p. 2 ss.

<sup>35</sup> Sul tema cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri, A. Zoppini, Laterza, Bari 2008, p. 18 s., il quale osserva che, al centro della considerazione del legislatore antitrust, non si colloca il profilo della validità del contratto (i.e., il raffronto formale tra fattispecie e paradigma normativo), ma quello della sua efficacia, ossia gli effetti che un'attività economica determina sugli equilibri del mercato.

<sup>36</sup> Se dunque la *ratio* della disciplina europea dettata in materia di pratiche commerciali scorrette consiste nel garantire il corretto funzionamento del mercato, si può ritenere corretto affermare che tale disciplina «è intesa ad assicurare una tutela preventiva e generale delle pre-condizioni di negoziabilità dei contratti e degli atti di esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori, a fronte della valutazione dell'esistenza di circostanze ostacolanti consistenti nelle pratiche commerciali sleali o scorrette largamente diffuse nel mercato»: S. ORLANDO, *Le informazioni*, Cedam, Padova 2012, p. 150. In generale sul tema, tra i primi, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

<sup>37</sup> M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e imp.*, 2009, p. 81.

<sup>38</sup> E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 695.

<sup>39</sup> L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, p. 102 s.

A livello più generale, è evidente l'intento del legislatore di «ricostruire il tessuto connettivo tra le isole regolamentari della disciplina dei consumatori» (contenute anche nei diversi Codici di settori) e lo sforzo profuso nel risolvere, ove possibile, le disarmonie normative, migliorando l'organicità e la coerenza del sistema interna<sup>40</sup>.

In definitiva, nella possibilità di sviluppare prassi applicative (si pensi al *Codice di condotta commerciale nel mercato dell'energia e del gas*)<sup>41</sup> che coniughino, specie tramite strumenti di autoregolamentazione, la protezione dei consumatori con la promozione dell'efficienza economica, risiede il valore aggiunto che le singole Autorità, oggi più di ieri, si auspica, potranno fornire in questa materia. Un compito impegnativo, ma anche necessario.

---

<sup>40</sup> A. ARGENTATI, *Commercio on line, nuovi diritti per i consumatori e ruolo dell'autorità amministrativa*, cit., p. 40.

<sup>41</sup> L'Autorità ha già da tempo adottato il Codice di condotta commerciale, dettando, in accordo alle previsioni del Codice del consumo e delle direttive comunitarie in materia energetica di volta in volta succedutesi, le regole che gli esercenti la vendita di energia elettrica e/o gas naturale devono osservare nei loro rapporti commerciali con i clienti finali (clienti domestici e piccole e medie imprese). Le previsioni del Codice di condotta commerciale costituiscono le regole operative necessarie per dare attuazione alle norme comunitarie riguardanti il comparto energetico e dettagliano, al contempo, previsioni generali del Codice del consumo; pertanto, esse non sono sostitutive o, tantomeno, abrogative di queste ultime e talvolta si milita a riprodurle.





Angelo Danilo De Santis

*La direttiva 2014/104/UE  
e il suo impatto sul processo civile*

SOMMARIO: 1. Concorrenza e *consumer protection*. – 2. Tecniche di incremento dell'effettività della tutela giurisdizionale. La strada tracciata dalla Cassazione. – 3. L'incremento della effettività del *private enforcement* nella direttiva 104/2014/UE. – 3.1. Strumenti di effettività della tutela nelle azioni *stand-alone*: la «divulgazione» delle prove (e dei fatti). – 3.2. L'accesso alla prova e il «dialogo» tra Agcm e giudice civile. – 4. Strumenti di effettività della tutela nelle azioni *follow-on*: la decisione dell'Agcm come «vincolo» per il giudice civile. – 4.1. Un'ipotesi di compatibilità sistematica: il provvedimento dell'Agcm come fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno.

1. *Concorrenza e consumer protection*

L'evoluzione del diritto della concorrenza ha giocato un ruolo decisivo nel percorso di formazione e consolidamento del mercato unico europeo e rappresenta una significativa parte dell'*humus* nel quale affonda le proprie radici il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

È generalmente condivisa l'opinione secondo la quale la genesi e lo sviluppo della *consumer protection* negli ordinamenti degli stati membri fungano da «veicolo» per l'omogeneizzazione delle regole di condotta degli operatori del mercato<sup>1</sup>.

Si ritiene inoltre che l'*antitrust* europeo – e quello italiano – siano volti a garantire, mediante la conservazione di un ambiente ispirato alla logica

---

<sup>1</sup> Cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza. La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Giappichelli, Torino 2012, p. 272 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato quale tecnica di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, (Atti del convegno svoltosi a Roma e a Catania), Il Mulino, Bologna 2010, p. 9.

della concorrenza dinamica (*workable competition*), lo sviluppo economico e quindi il maggior benessere collettivo; tra gli obiettivi politici dell'*antitrust* europeo, un ruolo essenziale è svolto dalla creazione di condizioni per un mercato economicamente efficiente e capace di tutelare il consumatore<sup>2</sup>.

Da più di dieci anni, non pare esservi più alcuno spazio per dubbi circa la legittimazione del consumatore a domandare la tutela del diritto al risarcimento del danno derivante da violazioni dell'*antitrust* europeo e nazionale, alla luce del riconoscimento, da parte della Corte di giustizia CE (ora UE), dello *standing to sue* nei confronti di *any individual*<sup>3</sup>.

Le complesse dinamiche dei rapporti regolati dal diritto della concorrenza e l'articolazione, su diversi piani, dei soggetti coinvolti dagli effetti di una sua violazione fanno sì che proprio la materia dell'*antitrust* rappresenti un autentico banco di prova dei livelli di efficienza degli strumenti di tutela che gli ordinamenti giuridici riescono a garantire.

Basti considerare, come segno dell'attitudine della *competition law* a (di)segnare i modelli di *private enforcement* in Europa, che, con il *Consumer Rights Act* del marzo 2015, è stata introdotta per la prima volta nel Regno Unito la possibilità che una azione collettiva, instaurata da un consumatore per violazione di norme *antitrust*, estenda, sotto uno stretto controllo del *Competition Appeal Tribunal* (CAT), i propri effetti nei confronti di altri consumatori sulla base del meccanismo dell'*opt-out*.

Anche nell'ambito del diritto interno italiano, si assiste ad un ben avviato tentativo di colmare il riscontrato *deficit* in termini di effettività della tutela

---

<sup>2</sup> Cfr. M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.-Annali*, Giuffrè, Milano 2010, III, p. 191, spec. p. 218; nel senso che lo scopo primario della legislazione sia tutelare la fisiologia concorrenziale del mercato quale condizione essenziale per assicurare permanenti guadagni in termini di benessere dei consumatori e che invece il *consumer welfare* poco o nulla condivide con il processo concorrenziale, cfr. G. GHIDINI – E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta in chiave 'più economica' dell'abuso di dominanza*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2010, p. 115 ss.

<sup>3</sup> Nel senso che nella categoria di *any individual* (tratteggiata da C. GIUST. CE, 20 settembre 2001, n. 453/99, *Courage ltd. c. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 84 ss., con commenti di E. SCODITTI, A. PALMIERI e R. PARDOLESI, nonché *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 791, con nota di A. DI MAJO) rientrano anche i consumatori, cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo del 22 marzo 2001, pt. 38; cfr., anche, C. GIUST. CE, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni S.p.a.*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 709 ss.

giurisdizionale, soprattutto per i soggetti ‘a valle’, quali sono i consumatori, rispetto alle pretese risarcitorie conseguenti all’accertamento di condotte illecite.

I punti cardine dell’operazione ermeneutica avviata dalla giurisprudenza interna paiono costituiti dal riassetto del rapporto tra autorità amministrative e giurisdizione (tra *public* e *private enforcement*), dalla revisione dei tradizionali criteri di riparto dell’onere della prova, dagli incentivi all’accesso alla prova e, prima ancora, al fatto da allegare.

Si tratta di questioni al centro di un fervido dibattito culturale<sup>4</sup>, alimentato negli scorsi anni dal Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2008) 165, 2 aprile 2008) e sulle quali il legislatore interno è chiamato a prendere una posizione in sede di recepimento, entro il 27 dicembre 2016, della direttiva 2014/104/UE (c.d. *private enforcement*), «relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea»<sup>5</sup>.

## 2. *Tecniche di incremento dell’effettività della tutela giurisdizionale. La strada tracciata dalla Cassazione*

Accantonando i complessi problemi di natura sostanziale relativi alla configurabilità delle diverse *species* di danno scaturenti da condotte anticon-

<sup>4</sup> Per il quale si rinvia, esemplificativamente, a A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 ss.; cfr., anche, per ulteriori riferimenti, M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori. Studio sull’osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Jovene, Napoli 2013, p. 249 s.

<sup>5</sup> Pende alla Camera dei Deputati il disegno di legge n. 3123, già approvato al Senato il 14 maggio 2015, recante «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea – Legge di delegazione europea 2014», nel quale, all’art. 2, sono tracciate le linee guida per il recepimento della direttiva 2014/104/UE; la norma non fornisce alcuna indicazione all’interprete in ordine alle scelte tecniche relative ai temi più rilevanti posti dalla direttiva (sui quali *infra*), ma, tra l’altro, si limita a prevedere che le disposizioni adottate per il suo recepimento si applichino anche alle azioni risarcitorie di classe di cui all’art. 140 *bis* cod. consumo e ad annunciare una revisione della competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, al fine di concentrare presso alcuni uffici giudiziari il contenzioso in materia di concorrenza.

correnziali, sulle quali non è consentito soffermarsi in questa sede, l'idea secondo la quale un efficiente sistema di responsabilità civile, affidato all'amministrazione della giustizia e basato su un controllo – per così dire – diffuso delle dinamiche di mercato assolve una mera funzione di supporto rispetto ai tradizionali strumenti di *public enforcement*<sup>6</sup> appare sempre più condivisa e, al contempo, attesta lo stato di 'crisi' in cui versa la giurisdizione<sup>7</sup>.

In tal senso, viene in rilievo il 7° considerando del Reg. Ce n. 1/2003, che definisce il ruolo della giurisdizione «complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri».

L'equazione per incrementare l'effettività della tutela giurisdizionale sembra avere una costante, specificata ulteriormente dall'art. 16, 1° comma, del citato Reg. Ce n. 1/2003, a tenore del quale «Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 (ora 101) o 82 (ora 102) del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati».

Il corretto inquadramento circa la natura del vincolo per il giudice, derivante dall'accertamento della Commissione, che è sprovvista di funzione giurisdizionale, pone una serie di questioni di compatibilità con il nostro ordinamento<sup>8</sup>, in cui, come è noto, il giudice può disapplicare l'atto

---

<sup>6</sup> Cfr. G. TADDEI ELMI, *Il risarcimento dei danni antitrust tra compensazione e deterrenza - Il modello americano e la proposta di dir. Ue del 2013*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 183; cfr., anche, AA.VV., *La funzione deterrente della responsabilità civile - Alla luce delle riforme straniere e dei principles of european tort law (atti Siena, 16-21 settembre 2007)*, a cura di P. Sirena, Giuffrè, Milano 2012, *passim*.

<sup>7</sup> Cfr. B. CAPPONI, *Le crisi della giurisdizione civile*, in *Corriere giur.*, 2014, p. 1277 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano 2007, *passim*.

<sup>8</sup> Che, secondo R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 784 ss., spec. p. 786, mal tollera la soggezione del giudice civile alla decisione di un'autorità amministrativa, con l'unica ben nota eccezione «asistemica» dell'art. 140 *bis*, 6° comma, cod. consumo, secondo il quale il tribunale «può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo» (su cui sia consentito rinviare a A.

amministrativo, ma, se non lo disapplica, non può non tenerne conto ai fini della decisione.

Le altre costanti della predetta equazione sono costituite dalle fisiologiche difficoltà che i soggetti ‘a valle’ incontrano nell’accesso agli strumenti di *private enforcement* (siano essi le azioni individuali o quella risarcitoria di classe)<sup>9</sup>, in termini di necessità di dimostrare tanto il danno derivante dall’intesa (e il nesso causale) quanto, a monte, l’esistenza di una condotta che impedisca, restringa o alteri il gioco della concorrenza, la cui prova è generalmente nella disponibilità dell’autore della condotta.

Il dogma dell’effettività della tutela giurisdizionale è alla base dei conati della giurisprudenza interna di attenuare gli ostacoli propri delle controversie in materia di concorrenza, che il diritto comune pone a carico di chi fa valere una responsabilità di tipo aquiliano nell’ambito di un mercato transnazionale o comunque di ampie dimensioni, colmando la proverbiale asimmetria informativa tra le parti.

Le variabili, sulle quali è intervenuta la Cassazione, e che fino all’avvento della direttiva 2014/104/UE parevano riferirsi esclusivamente alle azioni cosiddette *follow-on*<sup>10</sup>, sembrano costituite *a)* dall’alleggerimento dell’onere probatorio a carico del consumatore, conseguito attribuendo una efficacia ‘speciale’ di prova privilegiata ai provvedimenti sanzionatori dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), *b)* da una certa flessibilità nell’uso delle presunzioni, finalizzato a far gravare sull’impresa l’onere di dimostrare l’interruzione del nesso di causalità fra illecito e danno, *c)* dalla valorizzazione del criterio di «alta probabilità logica»<sup>11</sup> circa

D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli 2013, p. 686 ss.).

<sup>9</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide to Make Rights Effective*, in 27 *Buffalo Law Rev.*, 1978, p. 181 ss.

<sup>10</sup> Cfr. infatti, con riferimento alle azioni c.d. *stand-alone*, la decisione resa da Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, Mass. 2015, provvisorio, su cui v. *infra* il § 3.3.

<sup>11</sup> Cfr. Cass., sez. un., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, col. 1097 ss., con commento di R. PARDOLESI e di A. PALMIERI, secondo la quale «qualora l’assicurato, che abbia esperito l’azione risarcitoria deducendo di aver corrisposto, in dipendenza della partecipazione dell’assicuratore ad un’intesa anticoncorrenziale, un premio superiore a quello che avrebbe pagato in condizioni di libero mercato, assolva all’onere di allegare la polizza stipulata e l’accertamento in sede amministrativa dell’intesa, il giudice potrà desumere l’esistenza del nesso causale tra quest’ultima e il danno lamentato anche attraverso

la sussistenza del danno risarcibile e del canone dell'equità nella determinazione della sua liquidazione<sup>12</sup>.

La consapevolezza dell'asimmetria informativa che penalizza il consumatore al cospetto dell'impresa coinvolta nel cartello, la sola ad avere la (piena) conoscenza dei fatti e a poterne valutare le implicazioni, è alla base della scelta di considerare la specialità, sul piano dell'efficacia probatoria, dei provvedimenti dell'Agcm che, a partire da Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640<sup>13</sup>, sono diventati, per il giudice civile chiamato a decidere sull'azione di risarcimento danni, «prova privilegiata» della sussistenza del comportamento accertato<sup>14</sup>.

---

criteri di alta probabilità logica e presunzioni, senza tuttavia omettere una valutazione degli elementi di prova offerti dall'assicuratore, tendenti a superare dette presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, idonei di per sé a produrre il danno o che abbiano, comunque, concorso a produrlo».

<sup>12</sup> Cfr., infatti, Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, I, col. 1729 ss., con commento di R. PARDOLESI, secondo la quale «laddove l'autorità garante della concorrenza e del mercato abbia sanzionato un'impresa (nella specie, assicuratrice) per aver partecipato a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione per il risarcimento del danno assolve l'onere probatorio a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio (cui va riconosciuta elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori, con conseguente presunzione di danno per la generalità dei consumatori, in cui è ricompreso il danno subito dal singolo) e del contratto con l'impresa (nella specie, polizza assicurativa), mentre compete a quest'ultima dimostrare l'interruzione del nesso causale tra illecito antitrust e danno patito tanto dalla generalità dei consumatori, quanto dal singolo; accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa alla relativa liquidazione (nella specie, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato)».

In senso conforme, cfr. Cass. 22 maggio 2013, n. 12551, *id.*, Rep. 2013, voce *Concorrenza* (disciplina), n. 146 e Cass. 9 maggio 2012, n. 7039, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 12; cfr., anche, Cass. 20 giugno 2011, n. 13486, *id.*, 2011, I, col. 2674, con diffusa nota di richiami di C.D. PIRO e commento di A. PALMIERI, *L'illecito antitrust e l'aggiramento della prova: ovvero come si rischia di trasformare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile*. In senso contrario, tra le ultime, cfr. Cass. 18 ottobre 2012, n. 17884, *id.*, 2013, I, col. 163.

<sup>13</sup> Pubblicata in *Foro it.*, 2010, I, col. 1901 ss.

<sup>14</sup> La categoria della prova privilegiata è aspramente criticata da A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, p. 441, il quale evidenzia l'impossibilità di configurarla nel sistema delle prove civili in quanto distinta da quella delle prove legali.

Per la giurisprudenza, il provvedimento dell’Autorità amministrativa consente di ritenere provate non solo la condotta anticoncorrenziale e la sua idoneità a procurare un pregiudizio ai consumatori, ma anche, «in via presuntiva», la circostanza che «tale danno sia stato concretamente arrecato ai consumatori»; ovviamente, se il provvedimento è impugnato davanti al giudice amministrativo, si pongono i ben noti problemi di estensione dell’efficacia del giudicato amministrativo davanti al giudice civile<sup>15</sup>.

Peraltro, sovente, negli ultimi anni, la Corte di legittimità, intervenendo nel contenzioso tra assicurati e compagnie sanzionate dell’Agcm per aver dato vita a un’intesa restrittiva della concorrenza, ha ribadito che la prova dell’insussistenza del nesso causale tra l’intesa e il danno lamentato in relazione all’aumento dei premi deve riguardare non già aspetti presi in esame dal provvedimento della stessa Agcm, «bensì situazioni o comportamenti attinenti alla singola impresa, al singolo assicurato o alla singola polizza»<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Cfr., infatti, Cass. 14 maggio 2015, n. 9869, in *Foro it.*, Mass. 2014, col. 308, secondo cui «la pronuncia del giudice amministrativo, investito della domanda di annullamento della licenza, concessione o permesso di costruire (rilasciati con salvezza dei diritti dei terzi), ha ad oggetto il controllo di legittimità dell’esercizio del potere da parte della p.a. ovvero concerne esclusivamente il profilo pubblicistico relativo al rapporto fra il privato e la p.a., sicché non ha efficacia di giudicato nelle controversie tra privati, proprietari di fabbricati vicini, aventi ad oggetto la lesione del diritto di proprietà determinata dalla violazione della normativa in tema di distanze legali, che è posta a tutela non solo di interessi generali ma anche della posizione soggettiva del privato»; Cass. 4 luglio 2014, n. 15393, *id.*, Rep. 2014, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18, secondo cui «il giudicato amministrativo, anche se si forma sull’atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall’art. 2909 c.c.».

<sup>16</sup> Cfr. Cass. 4 marzo 2013, n. 5327, in *Foro it.*, 2013, I, col. 1519 ss., nonché in *Mercato, concorrenza e regole*, 2013, p. 429 ss., con commenti critici di A. FRIGNANI, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con se stessa*, cit., e L. VASQUES, *La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione lo consente?*; nella motivazione, si reputa alla stregua di un precedente del tutto isolato, dal quale discostarsi, quello deciso da Cass. 18 ottobre 2012, n. 17884, in *Foro it.*, 2013, I, col. 163, con cui era stata cassata la pronuncia di merito che aveva desunto il danno dalla sanzione irrogata dall’Agcm, senza svolgere alcun accertamento, neanche mediante

L'impressione è che il tentativo di 'riequilibrio' cui ha atteso la giurisprudenza abbia determinato:

a) un'alterazione dei rapporti tra provvedimento amministrativo e provvedimento giurisdizionale, con conseguente subordinazione del secondo al primo, reso nell'ambito di un procedimento nel quale finisce per svolgersi una parte dell'*iter* che conduce all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione del giudice;

b) una certa ambiguità in ordine alla ricostruzione teorica della fattispecie costitutiva del diritto (al risarcimento del danno *antitrust*), con riferimento alla corretta collocazione e qualificazione dei fatti (costitutivi, estintivi, modificativi, impeditivi) e alla conseguente ripartizione dell'onere probatorio;

c) la creazione di una categoria di prove (quelle privilegiate, appunto) sconosciute al diritto positivo (con conseguente alterazione del sistema di tipicità delle prove civili<sup>17</sup>) e l'uso approssimativo, sotto le spoglie della nozione di «alta probabilità logica»<sup>18</sup>, dei criteri di prova statistica<sup>19</sup>;

---

consulenza tecnica, in ordine ai fatti allegati dalla compagnia assicuratrice convenuta, al fine di verificare il legame eziologico tra la condotta anticoncorrenziale e il pregiudizio.

<sup>17</sup> Infatti, ammettere che le prove atipiche possano essere utilizzate dal giudice per maturare il proprio convincimento in punto di fatto, equivale ad ammettere che il modello legale di formazione della prova non è imperativo, ma può sempre essere unilateralmente sostituito con altri schemi procedurali scelti – anche unilateralmente – da ciascuna delle parti. Tuttavia, se è vero che non tutte le norme che regolano l'istruttoria hanno carattere rigidamente inderogabile (ed infatti talora la loro violazione dà luogo a nullità solo relative, come nel caso di prova testimoniale viziata da incapacità del testimone, cfr. Cass. 18 luglio 2008, n. 19942, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Prova testimoniale*, n. 3), è però pure vero che molte di quelle norme sono inderogabili in quanto espressione di garanzie difensive inviolabili (si pensi alle disposizioni che regolano il contraddittorio nella formazione della prova) e soprattutto che il modello legale di formazione della prova pare ontologicamente infungibile, perché nella logica dell'art. 111, 1° comma, Cost., la garanzia del giusto processo consiste non in una valutazione *ex post* affidata caso per caso al giudice, ma dal rispetto scrupoloso della procedura di formazione della prova come predeterminato dalla legge (sul punto, si rinvia alle recenti osservazioni di A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 693 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti).

<sup>18</sup> Su cui si rinvia a M. TARUFFO, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1507 ss.

<sup>19</sup> Sull'inadeguatezza del dato statistico a costituire prova del nesso causale individuale



d) il ricorso, con riguardo alla prova del nesso causale tra condotta e danno, alla categoria della presunzione semplice *ex art. 2729 c.c.*, usata per qualificare quella che è stata assimilata, forse più propriamente, ad una prova *prima facie* (*Anscheinsbeweis*)<sup>20</sup>.

### 3. *L'incremento della effettività del private enforcement nella direttiva 104/2014/UE*

L'obbligo di recepimento della direttiva 2014/104/UE sembra porre significativi problemi di adattamento ai principi e alle regole del processo civile.

anziché del mero rischio di un determinato evento all'interno di una certa classe di soggetti e quindi sulla tendenziale inammissibilità, nel nostro ordinamento, della frequenza statistica, salvo che non sia elevatissima e quindi prossima ad un valore di certezza, quale prova sufficiente di un nesso di causalità individuale, cfr., esemplificativamente, M. TARUFFO, voce *Prova scientifica*, in *Enc. dir. Annali*, II, 1, Giuffrè, Milano 2008, § 4; secondo l'impostazione tradizionale, nel nostro ordinamento, la prova statistica può tutt'al più essere utilizzata come uno degli elementi di prova del fatto incerto e non può essere da sola sufficiente a dimostrare il fatto individuale.

<sup>20</sup> La categoria dell'*Anscheinsbeweis* (alquanto controversa nell'esperienza tedesca che la desume generalmente dal § 286 ZPO) pare assimilabile alla nozione di massima di comune esperienza, sebbene più propriamente la sua funzione parrebbe consistere nell'agevolare l'assolvimento dell'onere della prova in alcuni settori in cui «si verificano con regolarità degli accadimenti che, considerati alla luce delle massime di esperienza, consentirebbero di trarre alcune conclusioni intorno allo specifico fatto che si tratta di provare» (cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 2, sez. I, Giuffrè, Milano 1992, p. 484; più di recente, v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Giappichelli, Torino 2006, p. 150 s.); la verosimiglianza del nesso causale tra l'accertata condotta anticompetitiva e il pregiudizio subito si risolve sovente nella verifica dell'innalzamento dei prezzi, tale da determinare una prova 'generica' di danno (su cui cfr. S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 2010, p. 233 s., il quale ricorda come la giurisprudenza ne ammetta la rilevanza ai fini della condanna generica); a riequilibrare le posizioni, che rischierebbero di essere troppo sbilanciate a favore della parte danneggiata, sembra opportuno ritenere onerata l'impresa di fornire non già una prova contraria piena, ma soltanto fatti «che rendano inverosimili» le affermazioni dell'altra (cfr. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, cit., p. 321).

Se la meta da raggiungere è costituita dalla garanzia del «diritto a un pieno risarcimento» (art. 3) del danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, le strade da seguire passano dal potenziamento degli strumenti volti alla «divulgazione» dei fatti rilevanti ai fini della acquisizione della consapevolezza di aver subito (o stare subendo) un pregiudizio economico (art. 5 e 8); dall'agevolazione nell'accesso alle prove dei fatti (art. 5 e 6); dall'alleggerimento dell'onere probatorio attraverso l'espresso riconoscimento della vincolatività, per il giudice civile, della decisione di accertamento della violazione resa dall'Agcm e della natura di prova *prima facie* resa dalla decisione di ugual senso resa da un'autorità di altro stato membro (art. 9); dall'incremento della garanzia dell'esatta attuazione del diritto sostanziale, in termini di prova della causazione del danno e della sua corretta quantificazione (art. 17).

L'impressione è che il legislatore europeo non voglia rinunciare alla sfida di agevolare le parti deboli (i consumatori) nei processi cosiddetti *stand-alone*, caratterizzati dal fatto che chi agisce afferma un pregiudizio dannoso derivante da una condotta anticoncorrenziale non previamente assoggettata a controllo dell'Agcm; si tratta, in effetti, delle controversie in cui appare più marcata l'asimmetria informativa tra presunto danneggiato e impresa, dato che, alla complessità della vicenda sostanziale e dei rapporti economici in gioco, si somma il fatto che la loro conoscenza è sovente nella disponibilità del soggetto autore del presunto illecito.

Per quanto riguarda le azioni *follow-on*, la direttiva opta per un regime della decisione dell'Agcm e del suo impatto sul processo civile, la cui corretta decifrazione richiede particolare attenzione ad evitare di scardinare il tradizionale assetto di rapporti tra autorità amministrative e giurisdizione, pur tentando di leggere e tradurre la *voluntas* del legislatore nel modo più appropriato possibile.

### 3.1 *Strumenti di effettività della tutela nelle azioni stand-alone: la «divulgazione» delle prove (e dei fatti)*

Il capo II, e l'art. 5 che lo apre, sono entrambi rubricati «Divulgazione delle prove»<sup>21</sup> e lo scenario che si prospetta in sede di recepimento della

---

<sup>21</sup> La parola «divulgazione», usata nella traduzione italiana ufficiale, appare inappropriata e destinata in sede di recepimento ad essere sostituita, ragionevolmente, con l'«esibizio-

direttiva comprende non solo la predisposizione di strumenti processuali che consentano al giudice civile, su istanza di parte, di ordinare alle parti o a terzi «la divulgazione delle prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto» (e sin qui, si direbbe, nulla o quasi di più di quanto un avveduto uso degli art. 210 ss. c.p.c. non consenta già), ma anche che il giudice possa «ordinare la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base dei fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata».

Pur dovendo filtrare il contenuto delle norme della direttiva al fine di adattarlo al linguaggio tecnico proprio del diritto processuale civile interno<sup>22</sup>, non parrebbe azzardato ipotizzare che il legislatore italiano sia tenuto ad introdurre meccanismi di ricerca, ancor prima che della prova, del fatto rilevante; il recepimento della direttiva, che fa riferimento a «rilevanti categorie di prove», dovrebbe comportare la parziale inapplicabilità dell'art. 94 disp. att. c.p.c., nella parte in cui prevede l'onere dell'istante di dare indicazione specifica «del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede»; inoltre, solo l'esibizione disposta ai sensi della direttiva potrà avere ad oggetto categorie di prove, ma non sarà ammissibile senza istanza di parte, mentre quella disposta, anche nel medesimo processo, ai sensi dell'art. 2711, 2° comma, c.c., non richiederà l'istanza ma potrà avere ad oggetto solo quanto ivi contemplato.

Pur nella obiettiva consapevolezza dei rischi di richieste c.d. esplorative<sup>23</sup>, si tratterebbe di strumenti, ai quali, stando alla direttiva, la parte potrebbe accedere con una richiesta motivata anche da una approssimativa

---

ne»; la divulgazione consiste infatti nella diffusione del provvedimento presso la generalità dei consociati (cfr. B. CAVALLONE, *La divulgazione della sentenza civile*, Giuffrè, Milano 1964, *passim*).

<sup>22</sup> Si prospetta un'operazione non dissimile da quanto accaduto con il recepimento delle disposizioni contenute nell'accordo TRIPs in tema di tutela di diritti di proprietà intellettuale e nella successiva direttiva Ce 2004/48 sull'*enforcement* di tali diritti (cfr., *amplius*, A. GIUSSANI, *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, Giappichelli, Torino 2007, p. 29 ss.).

<sup>23</sup> Il Considerando 15 della direttiva chiarisce esplicitamente che non occorre alcuna indicazione specifica; negli Stati Uniti d'America, la *Federal Rule of Civil Procedure* 26(b)(1) ammette che l'esibizione possa disporsi anche ai fini della stessa individuazione dei fatti costitutivi del diritto, sebbene la tendenza sia stata recentemente in parte invertita; cfr., per ampi riferimenti anche ai celebri casi *Twombly* e *Iqbal*, decisi dalla Corte Suprema, A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e quello italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 440 s.

conoscenza di circostanze, destinati ad incidere sulla gestione della fase istruttoria del processo civile non necessariamente in modo distonico<sup>24</sup> rispetto al *modus* tradizionale, a condizione che si risolvano nella valorizzazione del canone della lealtà processuale<sup>25</sup>.

Maggiori perplessità suscita la previsione (art. 5, paragrafo 7) secondo cui il terzo destinatario dell'ordine di divulgazione dovrebbe essere messo in condizione di esercitare il proprio diritto al contraddittorio prima dell'esecuzione dello stesso; è stato evidenziato che si profilerebbe un contrasto con la natura dell'istituto, la cui effettività dipende, «specie nei confronti dei privati, dalla possibilità di eseguire la misura a sorpresa»<sup>26</sup>.

Il legislatore europeo, all'art. 8, si profonde però sulla coercibilità dell'ordine del giudice, prevedendo l'obbligo, per i legislatori interni, non solo di approntare un meccanismo sanzionatorio nei confronti di parti e terzi (e loro rappresentanti legali) in caso di «a) mancato rispetto o rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale; b) distruzione di prove rilevanti; c) mancato rispetto o rifiuto di rispettare gli obblighi

---

<sup>24</sup> Basti considerare, a suffragio di tale considerazione, che già G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2a ed., Jovene, Napoli 1936, II, 1, p. 328 riteneva il dovere della buona fede nel processo comprendente «l'obbligo di non affermare consapevolmente cose contrarie al vero».

<sup>25</sup> Cfr., da ultimo, l'ampio saggio di A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Etica del processo e doveri delle parti* (Atti del XXIX Convegno Nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Genova 20, 21 settembre 2013), Bononia University Press, Bologna 2015, p. 145 ss.; cfr., anche, M. GRADI, *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in *Foro it.*, 2015, III, col. 198 ss. ed ivi per ulteriori riferimenti, in nota a Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 930, secondo il quale «il comportamento della parte, che promuove un giudizio di ottemperanza per un credito che era già stato saldato quanto al capitale e di cui era in corso il saldo quanto agli accessori, e che di tali circostanze non abbia reso edotto il giudice, integra una violazione del dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c. e giustifica la condanna della parte medesima ai sensi dell'art. 26, 2° comma, cod. proc. amm.»; secondo C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1298 s. si assiste oggi ad una «esigenza di ripresa di mordente del dovere di lealtà e probità» delle parti, proprio con riguardo al problema del rapporto fra processo e verità».

<sup>26</sup> In tal senso, cfr. A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in corso di pubblicazione negli studi in onore del Prof. Andrés de la Oliva Santos, p. 4 del dattiloscritto, che è stato consultato in anteprima per gentile concessione dell'Autore.

imposti dall'ordine di un giudice nazionale a tutela di informazioni riservate; o d) violazione dei limiti all'uso delle prove»; ma anche di garantire che il giudice possa, dal comportamento della parte (quindi non anche del terzo) «trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese».

Quest'ultimo pare proprio il profilo sul quale si giocherà il successo della misura, qualunque ne sia la veste che il legislatore nazionale vorrà adottare: è infatti agevole prevedere che l'equilibrio tra un futuribile *duty of disclosure* e le esigenze di riservatezza<sup>27</sup> potrà conseguirsi soltanto predispinando efficaci e proporzionali strumenti sanzionatori<sup>28</sup>.

La direttiva ha però già prodotto un primo effetto concreto, costituito da una decisione della prima sezione civile della Corte di cassazione<sup>29</sup>, che espressamente la menziona e manifesta un atteggiamento di grande apertura nei confronti dei principi dell'*antitrust* europeo: mettendo da parte la concezione più rigorosa del principio dispositivo<sup>30</sup>, ha sancito che, fermo restando l'onere dell'attore di indicare «in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale», il giudice, soprattutto nei giudizi c.d. *follow-on*, «è tenuto a valorizzare gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già

<sup>27</sup> Sul difficile equilibrio tra tutela della concorrenza, trattamento dei dati personali e diritto di riservatezza, si segnala la Comunicazione effettuata dal Garante europeo per la protezione dei dati personali (EDPS) del 3 febbraio 2015 (<http://bit.ly/1iq6q8Q>).

<sup>28</sup> Si tratta di aspetti densi di questioni e sui quali non è possibile, in questa sede, approfondire; per indicazioni, si rinvia, esemplificativamente, a M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1117 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in AA.VV., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, suppl. al n. 4, p. 101 ss.

<sup>29</sup> Si tratta di Cass. 4 giugno 2015, n. 11564, cit.

<sup>30</sup> Per una ricostruzione del principio dispositivo improntata ad una certa modularità, cfr. M. TARUFFO, A. CARRATTA, *Dei poteri del giudice. Commento sub artt. 112-115*, Zanichelli, Bologna 2011, p. 462 ss.; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Laterza, Bari 2009, p. 123; nel senso che la concezione monolitica del principio dispositivo potrebbe costituire un ostacolo all'evoluzione del sistema probatorio che deve tendere all'accertamento della verità, cfr. S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, *Quad. Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 75 ss.

prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata».

C'è da augurarsi che, per l'epoca in cui la Corte d'appello di Roma, in funzione di giudice del rinvio, sarà chiamata a decidere la controversia, il legislatore nazionale sarà stato in grado di recepire la direttiva approntando adeguati accorgimenti tecnici.

### *3.2 L'accesso alla prova e il 'dialogo' tra Agcm e giudice civile*

Nel caso in cui la condotta asseritamente illecita sia sottoposta ad indagine da parte dell'Agcm e non sia possibile acquisire altrimenti conoscenza di determinate prove (quelle indicate espressamente nell'art. 6), il giudice civile, su istanza di parte, dovrà poter ordinarne all'Autorità la «divulgazione» solo all'esito della chiusura del procedimento, ferme restando alcune limitazioni per quanto riguarda l'accesso alle informazioni legate a programmi di clemenza e a proposte di transazione (art. 6, paragrafi 6 e 7, in comb. disp. con l'art. 2, punti 16 e 18); diversamente, il giudice dovrà poter ordinare in qualunque momento la diffusione dei documenti e delle prove non indicate nell'art. 6, anche a prescindere, cioè, dalla conclusione del procedimento amministrativo.

Suscita perplessità quanto stabilito all'art. 7, paragrafo 3, in cui si afferma che le prove (che non rientrano nella previsione dei precedenti paragrafi 1 e 2) ottenute a seguito dell'accesso al fascicolo di un'autorità garante possano essere utilizzate solo da chi ha effettuato l'accesso o dal suo successore; in effetti, anche senza scomodare il basilare diritto, a fondamento e contenuto processuale, ad avvalersi di cose e documenti a fini probatori, indipendentemente da chi ne sia in possesso, parrebbe profilarsi un contrasto con il potere (art. 5) del giudice di ordinarne a terzi l'esibizione.

In sede di recepimento, occorrerà tener conto, per gli opportuni coordinamenti, della disciplina sul diritto di accesso agli atti del procedimento, considerata speciale rispetto a quella di cui agli artt. 22, 23 e 24 l. 7 agosto 1990, n. 241 e contenuta nell'art. 13 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr., da ultimo, l'art. 11 della delibera dell'Agcm del 1° aprile 2015, n. 25411.

La previsione della possibilità, per l'Agcm, di fornire un parere sulla proporzionalità delle «richieste di divulgazione» e di presentare osservazioni al giudice che emetta un «ordine di divulgazione» lasciano intendere, per un verso, che all'Autorità vada concesso un termine per resistere all'ordine del giudice e, se del caso, chiederne la revoca o la modifica; per l'altro, che difficilmente possa assumere la funzione di *amicus curiae*<sup>32</sup>.

Tra le righe delle norme, traspare l'intenzione del legislatore europeo di garantire e valorizzare, nei confronti del giudice civile, l'autonomia e quindi la discrezionalità dell'Autorità nell'esercizio delle sue prerogative, oltre che tutelare la riservatezza dei soggetti sottoposti al suo potere di controllo e sanzione, a scapito, forse, del ruolo di portatrice di interessi diffusi alla correttezza dei rapporti concorrenziali che, considerato l'impianto della direttiva, pure avrebbe potuto esserle riconosciuto<sup>33</sup>; cionondimeno, non sembra possa considerarsi intaccato il ruolo di supporto e assistenza delle giurisdizioni nazionali che l'art. 15, paragrafo 3, Reg. Ce n. 1/2003 riconosce alle Autorità garanti per la concorrenza (oltre che alla Commissione) ai fini della corretta applicazione degli art. 81 (ora 101) e 82 (ora 102) del Trattato.

#### 4. *Strumenti di effettività della tutela nelle azioni follow-on: la decisione dell'Agcm come 'vincolo' per il giudice civile*

L'art. 9, al paragrafo 1, dispone che le decisioni rese dall'Autorità garante nazionale o dal giudice del ricorso – cioè dal giudice amministrativo – dovranno essere considerate vincolanti per il giudice civile, nella misura in cui consentono di accertare definitivamente nel giudizio 'a valle', cioè quello risarcitorio, la violazione del diritto della concorrenza.

<sup>32</sup> Così, condivisibilmente, R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*, cit., p. 788.

<sup>33</sup> Pur nella consapevolezza che la figura dell'*amicus curiae*, propria degli ordinamenti di *common law*, riscuote maggior successo dinanzi alle corti statunitensi, rispetto a quelle inglesi, essa non può certo dirsi estranea alla tradizione giuridica europea (cfr. E. BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione europea e corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2003, p. 181 ss.; per approfondimenti, cfr. E. SILVESTRI, *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 679 ss.).

Nessun limite, per il giudice civile, sembrerebbe sussistere nel caso in cui la decisione dell'Autorità (o del giudice amministrativo) sia di segno opposto, e cioè ritenga insussistente la violazione denunciata, il che, oltre a configurare un singolare caso di vincolo *secundum eventum*, segna una significativa differenza con quanto disposto dall'art. 16, paragrafo 1, Reg. Ce n. 1/2003 con riferimento al divieto di adottare decisioni in contrasto con quella, qualunque ne sia il segno, adottata dalla Commissione.

La formula scelta dal legislatore europeo impone di ritenere, inoltre, che l'accertamento della violazione, per vincolare il giudice civile, debba essere stato reso in via definitiva, vale a dire che la decisione dell'Autorità non deve essere più impugnabile ovvero che devono essere esauriti i rimedi impugnatori ordinari contro quella del giudice amministrativo.

Manca la previsione del dovere del giudice di evitare di porsi in contrasto con prevedibili decisioni dell'Autorità in procedimenti da quest'ultima avviati, ma non ancora conclusi; la direttiva, infatti, nulla dispone in ordine ad un'eventuale sospensione necessaria del processo civile, che dunque parrebbe doversi escludere (con l'unica ricordata eccezione della sospensione facoltativa del processo in cui sia esercitata un'azione classe *ex* art. 140 *bis*, 6° comma, cod. consumo).

Il cuore del problema consiste nel tentare di valorizzare la previsione dell'art. 9, paragrafo 1, della direttiva, al fine di garantire un concreto vantaggio per il consumatore che affermi una pretesa risarcitoria nel processo 'a valle', servendosi del provvedimento dell'Agcm per ritenere allegato e dimostrato in modo incontrovertibile un 'pezzetto' della fattispecie costitutiva del suo diritto; occorre però tener conto dell'attuale assetto dell'ordinamento interno, evitando stravolgimenti.

In Italia, il giudice civile è soggetto soltanto alla legge (e al precedente delle sezioni unite della Corte di cassazione, nei limiti dell'art. 374, 3° comma, c.p.c. nonché, in materia di concorrenza, alle decisioni, di qualunque segno esse siano, della Commissione europea ai sensi del Reg. Ce n. 1/2003); conosce *incidenter tantum* le questioni pregiudiziali che si presentano nel corso del processo e, ai sensi degli artt. 4 e 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, ha il potere di disapplicare l'atto amministrativo ritenuto illegittimo; ai sensi dell'art. 8 c.p.a. «il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale. Restano



riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso»; ai sensi dell'art. 2 c.p.p., «il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito. La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo»; ai sensi dell'art. 75 c.p.p., è ammessa l'autonoma prosecuzione del giudizio civile per il risarcimento del danno e le restituzioni in pendenza di un processo penale «influyente»; ai sensi dell'art. 7 d.leg. 31 dicembre 1992 n. 546, le commissioni tributarie hanno il potere di non applicare un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, ritenuto illegittimo; ai sensi dell'art. 39 d.leg. n. 546/1992, nel prevedere la sospensione del processo tributario soltanto in caso di querela di falso e di questione di stato e capacità delle persone, si riconosce che le altre questioni pregiudiziali civili debbano essere conosciute *incidenter tantum*; ai sensi dell'art. 63 d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, nell'ambito del pubblico impiego il giudice del lavoro, qualora vengano in questione atti amministrativi presupposti rilevanti ai fini della decisione, li disapplica, se illegittimi; ai sensi dell'art. 5 l. 31 maggio 1995 n. 218, «il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta»; ai sensi dell'art. 819 c.p.c., «gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge».

La sospensione necessaria del processo, *ex art. 295 c.p.c.*, è tendenzialmente esclusa nei casi di mera contemporanea pendenza di processi aventi ad oggetto situazioni giuridiche in relazione di pregiudizialità e prevale la tendenza a restringerne l'ambito di applicazione ai (soli) casi di c.d. pregiudizialità interna, in cui il giudice, allorché la questione pregiudiziale si sia trasformata in causa, si trovi nella temporanea impossibilità di giudicare, sia pure *incidenter tantum*, non potendo provvedere all'attuazione del *simultaneus processus*<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*,

Quella pendente davanti all'Agcm (o al giudice amministrativo) sarebbe dunque una questione che il giudice potrebbe conoscere *incidenter tantum*; il provvedimento amministrativo, se non condiviso perché ritenuto illegittimo, dovrebbe poter essere disapplicato; la contemporanea pendenza col giudizio amministrativo non dovrebbe determinare l'applicazione dell'art. 295 c.p.c.; resterebbe precluso al giudice civile il potere di disapplicare l'atto qualora la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio tra le stesse parti e con autorità di giudicato<sup>35</sup>, il che non costituisce però l'ipotesi tipica delle controversie *follow-on*, giacché il processo amministrativo e quello civile non si svolgono tra le stesse parti (impresa e Autorità, davanti al giudice amministrativo; consumatore e impresa, davanti a quello civile); quello del giudice amministrativo che conferma la decisione (e la sanzione) a carico dell'impresa sarebbe comunque un giudicato di rigetto, che, in linea di massima, non preclude all'impresa di far valere davanti al giudice ordinario – se del caso proprio in occasione

---

1984, p. 292, il quale limita la sospensione necessaria alla ipotesi in cui l'impossibilità di trattazione congiunta della domanda principale e di quella di accertamento incidentale dipenda da ragioni di competenza inderogabile, di giurisdizione o di diversità di rito; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Cacucci, Bari 1987, p. 483 ss., spec. p. 501 ss.; ID., *La Cassazione e la sospensione ex art. 295 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2000, I, col. 1968 ss.; nonché S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile. Processo civile di cognizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1990, XLIII, pp. 18 e 36, secondo cui la sospensione opera laddove sia la legge ad imporre l'accertamento con efficacia di giudicato, mentre la domanda di accertamento incidentale non sarebbe invece di per sé sufficiente a determinare la trasformazione della questione in causa pregiudiziale, sempre allorché non sia possibile realizzare la trattazione simultanea.

<sup>35</sup> Cfr., in tal senso, la recente decisione resa da Cass. 2 aprile 2015, n. 6788, in *Foro it.*, Mass. 2015, col. 231; ma v., anche, Cass. 4 luglio 2014, n. 15393, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Cosa giudicata civile*, n. 18, secondo cui «il giudicato amministrativo, anche se si forma sull'atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall'art. 2909 c.c.»; per riferimenti all'istituto della disapplicazione si rinvia, esemplificativamente, a R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, in *Treccani – Diritto on line*, 2013, § 3 e ss.

dei giudizi *follow-on* – i vizi del provvedimento dell’Autorità che possano comportarne nullità o inesistenza<sup>36</sup>.

Se la finalità è quella di valorizzare il principio affermato dalla direttiva, occorre chiedersi come trasferirlo, nell’ordinamento interno e se possa fornire qualche utilità scomodare le categorie concettuali del giudicato sulla questione di diritto, relativa alla violazione delle norme *antitrust*, ovvero far riferimento all’accertamento sul fatto denunciato, ovvero ancora tentare una diversa strada.

Nel primo caso potrebbe immaginarsi la configurabilità di un accertamento – quello compiuto in sede amministrativa, se del caso confermato dal giudice amministrativo – limitato al binomio «norma-fatto» della triade «norma-fatto-effetto», mentre al giudice civile non resterebbe che decidere sulla produzione dell’«effetto» come richiesto con la domanda giudiziale, e quindi sull’esistenza della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno; l’accertamento compiuto in sede amministrativa riguarderebbe dunque la sola «fattispecie preliminare»<sup>37</sup>.

Residuerrebbe il non marginale problema della natura del vincolo, vale a dire il dubbio se alla decisione resa dall’Agcm sulla fattispecie preliminare possa riconoscersi – operando un’evidente forzatura – una qualche attitudine al «giudicato»<sup>38</sup> in grado di propagare i propri effetti *sub specie* di limitazione del potere di accertamento da parte del giudice civile.

<sup>36</sup> Cfr., infatti, Cass., sez. un., 17 febbraio 2014, n. 3661, in *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 769 ss., secondo cui «la sentenza con cui il giudice amministrativo abbia rigettato il ricorso promosso dal proprietario del terreno espropriando per ottenere l’annullamento della dichiarazione di pubblica utilità non preclude allo stesso di far valere davanti al giudice ordinario i vizi che comportano la radicale nullità di tale atto al fine di ottenere il risarcimento del danno e la restituzione del terreno occupato senza potere dalla p.a.; il giudicato amministrativo di rigetto accerta, infatti, solo la mancanza del diritto del privato a conseguire l’annullamento dell’atto impugnato e dei relativi fatti costitutivi ma non anche l’inesistenza giuridica del medesimo atto derivante dall’essere stato adottato in carenza di potere, salvo il caso in cui il giudice si sia pronunciato anche su tale questione pur difettando, eventualmente, di giurisdizione».

<sup>37</sup> Intesa, come suggerito da D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell’accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Giappichelli, Torino 2008, p. 292 ss., alla stregua di un accertamento della coppia *norma-fatto*, idoneo a porre «la regola (o regole) di qualificazione dei comportamenti delle parti secondo l’ordinamento».

<sup>38</sup> Sui complessi problemi connessi alla configurabilità del giudicato su questioni di diritto, si rinvia allo studio di D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., *passim*.

Quand'anche si volesse prescindere dall'adattamento alle categorie concettuali proprie della tutela giurisdizionale dei diritti e si volesse immaginare la configurabilità, da parte del legislatore europeo, di un altro e non censito genere di vincolo per il giudice, occorrerebbe comunque fronteggiare:

– il problema della pretermissione delle garanzie del giusto processo con riferimento all'accertamento di quella porzione di fattispecie sulla quale è intervenuta la decisione dell'Autorità;

– il problema del pregiudizio patito dai titolari di posizioni a vario titolo definibili dipendenti: sarebbe il caso di quanti siano rimasti estranei all'intesa ma abbiano comunque allineato i loro prezzi (c.d. *umbrella pricing*), e siano poi chiamati a risponderne<sup>39</sup>; questi ultimi, infatti, non sono coinvolti nel procedimento per l'accertamento dell'infrazione, sicché non sembra possano essere vincolati in sede civile dal provvedimento dell'Agcm, se non sacrificando garanzie processuali fondamentali<sup>40</sup>.

Peraltro, occorrerebbe fare i conti con il generale potere di disapplicazione incidentale del provvedimento amministrativo, la cui eventuale limitazione rappresenterebbe una profonda crepa nell'assetto dei rapporti tra poteri dello Stato e sarebbe suscettibile di illegittimità costituzionale, alla luce del banale principio dell'art. 3 Cost.

Diversamente, sembra dover escludersi la possibilità di assimilare il provvedimento amministrativo ad una prova legale, giacché il disposto dell'art. 9, paragrafo 1, della direttiva non sembra riferirsi ai fatti, ma alla qualificazione giuridica degli stessi compiuta dall'Autorità<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Nel senso che che la vittima dell'*umbrella pricing* vada risarcita dai partecipanti al cartello, ma senza escludere che questi possano poi rivalersi su chi l'abbia concretamente praticato (v. la C. GIUST. UE, 5 giugno 2014, causa C-577/12, *Kone AG e altri c. ÖBB Infrastruktur AG*, in *Foro it.*, 2014, IV, col. 342 ss., con commento di R. PARDOLESI, *Il nuovo corso del «private enforcement» del diritto della concorrenza: sovrapprezzo praticato da impresa estranea al cartello e risarcimento del danno*); l'affermazione secondo cui le imprese colludenti rispondono del comportamento pur autonomo dell'impresa terza, avendone in un certo senso indotto la determinazione attraverso la distorsione dei dati – *rectius*, di uno dei dati, segnatamente il prezzo – che convergono a fondarne l'assunzione, è chiaro indice dell'attitudine espansiva degli effetti dell'illecito *antitrust* e dell'ampliamento dei soggetti legittimati a domandare giustizia.

<sup>40</sup> In tal senso, cfr. anche A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, cit., p. 2.

<sup>41</sup> Nel senso, invece, che l'art. 9, paragrafo 1, non possa che riferirsi ai fatti, v. A. GIUS-

Ad ulteriore riprova, si consideri che, al successivo paragrafo 2, il legislatore europeo menziona espressamente il fatto come oggetto dell'accertamento e, coerentemente, impone ai legislatori interni di conferire al provvedimento dell'autorità di altro paese membro l'efficacia di una prova (*prima facie*).

#### 4.1 *Un'ipotesi di compatibilità sistematica: il provvedimento dell'Agcm come fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno*

L'esigenza di recepire il principio per cui il provvedimento dell'Agcm debba vincolare il giudice civile non può non essere armonizzata con la garanzia dell'azione e del contraddittorio e con la regola della subordinazione del giudice soltanto alla legge; si tratta di principi fondamentali idonei a prevalere, in caso di contrasto fra valori costituzionali, finanche sul diritto internazionale consuetudinario (come ha dimostrato la recente decisione resa da Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238<sup>42</sup>), il che lascia ipotizzare che un poco accorto trapianto dell'art. 9, paragrafo 1 della direttiva nell'ordinamento interno potrebbe condurre a fenomeni di 'rigetto', giustificati dalla teoria dei c.d. contro-limiti.

Al contempo, non è possibile prescindere dall'obbligo di fedele recepimento; la *voluntas* del legislatore europeo sembra imporre che la decisione dell'autorità garante nazionale sia dotata di una forza superiore rispetto a quella di un qualunque atto o provvedimento amministrativo (soggetto all'istituto generale della disapplicazione).

Il contemperamento di questi valori potrebbe forse conseguirsi ricostruendo la fattispecie acquisitiva del diritto al risarcimento del danno da condotta *antitrust* e concependo la decisione con cui l'Agcm reputi «definitivamente accertata la violazione del diritto della concorrenza» alla stregua di un semplice fatto, in quanto tale costitutivo del diritto al risarcimento del danno azionato nei processi *follow-on*.

---

SANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, cit., p. 2, anche M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, p. 313 ss.

<sup>42</sup> In *Foro it.*, 2015, I, col. 1166 ss., con nota di A. PALMIERI e commento di A. SANDULLI, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*.

Non si tratterebbe di una novità, giacché, spostando l'attenzione sulle controversie vertenti sul contenuto di una situazione giuridica, in cui però è pacifico il criterio di imputazione, nel caso di provvedimenti costitutivi, la sentenza (*mutatis mutandis*, potrebbe valere analogo discorso per il provvedimento amministrativo) è un elemento della fattispecie acquisitiva (o estintiva) della situazione giuridica ed è appunto tale fattispecie (come un qualunque altro fatto di qualunque natura) a manifestare i suoi effetti nei confronti dei terzi<sup>43</sup>; vale a dire, *mutatis mutandis*, che è il provvedimento con cui l'Agcm accerta l'illegittimità della condotta e sanziona l'impresa ad essere un fatto, che col suo modo di essere e per il sol fatto di venir ad esistenza, contribuisce a comporre la fattispecie acquisitiva del diritto del consumatore danneggiato.

La prospettiva sostanziale, alla luce della quale parrebbe chiaro il rapporto di pregiudizialità/dipendenza fra situazioni giuridiche (quella oppositiva vantata dall'impresa nei confronti della Agcm che ne intende sanzionare l'operato e quella di diritto soggettivo del singolo consumatore che pretende di essere risarcito per gli effetti dannosi subiti dall'illegittimità dell'operato dell'impresa, là dove la prima è un elemento della fattispecie costitutiva della seconda) consentirebbe di giustificare la prevista inesistenza del 'vincolo' nel caso in cui la decisione sia di segno contrario: se l'Agcm non ravvisasse gli estremi della violazione del diritto della concorrenza, non vi sarebbe alcun fatto costitutivo, fermi restando l'onere (*id est*, la possibilità), per il danneggiato che intenda proporre la domanda risarcitoria, di allegare altri fatti costitutivi del suo diritto, vale a dire quelli relativi alla configurabilità dell'intesa idonea a violare la legge, e il dovere del giudice di pronunciarsi sulla loro sussistenza.

Ulteriore vantaggio conseguibile perseguendo questa impostazione consisterebbe nell'aggiramento dei problemi collegati al potere di disapplicazione da parte del giudice civile.

Il provvedimento amministrativo, dunque, in quanto fatto costitutivo del diritto, dovrebbe essere conosciuto dal giudice a seguito di apposita allegazione da parte del presunto danneggiato, che così potrebbe giovare di una considerevole facilitazione in ordine alla dimostrazione del suo diritto;

---

<sup>43</sup> Cfr. G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Jovene, Napoli 1979, p. 501 ss., spec. p. 511 ss.

l'impresa, dal canto suo, potrebbe pur sempre difendersi, davanti al giudice civile, nella pienezza del contraddittorio, allegando tutti i fatti estintivi, modificativi e impeditivi, rispetto ai quali non potrebbe dirsi maturata alcuna preclusione.

Nel caso in cui, instaurato un giudizio *stand-alone*, la sentenza rigetti la domanda del consumatore e successivamente intervenga il provvedimento dell'Agcm, le *chances* di tutela non potrebbero (né dovrebbero) dirsi precluse.

Infatti, il sopravvenire di un nuovo e non deducibile fatto costitutivo del diritto dovrebbe dirsi in grado di legittimare la proposizione di una nuova e non preclusa azione risarcitoria, fondata cioè su fatti parzialmente diversi rispetto a quelli sui quali ha deciso il giudice e si è formato l'eventuale giudicato di rigetto.

Inoltre, in sede di recepimento, il nostro legislatore potrebbe mutuare il modello del § 580, n. 8, *ZPO*, aggiunto nel 2006 al fine di conformarsi a quanto stabilito dall'art. 46 Cedu e prevedere un nuovo motivo di revocazione della sentenza, da far valere nel caso di successivo provvedimento dell'Agcm che accerti la illiceità della condotta posta in essere dall'impresa vittoriosa e la sua contrarietà al diritto della concorrenza.





Maria Cecilia Paglietti

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

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

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

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

Il primo tema, il quale sottende la transizione racchiusa nella formula *from market construction to market regulation*, implica che l'attuale intento politico non sia più il puro ravvicinamento dei diritti nazionali, ma la convergenza verso obiettivi comuni, quali evitare la frammentazione dei mercati, il protezionismo, il *forum shopping*, la sovraregolazione, mirando alla creazione di un *level playing field*, nel segno della semplificazione e a garanzia della concorrenza e dell'effettività del diritto<sup>1</sup>.

---

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

Il secondo tema allude all'attuale tendenza alla proliferazione di sottocategorie di consumatori in virtù di tendenze innovative (alcuni individuano *new generation consumers rights*<sup>2</sup>), soggette a spinte centrifughe, le quali trovano la loro base teorica nel rifiuto di ricorrere ad aggregazioni comprendenti soggetti che in realtà configurano gruppi eterogenei<sup>3</sup>.

Le due tematiche, unitariamente considerate, pongono dunque la questione di recuperare un sufficiente grado di uniformità nel momento della produzione del diritto ma soprattutto in quello dell'applicazione giuridica delle norme di settore, frutto della innovazione quantitativa e qualitativa<sup>4</sup> dell'ordinamento, realizzata attraverso una legislazione speciale e tendente verso il particolarismo delle discipline, tra loro prive di un rigido ordine di precedenza nell'applicazione delle relative disposizioni<sup>5</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

In particolare il tema del raccordo nell'applicazione di norme congeneri (e dunque dell'individuazione di criteri sistematizzanti nell'attuale 'disordine normativo'<sup>6</sup>) deve a sua volta tenere in debita considerazione l'esigenza di effettività della tutela, locuzione riassuntiva di un indirizzo di politica del diritto costituente il perno concettuale delle scelte tanto del legislatore quanto del giudice, la quale implica l'elevazione del piano della tutela a momento centrale della garanzia dei diritti riconducibili al paradigma del consumatore, e si riferisce all'insieme delle garanzie che un sistema di tutela dei diritti dovrebbe assicurare: una completa, adeguata ed efficace tutela<sup>7</sup>.

Il tema dell'armonizzazione massima non costituisce una mera opzione di carattere tecnico-compilativo, ma una scelta normativa<sup>8</sup> e interpretativo-giurisprudenziale ('*Europeanised interpretation*')<sup>9</sup>; soprattutto, e a mon-

---

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

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

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

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

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

te, essa costituisce una netta opzione di politica del diritto, che implica lo spostamento del *focus* dalle istanze sociali a quelle del mercato<sup>10</sup> (segnando la transizione «*d'une logique civiliste à une logique de régulation*»<sup>11</sup>).

Posto, cioè, che gl'intenti edificatori europei si sono saldati sin dalle prime battute con la matrice concorrenziale, d'indole marcatamente economica, che concepiva la tutela del consumatore come strumentale alla strutturazione del mercato interno<sup>12</sup>, va tuttavia rilevato che, volendo individuare degli snodi fondamentali all'interno della riflessione sul diritto dei consumatori, le prime fasi si sono caratterizzate per la focalizzazione dell'attenzione istituzionale sui concetti di asimmetria e residualità, i cui corollari, sul piano sistematico, assumevano il livello di tutela più elevato possibile per il consumatore a criterio guida delle opzioni ricostruttive.

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

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

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

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

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

non uniforme negli ordinamenti nazionali<sup>13</sup>, impedisce il buon funzionamento del mercato interno<sup>14</sup>.

Riunendo in sé il nucleo gravitazionale di una serie di profondi mutamenti di prospettiva del diritto dei contratti europeo, la scelta dell'approccio orizzontale presenta, in primo luogo, una valenza ideologica e politica, essendo essa volta ad evitare il 'paradosso europeo' di un territorio unificato nella moneta ma che persiste nella frammentarietà delle regole; mentre, sul piano pratico, consentirebbe alle imprese di ridurre i costi di transazione, e ai consumatori di godere di una maggiore certezza del diritto<sup>15</sup>.

L'opzione dell'approccio trasversale è evidentemente gravida non solo di implicazioni concettuali ma anche tecnico-pratiche. Le istanze di armonizzazione massima calate nello specifico del raccordo tra discipline di settore (soprattutto nel caso di fattispecie suscettibili di due opposte soluzioni<sup>16</sup>), implicano l'assunzione di un angolo prospettico differente da quello tradizionale, tanto sul piano dei valori quanto su quello ermeneutico.

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

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

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

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

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

<sup>16</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999, p. 67 ss.

la frammentazione e la complessità della normazione. Che l'operatore del diritto sia tenuto, oggi, ad un'applicazione 'semplificante' delle norme si ricollega, del resto, ad un espresso divieto normativo, quello di *gold-plating* -ossia di una sovraregolazione inutilmente complessa - divenuto ora un criterio cui improntare le vicende ricostruttive sia europee che interne<sup>17</sup>.

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

Si aggiunga che in base all'obbligo d'interpretazione conforme, l'operatore deve orientare l'interpretazione nella selezione dei rimedi al diritto europeo (e dunque tenendo nella dovuta considerazione le indicazioni della dir. 2011/83 e le istanze dell'armonizzazione massima<sup>18</sup>).

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

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

---

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

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

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

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

## 2. *Criteri di raccordo tra sistemi normativi*

L'obbligo interpretativo conforme alle interpretazioni semplificanti<sup>20</sup> necessita di essere debitamente ricordato con la frantumazione del sistema giuridico in una pluralità di microsistemi settoriali (particolarismo giuridico)<sup>21</sup>.

Come noto, i profondi mutamenti degli scenari politico-economici e sociali hanno determinato l'emersione di interessi particolari e l'accoglimento delle premesse culturali e politiche che hanno minato il concetto di un unico, uniforme ed astratto soggetto di diritto<sup>22</sup> (quale quello accolto nelle tradizioni codicistiche ottocentesche) in luogo della proliferazione di leggi speciali che, superando la logica della generalità e dell'indifferenziato, hanno configurato *statuti di gruppi*<sup>23</sup> regolati da comuni principi di disciplina e sorretti da logiche di settore<sup>24</sup>.

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

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

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

<sup>23</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 40 (c.vo dell'A.); cfr. anche p. 67 ss.

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

Questa nuova prospettiva salda l'effettività della tutela con la necessità che essa sia differenziata e rafforzata, sull'assunto che il rispetto dell'uguaglianza sostanziale implichi il rifiuto di un approccio livellatore e parificatore<sup>25</sup>, nel segno del diritto alle differenze<sup>26</sup> (va specificato che la centralità culturale del *dilemma of difference*, inteso come interrogativo su come il diritto debba trattare le differenze per evitare il rischio che la neutralità divenga ingiustizia, è il portato di un movimento culturale globale e non specificamente ancorato alle problematiche dei sistemi a diritto codificato<sup>27</sup>).

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

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

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

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



Il nuovo impianto ideologico presenta una delle sue propaggini più significative sul piano metodologico laddove, tra gli strumenti di lavoro sulle nuove categorie, fa il suo ingresso la *behavioral law and economics*<sup>28</sup>, che implica la revisione del modello dell'*homo oeconomicus* quale soggetto operante nel mercato secondo logiche di perfetta razionalità assiomatica<sup>29</sup> (sul presupposto che tale condotta non sia riscontrabile nella realtà)<sup>30</sup>, in luogo di un più reale *homo cogitans* (o reale<sup>31</sup>, dotato di una razionalità limitata, tendente a scelte soddisfacenti ma influenzato da fattori psicologici che scontano *bias*, errori di valutazione, semplificazioni operative ed euristiche<sup>32</sup>) che postula non tanto l'(irrealistica) elaborazione di un rigido modello predittivo di compimento delle scelte, ma lo studio delle diverse modalità operative che sorreggono i processi decisionali<sup>33</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Una volta appurata la natura polimorfica ed intrinsecamente evolutiva del consumatore si è dunque manifestata anche l'irriducibilità dello stesso ad una definizione unitaria e monolitica (in grado, cioè, di accomunare identiche condizioni di debolezza e di bisogno)<sup>34</sup> unitamente alla necessità di un apprezzamento in concreto delle qualità ascrivibili alle fattispecie in esame<sup>35</sup>.

Pluralità delle tipologie di consumatore e preferenza per l'applicazione di criteri sostanziali – e non formali – decretano dunque l'abbandono di una prospettiva statica (la quale configgerebbe con la varietà degli àmbiti, *rectius*: mercati) nei processi interpretativi di selezione della disciplina consumeristica in luogo di una dinamica e plurale, accolta anche sul piano normativo<sup>36</sup> e giurisprudenziale<sup>37</sup>. La considerazione empirica (tenendo conto dell'eredità giuspositivistica culturale europea<sup>38</sup>) delle situazioni in cui versano le parti contrattuali, la graduazione della tutela in base alle loro caratteristiche personali, divengono dunque i criteri che orientano le scelte ricostruttive dell'interprete<sup>39</sup>.

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

Il tema si è dapprima concretizzato nella necessità di specificare il rapporto rispetto alla disciplina generale del contratto, se cioè esso si continui a mantenere nel solco della *lex specialis/lex generalis* (paradigmatica in questo senso la vicenda dottrinale del diritto commerciale<sup>41</sup>), ovvero se le

---

priv.», 2013, p. 305 ss.

<sup>34</sup> 18° considerando, Dir. 2005/29/CE.

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

<sup>36</sup> Dir. Mifid.

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

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

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

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

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

norme di settore siano dotate di un grado di specificità tale da costituire un sistema loro stesse, come tale armonico, completo e dotato di principi generali<sup>42</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

titudine di ognuna di introdurre una disciplina nuova conferente con le mutate esigenze<sup>44</sup>.

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

Nel caso di contraddittorietà tra norme, la teoria generale suggerisce che la soluzione avvenga sul piano ermeneutico, tramite la limitazione dell'ambito di una delle disposizioni coinvolte<sup>45</sup> e l'utilizzo del criterio della competenza<sup>46</sup>.

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

### 3. *L'assicurato come contraente debole*

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

---

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

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

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

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

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

Assunta l'inesistenza sul piano positivo dell'espressione assicurato consumatore (o consumatore assicurativo o «*consommateur (de produits) d'assurance*»)<sup>48</sup>, la questione risulta particolarmente cruciale dal momento che nel coacervo di norme che regola la materia si verificano fenomeni di cumulo tra disposizioni caratterizzate da un elevato tasso di difformità tra loro, tanto sul lato sostanziale (in particolare, sul profilo della trasparenza<sup>49</sup> e delle pratiche commerciali sleali<sup>50</sup>) che su quello processuale/regolatorio (con particolare riguardo ai fenomeni di riparto di competenze tra autorità).

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

---

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

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

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

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

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

Il tema dell'ampiezza della figura di consumatore, della sua sovrapponibilità ad altre figure di contraenti deboli<sup>52</sup>, e dunque della possibile estensione (e prevalenza) della disciplina consumeristica anche ad ambiti che non le sono propri rappresenta uno dei punti dolenti delle dottrine consumeristiche in materia di delimitazione soggettiva.

Sul piano della teoria generale, va preliminarmente specificato che al problema dell'emersione di microsistemi che rispondono a logiche particolari<sup>53</sup> non formalmente coordinati, la teorica del rimedio non offre strumenti di utile soluzione.

Benché, infatti, il diritto di matrice europea (e, ormai, anche quelli interni di recepimento) presenti un'indole spiccatamente rimediale, nel caso siano somministrati rimedi di differente natura (per ipotesi, da un codice demolitori, da un altro conformativi<sup>54</sup>) essi non sono posti tra loro in un rapporto gerarchicamente ordinato, essendo il diritto rimediale rimesso alla *discretionary* giudiziale, e prevedendo che dal legislatore venga offerto un *basket of remedies*, all'interno del quale il giudice possa scegliere quello più adatto al caso concreto<sup>55</sup>.

---

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

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

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

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

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

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

### 3.1 segue: *Le traiettorie politiche*

La ricostruzione tradizionale negava interferenze tra la figura dell'assicurato e quella del consumatore sul presupposto della differente *ratio* alla base delle due discipline (e la conseguente differente natura delle posizioni soggettive tutelate): tutela dell'interesse pubblico sotteso al contratto e protezione dal rischio d'insolvenza dell'assicuratore nella disciplina del contratto di assicurazione; regime protettivo in ragione dello squilibrio e dell'asimmetria di poteri tra le parti nel contratto di consumo<sup>56</sup>.

Sulla scorta di tale impostazione, condivisa anche dall'ordinamento europeo<sup>57</sup>, la protezione dell'assicurato si è inizialmente concentrata, dunque, in larga parte al di fuori della regolazione del contratto di assicurazione e in favore di quella dell'attività delle compagnie assicurative<sup>58</sup>: i Codici dedicati alle assicurazioni, dunque, non nascono volti a racchiudere la completa disciplina dei contratti assicurativi, ma per regolare prevalentemente

---

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

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

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

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

la vigilanza assicurativa e i controlli sulle imprese<sup>59</sup> (in Italia si è parlato, ripetutamente, di codice monco)<sup>60</sup>.

Nel caso di sovrapposizioni tra due regimi protettivi, e segnatamente con riferimento all'inserimento di clausole abusive nei contratti assicurazione (tema analogo a quello che si era posto in Italia negli ambienti finanziari relativamente alla differenziazione tra cliente della banca e consumatore)<sup>61</sup>, si negava la configurabilità di uno statuto generale del consumatore assicurato<sup>62</sup>.

La tendenza iniziale è stata di riconoscere al diritto dei consumatori una posizione recessiva rispetto a quello assicurativo, predicandosi la minor ampiezza della nozione di consumatore rispetto a quella di assicurato<sup>63</sup>, l'assicurato essendo qualunque controparte dell'impresa assicurativa, al contrario del consumatore che è solo una controparte qualificata del professionista<sup>64</sup>. La prevalenza del Codice delle assicurazioni su quello dei consumi (in Francia prevista normativamente dall'art. L. 112-2-1 *Code des assurances*)<sup>65</sup> si basava dunque sul presupposto che il 'consumatore d'assicu-

---

<sup>59</sup> Cfr. ancora A. CANDIAN *op. cit.*, p. 42.

<sup>60</sup> A. CANDIAN, *ult. op. loc. Cit.*

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

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

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

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

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



razione' fosse in primo luogo un assicurato e successivamente un consumatore, il quale beneficia residualmente di alcune disposizioni a lui riservate<sup>66</sup>.

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

Prima fra tutte la segnalazione dottrinale, sin dalle fasi iniziali del dibattito, che una dimensione consumeristica dell'assicurato fosse un fenomeno non solo oggettivamente verificabile ma anche normativamente recepito, come dimostrato in Italia dall'art. 123 del d.lgs. 175/1995<sup>67</sup> (attualmente trasfuso, con alcune modifiche, nell'art. 185 cod. ass. priv.) che, prevedendo, nell'ambito di un contratto di assicurazione vita, un obbligo di informazione dettagliato riservato solo alle persone fisiche, tradiva il peso dell'impostazione consumeristica, all'epoca ancora agli albori e confermava – unitamente all'art. 11 del d.lgs. 174/1995 – il trend verso l'erosione del principio volontaristico su cui si fondava la dottrina liberistica del contratto<sup>68</sup>.

Conferme francesi di tale impostazione venivano individuate, in materia di competenza territoriale, nella previsione del c.d. foro dell'assicurato<sup>69</sup>,

---

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

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

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

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

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

animata dai medesimi intenti protezionistici del modello di radicamento della controversia nel luogo del domicilio della parte debole<sup>70</sup> elaborato dalla giurisprudenza consumeristica<sup>71</sup> e ora accolto anche normativamente (art. L. 141-5 *Code de la Consommation*)<sup>72</sup>.

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

In primo luogo, la portata espansiva del diritto dei consumi. Il fenomeno, noto sin dalle prime riflessioni in materia<sup>73</sup>, allude alla tendenza del diritto dei consumatori ad espandersi al di fuori dei limiti che gli sono propri (si pensi alla propaggine processualistica delle forme di tutela, evolutasi a tal punto da configurare un diritto processuale dei consumatori<sup>74</sup>): da ultimo, la ricodificazione del diritto dei consumatori francese<sup>75</sup>, ha modificato non solo il *Code de la consommation* ma anche altri codici di settore (finanziario, del commercio, penale e delle assicurazioni, fenomeno talora indicato con l'espressione di «*sous-spécialisation des contrats spéciaux*»<sup>76</sup>).

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

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

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

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

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

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

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

Alla circostanza che il diritto dei consumatori non si esaurisca nel codice del consumo fa da corollario l'irruzione del diritto dei consumi in un elevato numero di discipline speciali<sup>77</sup>.

In secondo luogo e conseguentemente: l'incompletezza dei codici di settore. Costituisce un punto di pacifico accoglimento la rinuncia dei codici di settore all'ambizione all'autosufficienza e ad esaurire in sé la disciplina del settore che sono volti a regolare<sup>78</sup>.

In terzo luogo: il superamento del concetto che il Codice del consumo costituisca un «*code suiveur*»<sup>79</sup>, assurgendo a testo che racchiude il diritto generale dei consumi nel segno di un rapporto di circolarità rispetto agli altri codici di settore. La traiettoria delineata dal Codice di consumo segna dunque una transizione dalla specialità alla generalità, nel senso che la specialità tipica del Codice di settore, da caratteristica che conferisce natura eminentemente derogatoria alle norme che ad essa appartengono, si attegga, in virtù della sua confluenza in un codice, a sua volta a parte generale<sup>80</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

piuttosto uno strumento di razionalizzazione normativa<sup>81</sup> e un supporto di unificazione di norme<sup>82</sup>, pur in questo quadro di ridimensionata aulicità della forma codice, non va tuttavia esclusa la possibilità che i rapporti tra essi replichino quelli tra i codici generali classici e quelli speciali, considerando dunque il Codice del consumo quale *Bill of rights* dei diritti dei consumatori e le discipline dei sub-settori regolati una specificazione della stessa, se rivolte al consumatore<sup>83</sup>.

### 3.2 *Gli indici giurisprudenziali e normativi*

La rilevanza d'interessi consumeristici nell'ambito del contratto d'assicurazione emergeva parallelamente ad una serie omogenea di indici – giurisprudenziali, dottrinali e normativi – i quali ammettevano ipotesi in cui un contraente (quello debole) assommava in sé tanto la qualifica giuridica di assicurato che di consumatore<sup>84</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

In Francia, l'apertura di spazi di rilevanza del diritto dei consumatori in quello assicurativo riceve poi dignità normativa, dapprima limitatamente alla fornitura di servizi finanziari a distanza<sup>87</sup> e recentemente – ed in linea generalizzata – con l'introduzione, nel *Code des assurances*, di rimedi destinati a proteggere il consumatore che agisca in qualità di assicurato.

Al di fuori di isolate eccezioni<sup>88</sup>, il *Code des assurances*, infatti, non conteneva richiami al consumatore: anche nelle ipotesi di somministrazione di

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

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

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

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

un rimedio tipicamente consumeristico, quale il recesso di pentimento, esso non rispondeva a esigenze protettive della parte debole, essendo infatti accordato all'assicurato *tout court*<sup>89</sup>, ad entrambi i contraenti<sup>90</sup>, e all'assicuratore<sup>91</sup>.

La peculiarità delle norme ora introdotte è di essere riservate esclusivamente ai consumatori, riconoscendo il diritto di recesso dal contratto di assicurazione in ragione dell'asimmetria e dello squilibrio contrattuale (nelle ipotesi di una pluralità di contratti di assicurazione accessori a quello principale volti ad assicurare un medesimo rischio<sup>92</sup> e di contratti tacitamente rinnovabili<sup>93</sup>).

---

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

<sup>90</sup> Artt. L.113-12 e L-113-16.

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

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

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

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

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

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

La sempre più intensa interferenza dell'un *corpus* normativo con l'altro si è dunque tradotta nell'interrogativo se il diritto delle assicurazioni sia un diritto consumerista<sup>94</sup>, quesito da ultimo tornato d'attualità a séguito della recente *loi Hamon* (per i motivi appena illustrati), dell'*Insurance Consumer Act* del 2012 e del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74 (c.d. *Solvency*<sup>95</sup> II).

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

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

---

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

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

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

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

esclusivamente ai profili di solvibilità delle vigilate), già la formulazione del Codice delle assicurazioni private (art. 3)<sup>97</sup> racchiudeva l'accoglimento di profondi mutamenti di prospettiva, proponendo una visione integrata e unitaria delle finalità di stabilità e finalità di competitività in chiave di tutela dell'utente, e segnando l'accoglimento di un approccio dinamico (attributivo di rilevanza anche a elementi strutturali e patrimoniali) alla vigilanza del mercato assicurativo<sup>98</sup>.

Il consumatore passava dunque dall'essere beneficiario indiretto di una vigilanza rivolta esclusivamente alla verifica della sana e prudente gestione, a divenire destinatario diretto dell'attività di controllo volta alla realizzazione della trasparenza e correttezza<sup>99</sup>.

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

Considerato che la medesima traiettoria è rinvenibile nei mercati bancario e finanziario (tanto sul piano sostanziale che su quello della incisività dei poteri di vigilanza)<sup>100</sup>, non può più considerarsi attuale una ricostruzione in chiave di separata differenziazione tra le figure operanti nei rispettivi mercati di riferimento, dedicandosi al contrario le punte più avanzate della dottrina europea alla possibile individuazione dei tratti comuni ravvisabili in capo ai consumatori di servizi finanziari<sup>101</sup>.

---

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

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

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

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

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



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

Lungi dal poter discorrere di una *Euroinsurance policy*<sup>102</sup>, va tuttavia preso atto che il comparto assicurativo registra omogeneamente una consolidazione delle istanze consumeristiche al suo interno, le quali costituiscono l'elemento comune a tutti i settori finanziari in senso lato che potrebbe, *pro futuro*, rappresentare, nell'ambito del processo d'integrazione dei mercati di riferimento, la base di edificazione di una figura unitaria di consumatore europeo di prodotti finanziari<sup>103</sup>.

#### 4. *Il consumatore assicurato*

Anche sul piano dottrinale, la questione della sovrapponibilità tra assicurato e consumatore ha ricevuto una soluzione positiva<sup>104</sup>, sulla base della

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

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

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

parziale coincidenza di fondamento delle due discipline (tutela del contraente debole), cui seguiva la comunanza delle tecniche di tutela, quali ad esempio le norme sulla trasparenza<sup>105</sup> e quelle in materia di pratiche commerciali sleali.

Se, dunque, l'assicurato presenta le caratteristiche normative del consumatore, può beneficiare di entrambe le previsioni protezionistiche<sup>106</sup>, in particolare della protezione dalle clausole abusive<sup>107</sup>.

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

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

Il problema del raccordo veniva cioè essenzialmente governato dal richiamo all'art. 35 cod. cons. (unitamente all'art. 1469 *bis* cod. civ.), norma speciale che privilegia unidirezionalmente le interpretazioni in senso preferenziale per il consumatore. In particolare, la regola incorporata nell'art. 35, comma 2, cod. cons. svincola il risultato interpretativo dalla ricerca della comune intenzione (alla stregua del canone classico dell'art. 1370 cod. civ.) e lo ricollega invece all'effetto in funzione di una tutela privilegiata del soggetto riconosciuto più debole nel rapporto<sup>108</sup>.

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

---

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

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

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

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

pio, risparmiatore-consumatore; assicurato-consumatore ecc.) ben potendo esse coesistere all'interno dello stesso rapporto contrattuale diverse discipline (v. artt. 127, comma 1, e 135, comma 1, cod. cons.), si ritiene, laddove le disposizioni concorrano in via alternativa o siano confliggenti, che debba prevalere la disposizione per la quale il beneficiario espliciti la preferenza, ovvero che sia il giudice a decidere quale disposizione sia più favorevole per il soggetto debole<sup>109</sup>.

Il criterio, improntato alla preminenza dell'interesse del consumatore, espresso o presunto, rimette tuttavia ampio spazio nella selezione della disciplina applicabile alla discrezionalità di una parte (il consumatore) o del giudice, sacrificando alle ragioni dell'interesse del consumatore quelle della certezza del diritto<sup>110</sup>. Nell'un caso, infatti, la decisione è affidata al giudizio insindacabile del consumatore (salvo poi la prova della consapevolezza con cui la scelta è stata effettuata), nell'altro ad una valutazione del giudice al quale viene riconosciuto il potere di riempire di significato la pluralità di contenuti che può assumere la debolezza della controparte del professionista.

Nella stessa linea interpretativa si collocano le soluzioni che, seguendo altra via, risolvono le sovrapposizioni ricorrendo al criterio tipologico, nel senso della cumulabilità elettiva degli strumenti offerti dal diritto comune e dal codice di settore<sup>111</sup>, di talché il soggetto debole possa, di volta in volta, decidere se mantenere la propria veste di consumatore o agire ai sensi della disciplina generale<sup>112</sup>.

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

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

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

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

L'adozione di un criterio ricostruttivo unilateralmente incentrato sul valore della tutela consumeristica (che ha dato origine, sul piano europeo e giudiziale, alla c.d. *positive action doctrine*<sup>113</sup>) incontra ora il duplice limite delle linee ricostruttive favorevoli all'uniformità (nei termini che si sono sopra illustrati) e della valutazione in termini negativi di alcune derive interpretative eccessivamente filo-consumeristiche (si pensi ad alcune decisioni, incidenti tanto sul piano processuale che sostanziale, che hanno statuito per il giudice l'obbligo d'indagine suppletiva ufficiosa oltre il principio dispositivo sostanziale – cioè *ultra alligata* –, nel caso la difesa tecnica del consumatore sia lacunosa<sup>114</sup>; o sono giunte a considerare irrilevante la forza maggiore quale causa di esclusione della responsabilità per l'inadempimento del debitore, facendo cadere uno dei limiti più significativi del diritto contrattuale, ossia il limite esterno della colpa contrattuale<sup>115</sup>), che indurrebbero a rendere il criterio dell'applicazione estensiva dell'interpretazione più favorevole al consumatore opportunamente oggetto di revisione critica o, al più, di contenimento.

Se, dunque, il valore comune al cui perseguimento la normativa europea ed interna è attualmente funzionale è da individuarsi nell'effettività e nell'armonizzazione massima della tutela, ne discenderà che le operazioni ermeneutiche che esitino in una costante eterogeneità di soluzioni risulteranno prive di congruenza e fondatezza normative<sup>116</sup>.

---

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

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

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

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

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

Allo stesso tempo, ed in modo apparente contraddittorio rispetto alle istanze di armonizzazione massima, l'emersione della politica delle differenze<sup>117</sup> ha dischiuso nuove prospettive di analisi, in particolare quelle tese a giustificare e valorizzare soluzioni 'contestualizzate', incentrate sulle caratteristiche dei soggetti in concreto operanti (*merits-based strategy*)<sup>118</sup>.

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

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

Il principio di specialità può essere utilizzato in senso ordinatorio e dogmatico per regolare i rapporti tra norme che condividano l'identità di *ratio* e del destinatario (quali la disciplina relativa a telecomunicazioni, energia, risparmiatori<sup>119</sup>), mentre non è l'unico parametro tra discipline

---

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

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

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

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

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

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

Posto, cioè, che la specialità indica un rapporto di continenza strutturale tra due norme<sup>120</sup>, ed è dunque un attributo di relazione<sup>121</sup>, il rapporto tra codice generale e codici di settore non può essere risolto tramite il criterio di specialità, non trattandosi di norme congeneri né sul piano politico né su quello formale<sup>122</sup>.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>126</sup> Decisione Cons. Stato, VI, n. 5640 del 2002.

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

Il tema diviene ancora più pregnante se si considera il fenomeno della frammentazione della figura di consumatore in sotto-categorie, suddivise in base alle caratteristiche soggettive (verticalmente, in virtù del grado di avvedutezza: *vulnerable*<sup>127</sup>, *average*<sup>128</sup>, *smart*<sup>129</sup>, *responsible*<sup>130</sup> consumer) o in base al bene cui i relativi contratti accedono (orizzontalmente: immobili ad uso abitativo; *services markets* -in primo luogo quelli liberalizzati: energia e gas; mercati finanziari; telecomunicazioni<sup>131</sup>; prodotti dell'ingegno<sup>132</sup>).

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

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

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

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

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

<sup>131</sup> *The Consumer Markets Scoreboard, 2nd edition*, spec. p. 19.

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



nella direttiva 2011/83 (art. 2, par. 1), nel Codice del consumo (art. 3, comma 1, lett. a) e nel *Code de la consommation* (nell'*article préliminaire* al *Code*) detti la fattispecie minima, e quelle delle legislazioni di settore, ampliandone o specificandone i confini, prevalgono nel proprio campo di applicazione (si pensi che attualmente in Francia il consumatore, per espressa previsione, può anche assumere la veste di venditore<sup>133</sup> e di cliente dell'avvocato<sup>134</sup>): l'espedito ermeneutico che consente di evitare lo scontro di definizioni<sup>135</sup> è proprio quello di ricostruirle in un rapporto di *genus a species*.

Il medesimo modello di relazione è applicabile, quanto al profilo oggettivo della specialità per effetti<sup>136</sup>, tra tipi di mercato: il codice del consumo disciplina, dunque, il mercato in generale, mentre il Codice delle assicurazioni, il T.U.B e il T.U.F., il Codice delle comunicazioni elettroniche regolano sub-mercati speciali, che necessitano di una disciplina ulteriormente specializzata: l'operazione ermeneutica è agevole, dal generale al particolare.

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

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

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

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

<sup>133</sup> Artt. da L. 121-99 a L. 121-103 Code de la consommation.

<sup>134</sup> Cfr. ora Cour cassation, 26 marzo 2015, n° 14-11599.

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

<sup>136</sup> Decisione Cons. Stato, VI, n. 5640 del 2002.

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

ipotesi di sovrapposizione tra norme confliggenti del Codice del consumo, con quelle del Testo unico della finanza o del Codice delle telecomunicazioni prevarranno quelle sub-settoriali, in ragione della maggiore specialità della disciplina determinata, nel caso dei mercati finanziari, dalle sue caratteristiche, dalle sue pratiche, dalle sue ragioni e dalle sue stesse norme<sup>138</sup> e, nel caso delle comunicazioni elettroniche, da una peculiare elasticità del mercato di riferimento, caratterizzato dall'aggiornamento tecnologico e dal flusso continuo di proposte contrattuali, che necessitano di favorire dinamismo contrattuale<sup>139</sup>.

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

Le normative che convergono in materia di pubblicità sono infatti molteplici, spaziando dal corpo di regole contenuto nel Codice del consumo (artt. 20 e ss.), a quelle del Codice delle assicurazioni private (artt. 182 e 183 relativi alla pubblicità dei prodotti assicurativi e alla correttezza e trasparenza della condotta degli operatori<sup>140</sup>), al Regolamento Isvap 5/2006 (artt. 46 e ss., sugli obblighi di correttezza, trasparenza, adeguatezza ed informazione), a quelle del Testo unico della finanza<sup>141</sup>: artt. 21 e 23, che si riferiscono alla correttezza e diligenza del comportamento dell'impresa assicurativa, agli obblighi informativi e di chiarezza pubblicitaria), nonché quelle contenute nel Regolamento Consob n. 16190/2007 (c.d. 'Regolamento intermediari': art. 87).

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

---

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

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

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

<sup>141</sup> Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modifiche.

Tale ricostruzione, condivisa dalla dottrina<sup>142</sup>, viene avvalorata – a livello europeo – dal Libro verde sulla tutela dei consumatori del 2001<sup>143</sup>, dall'art. 3, par. 4 (ripreso quasi testualmente dall'art. 19, comma 3, cod. cons.), e considerando 10° e 15°, Dir. 2005/29 i quali, unitamente considerati, inquadrano la disciplina della direttiva quale «rete di sicurezza» per regolamentare pratiche ... non rientranti nei campi coordinati delle direttive settoriali specifiche<sup>144</sup>. Sul piano interno, conferme normative vengono variamente individuate nel già citato art. 19, comma 3; e negli artt. 67 *quinquies-decies*, comma 2 (che esplicitamente prevede l'applicazione delle previsioni del t.u.f.), e *novies-decies*, commi 3 e 4, cod. cons. (che assegnano la competenza alle specifiche autorità di vigilanza e l'operatività delle norme sostanziali contenute nei relativi codici di settore).

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

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

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

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

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

<sup>143</sup> COM(2001) 531 Def. del 2 ottobre 2001.

<sup>144</sup> COM(2001) 531, par. 3.4.

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

in quanto riconducibile all'art. 47 Cost. (e dunque ascrivibile al risparmio previdenziale)<sup>146</sup>, trova la propria fonte regolatoria nel t.u.f. (art. 25-*bis*) che esplicitamente sottrae alla competenza del Codice delle assicurazioni private la regolazione delle fattispecie in discorso e, nella materia che qui interessa, la assoggetta agli artt. 21 e 23 t.u.f. -con la relativa competenza di vigilanza da parte della Consob<sup>147</sup>.

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

Il tema, però, sul fronte della tutela (para)giurisdizionale, fa emerge nuovi profili di criticità circa il riparto delle competenze tra Ivass e AGCM, laddove il principio di specialità, cui fa da corollario la competenza dell'autorità di settore assicurativa (affermato a più riprese dal Consiglio di Stato, anche nei termini di complementarietà<sup>148</sup> e confermato normativamente<sup>149</sup> e dalla giurisprudenza di merito<sup>150</sup>) viene ora smentito dall'art. 27, comma 1-*bis*, cod. cons., che prevede la competenza esclusiva dell'AGCM.

Altrettanto, in materia di trasparenza (quale tecnica regolatoria che, muovendo dall'assunto della posizione di debolezza del consumatore, potenzia gli obblighi informativi in capo al professionista<sup>151</sup>) confluiscono norme appartenenti a corpi normativi differenti, ancora una volta il Codice del consumo (art. 20, comma 2), quello delle assicurazioni private (art. 120, punto 3), il Testo unico bancario (art. 124, comma 5); l'art. 27, circolare Isvap 551/D; art. 46, Reg. Isvap 5/2006 e il Reg. Isvap 35/2010.

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

---

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

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

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

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

<sup>150</sup> Tar Lazio, 17 gennaio 2013 n. 535.

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

il quale, pur in assenza di una visione unitaria – dal momento che il sintagma assume un significato che varia in dipendenza della fattispecie di riferimento<sup>152</sup>-, costituisce un tratto comune della regolazione in materia di prodotti finanziari e assicurativi<sup>153</sup>, la quale ha raggiunto un maggiore grado di omogeneità rispetto ad altri àmbiti<sup>154</sup>.

Per quanto il principio di trasparenza non possa ancora assurgere a strumento per favorire una rilettura tra discipline speciali<sup>155</sup>, di esso possono tuttavia individuarsi alcune caratteristiche condivise, assistendosi al passaggio della declinazione del concetto di trasparenza ‘classica’ – così come intesa agli albori della legislazione consumeristica in senso quantitativo e quale minuziosa previsione degli obblighi informativi di *disclosure* –, a una modalità di trasferimento delle informazioni in funzione di consulenza<sup>156</sup> veicolata per il tramite del canone dell’adeguatezza<sup>157</sup>, fino a trascolorare verso una ‘nuova trasparenza’ in senso europeo (non risolvendosi in una mera correttezza formale e grammaticale delle informazioni fornite ma caratterizzandosi anche per l’intelligibilità ancorata ai principi di buona fede e correttezza<sup>158</sup>, fornendo al consumatore «criteri che gli consentano di

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

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

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

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

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

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

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

valutare le conseguenze economiche e giuridiche che derivano dall'assunzione dell'impegno»<sup>159</sup>), implicante più pregnanti obblighi di assistenza<sup>160</sup>, i quali tuttavia evocano tanto problemi probatori (dimostrazione dell'eventuale inadempimento del proponente) che di potenziali atteggiamenti opportunistici dei consumatori (con la configurazione di forme di tutela contro se stesso che sfocerebbe in un eccesso di garantismo nei confronti del consumatore)<sup>161</sup> per assumere, su di un *côté* evolucionistico, anche dei tratti didascalici e moralizzatori, insistendo la produzione normativa europea sull'emersione anche di un obbligo di educazione finanziaria<sup>162</sup>.

La frammentazione dell'unitarietà della disciplina generale prima e di settore poi, l'emersione del consumatore frazionario<sup>163</sup>, l'accrescimento della complessità del sistema, il conseguente bisogno di razionalità, hanno dunque determinato che le questioni interpretative non si pongano più rispetto ad ambito intrasistemico, ma tra sistemi normativi (neo-esegesi)<sup>164</sup>.

---

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

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

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

<sup>161</sup> G. CARRIERO, *Commento sub art. 3*, cit., p. 25.

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

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

<sup>164</sup> V. SCALISI, *Fonti, teoria e metodo alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della post-modernità*, Giuffrè, Milano 2012, p. 197.

La circostanza che «*tous les biens peuvent être objets de consommation*»<sup>165</sup>, ribaltando la prospettiva d'analisi tradizionale dal profilo statico della struttura dell'atto a quello dinamico relativo all'attività del comportamento<sup>166</sup>, fa confrontare l'operatore del diritto con degli strumenti ermeneutici arricchiti rispetto a quelli tradizionali, ed emergere dei criteri di selezione della disciplina funzionali all'edificazione orizzontale ed effettiva del diritto europeo e, al contempo, all'individuazione di soluzioni 'individualizzate'.

I rapporti tra codici di settore e la selezione della disciplina applicabile nelle ipotesi di sovrapposizioni normative non vengono risolti con l'applicazione di un unico, rigido criterio di prevalenza ma improntati alla graduazione della tutela<sup>167</sup>.

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

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

Ad esempio, in materia di pratiche commerciali sleali nel settore assicurativo, nei casi in cui la disciplina speciale sia incompleta o assente, la normativa generale del Codice del consumo, che svolge la funzione 'di rete

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

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

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

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

di sicurezza' integrativa in caso di lacune<sup>169</sup>, potrà riespandersi in funzione integrativa assorbendo in sé, come *pendant* procedimentale, la competenza dell'AGCM.

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

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

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

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

---

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



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

I rapporti tra i codici di settore sono dunque improntati ad una marcata elasticità e il confine tra assicurato e consumatore appare sempre più labile – e a tratti dissolto – in quei segmenti di normativa in cui si assiste all'importazione (e talora ad un totale trascinarsi) dei rimedi consumeristici nel diritto delle assicurazioni (v. l'esempio francese). La tutela del consumatore e dell'assicurato non va dunque staticamente selezionata sulla base di un criterio che sancisca una volta per tutte la prevalenza di un *corpus* di norme sull'altro, ma si configura à *géométrie variable*<sup>171</sup>, esistendo una pluralità di consumatori d'assicurazione, che può mutare in virtù di alcune variabili identificate nel presente lavoro<sup>172</sup>.

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

---

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

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

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



Sara Perugini\*

*Il public enforcement e la tutela del consumatore  
dopo il recepimento della direttiva 2011/83/UE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Armonizzazione massima e ordinamento interno: effetti sulle norme nazionali non primarie e sulla potestà normativa delle Autorità di settore. – 3. La creazione di un nuovo illecito amministrativo. – 4. Il rapporto tra *consumer rights* e pratiche commerciali scorrette: differenze e punti di intersezione. – 5. La condotta pluri-offensiva: tra cumulo giuridico e rimedialità alternativa. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Dei molti interrogativi di ordine teorico e sistematico che la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nei contratti (c.d. *consumer rights*)<sup>1</sup> e le relative norme di recepimento suscitano, su due merita spendere

---

\* Le opinioni dell'Autrice non impegnano l'Istituzione cui appartiene.

<sup>1</sup> Tra i diversi commenti alla direttiva 2011/83/UE, cfr. R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, II, p. 311 ss.; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, VII, p. 611 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La Direttiva 2011/83/UE sui 'diritti dei consumatori': ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del Contratto*, a cura di A. D'Angelo e V. Roppo, 2011, p. 35 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, IV, p. 861 ss.; F.P. PATTI, *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, IV, p. 1007 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. impr. EU*, 2011, II, p. 754 ss.

qualche parola: da un lato, l'impatto del d.lgs. 21/2014<sup>2</sup> sulla legislazione settoriale contenuta in norme non primarie e sulla potestà regolamentare delle Autorità di settore; dall'altro, la relazione del novellato impianto normativo con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e, in sede di *public enforcement*, tra le rispettive azioni di tutela attribuite all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm).

2. *Armonizzazione massima e ordinamento interno: effetti sulle norme nazionali non primarie e sulla potestà normativa delle Autorità di settore*

Il primo nodo problematico impone di muovere dal tema all'ordine del giorno: l'approccio della c.d. armonizzazione massima avuto di mira dalla direttiva 2011/83/UE.

Un regime di armonizzazione massima ha da sempre due effetti: da un lato, stilizza un numero chiuso di rimedi invocabili e, dall'altro, esclude l'ammissibilità di una tutela in *melius* per il consumatore in quanto la stessa sarebbe divergente<sup>3</sup>.

Ciò è quanto sancito dall'art. 4 della direttiva in esame che, sotto la rubrica «*livelli di armonizzazione*», preclude agli Stati membri di «*mantenere o adottare*», nel proprio diritto nazionale, disposizioni da essa divergenti «*includere le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso*» salvo che la stessa direttiva disponga altrimenti<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Decreto Legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 «*Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE*». Per un'analisi, sia consentito rinviare a S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustizia Civile.com*, Giuffrè, 21 maggio 2014, pp. 1-33.

<sup>3</sup> Una tutela generalizzata in *melius* per il consumatore è consentita dalla direttiva nella sola ipotesi di un professionista che offra condizioni contrattuali più favorevoli rispetto alla tutela della legge prevedendo, ad esempio, un termine per l'esercizio del diritto di recesso più lungo rispetto ai 14 giorni introdotti dalla novella. Ciò è quanto sancito dall'art. 3, par. 6, direttiva 2011/83/UE ove si legge «*La presente direttiva non impedisce ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vanno oltre la tutela prevista dalla presente direttiva*». La disposizione è stata recepita dall'art. 46, comma 3, cod. cons. che testualmente prevede: «*Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non impediscono ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali più favorevoli rispetto alla tutela prevista da tali disposizioni*».

<sup>4</sup> Tale normativa, infatti, stabilisce «*norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a*

Invero, il ricorso alla armonizzazione massima come strumento in grado di aumentare considerevolmente la ‘certezza giuridica’ sia per i consumatori che per le imprese mediante l’adozione di un unico quadro normativo uniforme<sup>5</sup> capace di eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme nel mercato interno, risulta ‘temperato’ dalla coesistenza all’interno dello stesso strumento normativo – accanto alle disposizioni inderogabili – di disposizioni che, viceversa, consentono agli Stati membri di introdurre un livello di tutela più elevato. Per alcuni istituti<sup>6</sup>, infatti, il livello di armonizzazione continua ad avere carattere minimale.

Di qui la diffusa constatazione degli interpreti circa la natura mista o

---

*distanza e dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali distanziandosi dall’approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive e consentendo, al contempo, agli Stati membri di mantenere o adottare norme nazionali relative a taluni aspetti»* (considerando 2, direttiva 2011/83/UE). Si tratta dell’armonizzazione di taluni aspetti dei contratti, mentre si prevede l’armonizzazione completa delle informazioni e del diritto di recesso per garantire «un livello elevato di protezione dei consumatori» e «un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori» (considerando 4, direttiva 2011/83/UE).

<sup>5</sup> In tal senso cfr. considerando 7, direttiva 2011/83/UE ove si legge: «L’armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter far affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori nell’Unione».

<sup>6</sup> Si pensi agli obblighi informativi per i contratti diversi dai contratti a distanza e dai contratti negoziati fuori dei locali commerciali di cui all’art. 48, cod. cons. nonché al contenuto dell’art. 6, par. 8, direttiva 2011/83/UE, recepito dall’art. 49, comma 8, cod. cons. che stabilisce la complementarietà tra gli obblighi di informazione da essa previsti e gli obblighi di informazioni contenuti nella direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) attuata dal d.lgs. 59 del 26 marzo 2010, e nella direttiva 2000/31/CE (sul commercio elettronico) attuata dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70. Difatti, gli obblighi di informazione contenuti nell’art. 6 «*si aggiungono*» agli obblighi di informazione contenuti nelle due direttive e «*non ostano a che gli Stati membri impongano obblighi di informazione aggiuntivi conformemente a tali direttive*». Ulteriori eccezioni al regime di massima armonizzazione riguardano, tra l’altro, i requisiti linguistici (l’art. 6, par. 7, direttiva 2011/83/UE prevede che: «*Gli Stati membri possono mantenere o introdurre nel diritto nazionale requisiti linguistici relativi all’informazione contrattuale onde garantire che tali informazioni siano facilmente comprese dal consumatore*») e gli effetti dell’esercizio del diritto di recesso sui contratti accessori per i quali, ai sensi dell’art. 15, par. 2, direttiva 2011/83/UE, «*Gli Stati membri stabiliscono norme dettagliate per la risoluzione di tali contratti*».

completa ma temperata<sup>7</sup> ovvero a macchia di leopardo<sup>8</sup>, del regime di armonizzazione introdotto dalla direttiva.

La sussistenza di spazi di differenziazione sulla intangibilità della disciplina non rende tuttavia meno stringente la previsione: rimane il fatto che le deroghe sono ammesse solo laddove testualmente previste. Il che porta ad osservare che le fattispecie rette dall'armonizzazione completa configurano «*un articolato autosufficiente e che tendenzialmente si autointegra*»<sup>9</sup>.

Pertanto, visto il primato indiscriminato della disposizione europea sul tessuto normativo concorrente e a meno di non voler trasformare l'armonizzazione massima in poco più di un'illusione, all'art. 4 della direttiva non può che attribuirsi l'effetto della disapplicazione o abrogazione tacita di tutte le previsioni nazionali vigenti, ivi comprese quelle contenute in *norme non primarie*, adottate in attuazione delle precedenti direttive di armonizzazione minima abrogate dalla direttiva in esame o regolanti in maniera divergente classi di fattispecie che la stessa disposizione ha blindato con la veste dell'armonizzazione massima<sup>10</sup>.

Né pare che una diversa soluzione possa desumersi dall'art. 67 comma 1, cod. cons. secondo il quale «*Le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottate in conformità a norme comunitarie*».

La disposizione, difatti, crea una 'regola di coordinamento'<sup>11</sup> e sottintende che le altre norme di «*fonte comunitaria o adottate in conformità a*

<sup>7</sup> Per queste espressioni cfr., G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»*, cit., p. 35; R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, V, 2012, p. 180; A. SIRAGUSA, *Sub art. 45*, in *I nuovi diritti dei consumatori*, *Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, (a cura di) A.M. Gambino e G. Nava, Giappichelli, Torino 2014, p. 3 s.

<sup>8</sup> S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., p. 861 ss.

<sup>9</sup> Così Cfr. S. PAGLIANTINI, *Commento sub. Art. 67 del codice del consumo*, in *La riforma al codice del consumo, commentario al d.lgs. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, Cedam, Padova 2015, p. 374.

<sup>10</sup> Sul punto cfr. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., pp. 14-17.

<sup>11</sup> In proposito autorevole dottrina ne sottolinea l'ambizione «*ad essere la classica norma che delimita un ambito applicativo coniano, per l'ipotesi in cui dovesse registrarsi un'interferenza tra gli artt. 45-67 e le altre disposizioni consumeristiche, una regola di coordinamento a mo' di un concorso cumulativo di norme*». Così S. PAGLIANTINI, *Commento sub. Art. 67 del codice del consumo*, cit., p. 368.

*norme comunitarie» non siano in conflitto* con il principio di armonizzazione massima di cui all'art. 4 direttiva 2001/83/UE: intanto la norma pre-esistente non sarà colpita dalla abrogazione tacita o non dovrà intendersi disapplicata in quanto non disciplini in modo divergente una fattispecie armonizzata<sup>12</sup>.

A completare il quadro di contesto, si aggiunge l'art. 46, comma 2, cod. cons. che «*in caso di conflitto*» tra una disposizione della nuova disciplina e «*una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici*» accorda prevalenza a quest'ultima<sup>13</sup>.

Il tenore letterale della disposizione e la *ratio* della direttiva alla quale si faceva richiamo, giocano un ruolo tutt'altro che neutrale nel guidare l'interprete ad un approdo.

La norma che attua l'art. 3, paragrafo 2 della direttiva 2011/83/UE, presuppone un dato: che le due disposizioni 'in contrasto' siano formalmente pari-ordinate, il che si traduce nella necessità che la disposizione 'verticale' specifica, al pari di quella 'orizzontale' introdotta dalla novella, presenti *rango comunitario* ossia riproduca *esattamente* la disposizione contenuta in un «*atto dell'Unione europea*» non essendo sufficiente ad integrare tale requisito l'adozione di norme primarie e non primarie c.d. rafforzate. Deve trattarsi, in termini gergali, di una 'norma fotocopia'.

L'art. 46, comma 2, cod. cons. va dunque ad iscriversi, con specificità sue proprie, all'interno del quadro più ampio segnato dall'art. 67, comma 1, cod. cons. che, come evidenziato, muove da un presupposto diametralmente opposto rispetto a quello dell'art. 46, comma 2, cod. cons.: la compatibilità tra le altre discipline che attribuiscono diritti ai consumatori e le disposizioni novellate.

<sup>12</sup> Il che risulta confermato dalla formula dell'art. 67, comma 2, cod. cons. che «*Per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo*», si limita a richiamare «*l'applicazione delle disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti*» e non anche, come autorevolmente si fa notare, della normativa settoriale delle Autorità indipendenti emanata in attuazione di direttive di armonizzazione minima non più vigenti. In tal senso, S. PAGLIANTINI, *Commento sub. Art. 67 del codice del consumo*, cit., p. 380.

<sup>13</sup> La disposizione prevede testualmente: «*In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e una disposizione di un altro atto dell'Unione che disciplini settori specifici, la disposizione di tale altro atto dell'Unione prevale e si applica a tali settori specifici*». In proposito, cfr. S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, in *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutela per i consumatori*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 44.

Da quanto detto deriva quello che si è già avuto modo di definire come un ‘ridimensionamento’<sup>14</sup> delle *norme non primarie* settoriali *incompatibili* con il principio di armonizzazione massima e prive di *rango europeo*.

Del pari elementare appare costatare come il limite posto dal regime di armonizzazione massima alla potestà legislativa dello Stato membro, cui è precluso non solo *mantenere* ma anche *adottare* disposizioni divergenti, si estenda alle Autorità settoriali con conseguente ‘compressione’ del loro potere di normazione che, in questa materia, finisce per essere circoscritto, essenzialmente, alle fattispecie non armonizzate dal d.lgs. 21/2014 o che non rientrano nell’ambito di applicazione della disciplina<sup>15</sup>.

Anche d’altra parte immaginare di poter riconoscere un significato debole dell’art. 4 della direttiva nel senso di una norma che legittima un *effetto conformativo*<sup>16</sup> in forza del quale le regole settoriali in questione andrebbero uniformate alla nuova disciplina, pare difficilmente argomentabile.

Un simile effetto, nella migliore delle ipotesi, avrebbe come conseguenza la duplicazione di articolati normativi riproducendo a livello settoriale la disciplina primaria con conseguenti *ingiustificate* incertezze circa la norma applicabile e l’Autorità competente, in presenza di una norma (l’art. 66 cod. cons.) che riserva all’Agcm la competenza ad accertare le violazioni delle disposizioni ricomprese nelle Sezioni da I a IV del Capo I, coll’annesso potere sanzionatorio, «*formalizzando così un’actio finium regundorum che di fatto svuota di contenuto i poteri delle altre Autorità di vigilanza*»<sup>17</sup>.

Il tutto senza, peraltro, escludere il rischio che vengano introdotte regole più o meno favorevoli per il consumatore e dunque regole che, seppure in evidente contrasto con la direttiva in quanto da essa divergenti, possono generare, *medio tempore*, conseguenze negative sul mercato in termini di certezza del diritto per le imprese e per i consumatori.

Rischio che, a dire il vero, nei principali settori regolati che ricadono

---

<sup>14</sup> Cfr. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., p. 16.

<sup>15</sup> Nello stesso senso cfr. S. PAGLIANTINI, *Commento sub. Art. 67 del codice del consumo*, cit., p. 381.

<sup>16</sup> Per l’espressione cfr. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., p. 15.

<sup>17</sup> Testualmente, S. PAGLIANTINI, *Commento sub. Art. 67 del codice del consumo*, cit., p. 381 e se si vuole S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., pp. 1-33.



nell'ambito di applicazione della novella legislativa – energia elettrica, gas e comunicazioni elettroniche – pare tutt'altro che scongiurato<sup>18</sup>.

Basti rilevare che, a seguito della novella, sia l'Aeegsi<sup>19</sup> che l'Agcom<sup>20</sup>, al fine di «*adeguare*» o «*allineare*» al d.lgs. 21/2014 alcune norme settoriali previgenti – molte delle quali, si è detto, tacitamente abrogate dalla direttiva o disapplicate in forza di essa – hanno adottato delibere che *mantengono* o *introducono* norme prive di *rango europeo* regolanti in maniera *divergente* fattispecie che la direttiva ha armonizzato in modo pieno.

E così, ad esempio, nel settore dell'energia elettrica e del gas, si pensi a quanto stabilito dall'art. 5.1 lett. a) del Codice di condotta commerciale<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Come noto, ai sensi dell'art. 47, cod. cons. di recepimento dell'art. 5 direttiva 2011/83/Ue gli altri principali settori regolati – il settore dei servizi finanziari e quello del trasporto passeggeri (salvo alcune eccezioni) – sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina. Con specifico riferimento al comparto del trasporto passeggeri, per una riflessione sul rapporto tra le discipline di settore di competenza dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) e la *consumer rights* di competenza dell'Agcm si rinvia a S. PERUGINI, *ART: Il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali*, in *La Regolazione dei trasporti in Italia, L'ART e i suoi poteri alla prova dei mercati*, a cura di F. Bassan, Giappichelli, Torino 2015, Parte II, Capitolo V, pp. 95-133, nonché ID. *Sezione II-la fase ascendente: L'Autorità di Regolazione dei Trasporti nel contesto dei regolatori indipendenti sul piano normativo e della prassi*, in *Consumerism 2014, Settimo Rapporto annuale*, a cura di L. Rossi Carleo e F. Bassan, Consumers' Forum e Università di Roma Tre, 2014, pp. 200-214.

<sup>19</sup> L'Aeegsi ha adottato, in vista dell'attuazione della direttiva 2011/83/Ue, la deliberazione 6 giugno 2014 266/2014/R/com di «*Adeguamento, al decreto legislativo 21/2014, del codice di condotta commerciale e di altre disposizioni relative alla tutela dei consumatori*» con la quale è stato integrato e modificato il Codice di condotta commerciale di cui all'Allegato A della deliberazione 8 luglio 2010, ARG/com 104/10, e con il quale sono state introdotte nuove e transitorie previsioni in sostituzione di parte delle previsioni contenute nella deliberazione 153/2012/R/com recante «*Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti e attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica o di gas naturale*». Successivamente, lo scorso giugno 2015, l'Autorità ha adottato la deliberazione 269/2015/R/com recante «*Ulteriori interventi di adeguamento del codice di condotta commerciale e della regolazione al d.lgs. 21/2014*».

<sup>20</sup> L'Agcom ha recentemente adottato la delibera n. 519/15/CONS di approvazione del «*Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*» che sostituisce la delibera 664/2006/Cons. nonché la delibera 520/15/CONS di «*Approvazione degli orientamenti per la conclusione per telefono di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*».

<sup>21</sup> Le previsioni del Codice di condotta commerciale di cui all'Allegato A della delibe-

che, anche a seguito delle più recenti modifiche (cfr. delibera 269/2015/R/com), continua a prevedere, in aperto contrasto con i precetti di cui agli artt. 48 e 49 cod. cons.<sup>22</sup>, che i corrispettivi di fornitura dovuti dai clienti vengano indicati al netto delle imposte e qualifica come 'possibilità' del professionista ciò che la novella impone quale contenuto di uno specifico obbligo informativo pre-contrattuale<sup>23</sup>. Si pensi ancora, nell'ambito della

---

razione 8 luglio 2010, ARG/com 104/10, secondo quanto osservato dalla stessa Aeegsi nei considerati dell'attata deliberazione 266/2014/R/com costituiscono «*le regole operative necessarie per dare attuazione alle norme comunitarie riguardanti il comparto energetico*» (l'Allegato I recante le «*misure sulla tutela dei consumatori*» delle direttive 2009/72 e 2009/73 c.d. Terzo pacchetto) e «*dettagliano, al contempo, previsioni generali del Codice del consumo*» (è quanto si legge nei considerati della deliberazione 266/2014/R/com). Più nello specifico, l'Allegato I delle direttive 2009/72 e 2009/73 che reca «*misure sulla tutela dei consumatori*» facendo salve «*le norme comunitarie relative alla tutela dei consumatori*» (nella fattispecie l'allora vigente direttiva sui contratti a distanza e la direttiva sulle clausole vessatorie) specifica la necessità di garantire una serie di diritti ai clienti che comprendono regole di dettaglio attinenti alla fase preliminare alla conclusione del contratto. Il d.lgs. 93/2011 di attuazione delle direttive, affida la competenza all'Aeegsi, individuando tra i compiti ad essa affidati quello di «*garantire l'applicazione effettiva, da parte degli esercenti i servizi, delle misure di tutela dei consumatori, incluse quelle indicate all'Allegato I delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE*». Pertanto, rispetto a quella tipologia di regole contenute nel Codice di condotta commerciale che pur attuando l'Allegato I, non riproducono esattamente le misure di cui al citato provvedimento dell'Unione e sono, dunque, prive di rango europeo è compito dell'interprete verificarne la *compatibilità* con la direttiva 2011/83/UE, ai sensi dell'art. 67, comma 1, cod. cons. con conseguente disapplicazione/abrogazione tacita di quelle regole che disciplinano in maniera divergente fattispecie armonizzate.

<sup>22</sup> In particolare gli artt. 48, lett. c) e 49 lett. e) cod. cons. prescrivono, rispettivamente, per i contratti diversi dai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali (art. 48) e per queste due tipologie negoziali (art. 49), che il professionista fornisca al consumatore prima che questo sia vincolato dal contratto o dall'offerta: «*il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se applicabili, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore*».

<sup>23</sup> Più nello specifico, l'art. 5.1. lett. a), del Codice di condotta commerciale, come modificato dalla delibera 269/2015/R/com, prevede che i corrispettivi dovuti dai clienti vengano indicati «*nel loro valore unitario al netto delle imposte specificando che saranno gravati*

deliberazione 153/2012/R/com<sup>24</sup>, pure oggetto di modifiche, all'art. 12 dell'allegato A rubricato 'Regolazione dei pagamenti nel periodo transitorio' che, a fronte di un art. 66-*quinquies* di attuazione dell'art. 27 della direttiva 2011/83/UE di completa armonizzazione<sup>25</sup>, statuyente come il consumatore non sia tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva nel caso di fornitura non richiesta, legittima il *fornitore non richiesto* ad applicare, per il c.d. periodo transitorio, le condizioni economiche riservate ai clienti di maggior tutela<sup>26</sup>.

---

dalle imposte» e «fatta salva la possibilità di indicare il prezzo comprensivo delle imposte in ragione della struttura dell'offerta, specificando in tale caso che il corrispettivo è comprensivo di imposte». Sul punto, l'Allegato I delle direttive 2009/72 e 2009/73 lett. c) individua tra i diritti dei clienti il diritto a ricevere «informazioni trasparenti sui prezzi e sulle tariffe vigenti e sulle condizioni tipo per quanto riguarda l'accesso ai servizi (...)». Pertanto, l'art. 5.1. lett. a) del codice di condotta commerciale non presenta rango comunitario e appare riconducibile ad una scelta che risulta *incompatibile* con quanto prescritto dai citati artt. 48 e 49 cod. cons.

<sup>24</sup> Poco prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 21/2014 si è avuto modo di evidenziare la difficoltà dell'interprete di poter riconoscere una efficacia perdurante a tale regolamento di settore e divergente rispetto alla normativa europea riformata in termini di requisiti formali del contratto a distanza, contenuto degli obblighi informativi di forniture non richieste. Cfr. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit. p. 17; nello stesso senso S. PAGLIANTINI, *Commento sub. Art. 67 del codice del consumo*, cit., p. 380.

<sup>25</sup> In particolare, la nuova disposizione di attuazione dell'art. 27 direttiva 2011/83/UE oltre ad estendere espressamente l'ambito di applicazione del rimedio alle forniture non richieste di acqua, gas, energia elettrica, teleriscaldamento, ha mutato natura, essendo ora divenuta di armonizzazione 'completa'. Infatti, mentre l'art. 57 cod. cons. attuava in Italia una disposizione comunitaria di armonizzazione minima che conferiva allo Stato membro il compito di adottare disposizioni in materia di fornitura non richiesta (l'art. 9 della dir. 97/7/CE e successive modifiche), la nuova disposizione ha carattere massimale con la conseguenza che, a differenza di quanto avveniva in passato, non è dato ai legislatori nazionali discostarsi dai suoi contenuti precettivi, normando in maniera differente le conseguenze che derivano dalla fornitura non richiesta nemmeno al fine di assicurare al consumatore un livello di protezione più elevato rispetto a quello garantito dall'art. 27 della direttiva 2011/83/UE. Cfr. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., p. 14.

<sup>26</sup> Nell'ambito della delibera, l'AEEGSI se a ragione ha deliberato di prevedere che per i contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014 «non trovi applicazione» l'art. 5 dell'Allegato A alla delibera 153/2012/R/com recante «Obblighi per i venditori in caso di contratti stipulati

Considerazioni analoghe valgono per il settore delle comunicazioni elettroniche. L'AGCOM ha, infatti, recentemente emanato la delibera n.

---

*fuori dai locali commerciali o mediante forme di comunicazione a distanza», ha ritenuto di mantenere le procedure di ripristino – ivi compreso l'art. 12 citato – sulla premessa che le stesse «costituiscono strumenti di tutela non sovrapponibili a quelli previsti dal Codice del consumo (quali la tutela giudiziaria ai fini dell'applicazione del citato articolo 66-quinquies, nonché la tutela dell'Autorità Garante della concorrenza del mercato), ai quali il cliente finale resta libero di ricorrere e 'hanno la finalità di consentire al cliente finale, che vi aderisce volontariamente, di poter ripristinare il rapporto contrattuale ancora in essere con il venditore precedente a quello apparentemente 'non voluto', qualora quest'ultimo non ottemperi ad adempimenti stabiliti dall'Autorità (c.d. misure preventive)». In altra occasione l'Autorità di settore ha evidenziato che la complementarietà tra le due discipline deriverebbe «(i) dalla natura volontaria degli strumenti di ripristino sopra richiamati, cui si aderisce per iniziativa sia dei consumatori reclamanti (la cui adesione è resa esplicita dalle modalità e dalle tempistiche di presentazione del reclamo), sia delle imprese contro cui è presentato reclamo (che aderendo alla procedura di ripristino, risultano iscritte in un pubblico elenco) e (ii) dalla connessa automaticità del ripristino che prescinde da una verifica effettiva dell'esistenza di una fornitura non richiesta ai sensi del Codice del consumo, ma predilige, al contrario, l'accoglimento della segnalazione del cliente, qualora quest'ultimo ritenga di non aver manifestato la sua volontà a cambiare fornitore, in seguito al mancato rispetto da parte del venditore delle misure preventive (...). In questa prospettiva, in assenza di un accertamento dell'effettiva esistenza di un contratto non richiesto, la regolazione dei pagamenti a carico del cliente finale nel periodo in cui ha avuto esecuzione il contratto contestato (di cui all'art. 12 dell'Allegato A della deliberazione 153/12) mira a penalizzare il venditore (riducendo l'importo del corrispettivo a questi dovuto), nel caso in cui, pur avendo aderito alla deliberazione in parola, non rispetti gli adempimenti preventivi stabiliti da quest'ultima oltre che a permettere, dove possibile, un più veloce rientro del cliente finale con il precedente fornitore. Diversamente, l'art. 66-quinquies del Codice del consumo è finalizzato a 'sanzionare' il professionista per un'effettiva fornitura non richiesta, con il mancato pagamento di qualunque prestazione corrispettiva» (cfr. tra gli altri, il parere reso dall'Aeegsi nell'ambito del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette chiuso dall'AGCM con Provv. del 4 novembre 2015, n. 25697, PS/9769, in *Boll.* 44/2015). Sennonché può osservarsi che, da un lato, l'attivazione delle misure ripristinatorie è preceduta da una puntuale verifica da parte dell'operatore dell'effettivo carattere non richiesto della fornitura; dall'altro, che proprio in ragione del carattere volontario del regolamento dal quale discenderebbe l'invocata complementarietà rispetto alle tutele prescritte dall'art. 66 *quinquies*, l'art. 12 non può che porsi in contrasto con l'art. 66-*quinquies* cod. cons. che, come evidenziato, a differenza della disposizione previgente, ha carattere massimale ed in quanto tale – alla luce di quanto prescritto dall'art. 46, comma 3, cod. cons. – può essere derogato dai professionisti solo mediante previsioni più favorevoli per il consumatore e non certo peggiorative.*

519/15/CONS di approvazione del ‘*regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*’ che, a tacer d’altro, introduce obblighi informativi pre-contrattuali aggiuntivi per i contratti a distanza che devono essere conclusi per telefono privi di *rango europeo*<sup>27</sup> e rispetto ai quali una *compatibilità* con l’approccio di massima armonizzazione che caratterizza gli obblighi informativi nel caso dei contratti a distanza (art. 49 cod. cons.), pare difficilmente argomentabile<sup>28</sup>.

Nella casistica si potrebbe continuare senza tuttavia spostare di granché i termini di un problema condensabile, in realtà, nel rilievo secondo cui la novella, in forza del regime di armonizzazione massima che la caratterizza, è destinata a prevalere non solo sulle norme non primarie nazionali ma anche su quelle di derivazione comunitaria che si pongano in conflitto con essa, disciplinando in maniera divergente fattispecie armonizzate, ferme restando le materie rette da un atto dell’Unione europea disciplinante settori specifici nel senso tracciato dall’art. 46, comma 2, cod. cons. cit. e, dunque, sul piano interno da norme settoriali di rango comunitario<sup>29</sup>.

Il che equivale a dire che la novella, in ragione del suo carattere ‘orizzontale’ comprende nel proprio ambito di applicazione tutti i

<sup>27</sup> In particolare, l’articolo 4 dell’Allegato A alla delibera recante il regolamento, prevede che gli operatori debbano includere tra le informazioni da pubblicare ai sensi dell’articolo 71 del codice delle comunicazioni elettroniche «*quelle relative alle modalità di conclusione dei contratti a distanza, con specifico riferimento a quelli conclusi per telefono*». Al riguardo basti evidenziare che, l’art. 71 in parola rientra nell’ambito delle c.d. norme primarie rafforzate senza tuttavia presentare rango europeo.

<sup>28</sup> La delibera 519/15/CONS è stata di recente oggetto della sentenza Tar. Lazio n.12421 del 13 dicembre 2016. Il giudice ha annullato l’art. 6 comma 1 della delibera nella parte in cui prevede che nella comunicazione con la quale gli operatori avvisano l’utenza della modifica delle condizioni contrattuali (esercizio del c.d. *jus variandi* di cui all’art. 70, comma 4, cod. com. eletr.) essi debbano indicare anche i motivi che li giustificano, per difetto assoluto di attribuzione.

<sup>29</sup> Costituisce un valido esempio di disposizione settoriale di *rango comunitario* l’art. 70, comma 4, del codice delle comunicazioni elettroniche in quanto la stessa riproduce esattamente il contenuto dell’art. 20, comma 4, della direttiva 2002/22/CE «*relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*» (modificata dalla direttiva 2009/136/CE).

comparti di mercato a meno che non sia *lo stesso legislatore europeo* a dettare una regola diversa in ragione delle peculiarità della fattispecie anche settoriali<sup>30</sup>.

Peraltro, dato di non poco momento, sul piano della tutela amministrativa, il legislatore nazionale ha attribuito in maniera piena ed esclusiva la competenza in materia all'Agcm proprio al fine di garantire «*applicazione uniforme della legislazione, certezza del diritto per le imprese ed efficacia della tutela garantita ai consumatori*» e lo ha fatto con una norma l'art. 66 cod. cons. che di certo prevale su altre azioni amministrative che trovano la propria fonte in norme non primarie, in forza del principio di gerarchia delle fonti<sup>31</sup>.

Pertanto, sul piano delle competenze, la successiva previsione ad opera di altre Autorità di regole che si conformano al provvedimento dell'Unione non può comunque essere validamente assistita da poteri di accertamento in grado di prevalere sull'azione di cui all'art. 66 cod. cons.

### 3. *La creazione di un nuovo illecito amministrativo*

L'attribuzione alla AGCM della competenza in materia di *consumer rights* si aggiunge alle altre due competenze di carattere orizzontale che le sono attribuite in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 27 cod.

---

<sup>30</sup> Autorevole dottrina si interroga sulla possibilità di leggere in chiave di specialità il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore *oppure* se autenticamente speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre quelle di settore si pongono come egualmente speciali in quanto 'al pari' derogatorie alla regola del Codice civile, così da poter 'parimenti' concorrere a disciplinare un medesimo fatto. Cfr. A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in *www.judicium.it* (ultimo accesso 19.12.2016) e in *Scritti in onore di Gambaro*, p. 22, il quale evidenzia come nelle reciproche interferenze, i rapporti tra il Codice del consumo e gli altri codici di settore siano governati dal principio di specialità.

<sup>31</sup> Cfr. S. PERUGINI, *Commento all'art. 66 commi 2-5*, in *La Riforma del codice del consumo, Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'Amico, Cedam, Padova 2015, pp. 359-369.

cons.)<sup>32</sup> e, più di recente, in materia di clausole vessatorie (art. 37 bis cod. cons.)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> La letteratura in materia è vastissima. Per un aggiornamento sul tema, sia consentito rinviare a S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei Consumi: Atto, attività, enforcement*, a cura di L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino 2015, Parte III, Capitolo I, pp. 161-202; tra i commenti più recenti, cfr. AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del Consumo e legislazione complementare)*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Cedam, Padova 2013 nonché *ex multis* AA.VV., *Le modifiche al codice del Consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino 2009; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino 2009; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano 2007; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/Ce*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova 2008; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo, Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino 2008; AA.VV., *Codice del consumo - Aggiornamento: pratiche commerciali scorrette ed azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Cedam, Padova 2009; P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contr.*, 2005, p. 954 ss.; ID., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 267 ss.; T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29 «sulle pratiche commerciali sleali»*, in *Dir. banc.*, 2006, II, p. 23 ss.; C. CHESSA, *Le modifiche al codice del consumo introdotte dalla nuova agosto 2007, n. 146, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Riv. giur. sarda*, 2007, p. 925 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET, Torino 2008; V. FALCE, *Antitrust e tutela del consumatore. La nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali*, *Società Italiana di Diritto ed Economia*, 2008, pubblicato nel sito: [www.side-isle.it](http://www.side-isle.it) (ultimo accesso 19.12.2016); A.F. GAGLIARDI, *Pratiche commerciali scorrette*, UTET, Torino 2009; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2007, p. 175; ID., *Le pratiche commerciali scorrette*, Giuffrè, Milano 2010; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce modifica il codice del consumo*, in *Obbl. Contr.*, 2007, p. 777 ss.; R. INCARDONA, *La direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 2006, p. 371 ss.; L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 35.

<sup>33</sup> Cfr. E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 563 ss.; E. BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 207 ss.; e in una prospettiva di diritto privato europeo: M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra*

Evidenti problemi di coordinamento si pongono, dunque, oltre che nei *rapporti esterni* con le competenze delle Autorità di regolazione, appena esaminati<sup>34</sup>, anche nei *rapporti interni* tra le diverse azioni amministrative che spettano all'Autorità in materia di tutela del consumatore.

Nell'ambito di tale tipologia di rapporti, si pone la seconda questione che ci siamo incaricati di trattare nel presente contributo: il rapporto tra l'azione *ex art. 66 cod. cons.* e l'azione di repressione delle pratiche commerciali scorrette<sup>35</sup> che, in assenza di un criterio preventivo di ripartizione, discende dalla relazione tra le due discipline sostanziali.

Al riguardo, pare anzitutto opportuno ricordare che con l'attribuzione all'Autorità dell'*enforcement* pubblico in materia, il legislatore ha creato un illecito amministrativo del tutto *autonomo*<sup>36</sup> rispetto all'illecito contemplato in materia di pratiche commerciali scorrette.

Come noto, l'Autorità è chiamata ad esercitare tale attribuzione, in forza del rinvio contenuto nell'art. 66, comma 3, all'art. 27, commi 2-15, con gli stessi strumenti e gli stessi poteri che sono previsti per le fattispecie di p.c.s.<sup>37</sup>.

---

*imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 ss.

<sup>34</sup> Un ulteriore nodo problematico riguarda la relazione tra l'azione di repressione delle pratiche commerciali scorrette e le azioni delle autorità di settore. Per una analisi, cfr. S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni?*, cit., 14; ID., *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Il Corriere Giuridico, Gli Speciali, D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, Ipsoa, 7 luglio 2014, p. 44-54; nonché ID., *Rapporto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 e ss. del codice del consumo e le discipline di settore*, in *Consumerism 2013 Sesto Rapporto annuale*, a cura di L. Rossi Carleo e F. Bassan, Consumers' Forum e Università di Roma Tre, 2013, pp. 9-30.

<sup>35</sup> Quanto al rapporto di complementarità sussistente tra l'azione in materia di *consumer rights* e quella in materia di clausole vessatorie si rinvia a S. PERUGINI, *La tutela amministrativa dei diritti dei consumatori nei contratti*, in *Diritto dei Consumi: Atto, attività, enforcement*, a cura di L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino 2015, Parte IV, Capitolo Secondo, Sezione Terza, pp. 240-246.

<sup>36</sup> In tal senso, cfr. S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, cit., p. 44.

<sup>37</sup> Pertanto, in forza del rinvio, l'Agcm potrà inibire la continuazione delle violazioni e eliminarne gli effetti, ricorrere agli strumenti istruttori ad essa riconosciuti dalla disciplina *antitrust* quali la richiesta di informazioni e l'esibizione di documenti a imprese, enti o persone che ne sono in possesso, disporre ispezioni al fine di controllare i documenti



Ed è proprio questo e solo questo il senso del rinvio all'art. 27 che, non intende, come pure da alcuni prospettato<sup>38</sup>, attribuire rilevanza a tali violazioni solo quando esse integrino anche gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

La violazione dei diritti di cui al capo I rileva (anche) *autonomamente* ossia a prescindere dalla circostanza che essa dia luogo anche ad una pratica commerciale scorretta ed è assistita da un apparato sanzionatorio altrettanto *autonomo*<sup>39</sup>.

#### 4. *Il rapporto tra consumer rights e pratiche commerciali scorrette: differenze e punti di intersezione*

Ciò posto, venendo al rapporto tra le due discipline sostanziali dal quale, si è detto, dipende la relazione tra i due rimedi amministrativi, sebbene lo stesso sia di evidente *contiguità* – tanto da rappresentare una delle ragioni addotte a giustificare l'attribuzione delle competenze all'Agcm – la stessa non si traduce in una sovrapposizione tra le fattispecie rispettivamente disciplinate.

In primo luogo, l'accertamento dell'illecito in violazione dei precetti sostanziali in materia di diritti dei consumatori, si risolve nella verifica del mancato rispetto da parte del professionista degli obblighi ivi individuati

---

aziendali e di prenderne copia avvalendosi della collaborazione della Guardia di finanza, disporre perizie e analisi economiche e statistiche e consultare esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante, effettuare audizioni e avvalersi della inversione dell'onere della prova. Inoltre, quando sussista particolare urgenza valutati il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, potrà adottare la misura cautelare. Sul punto, cfr. S. PERUGINI, *Commento all'art. 66 commi 2-5*, cit., p. 307.

<sup>38</sup> Cfr. A. ARGENTATI, *Contrattazione a distanza e nuovi diritti dei consumatori: quale ruolo per il public enforcement?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2, IV, 2014.

<sup>39</sup> Questa, del resto, è la lettura dell'art. 66 cod. cons. data dalla stessa Autorità che ha già avviato istruttorie azionando unicamente i poteri che le sono attribuiti dalla disposizione ed ha già accertato relative violazioni, riconoscendo esplicitamente che «*mediante il rinvio contenuto nell'art. 66, comma 3, cod. cons. ai commi da 2 a 15 dell'art. 27, cod. cons. in materia di accertamento e sanzione, il legislatore italiano ha istituito una fattispecie di illecito amministrativo autonoma rispetto all'illecito contemplato in materia di pratiche commerciali assistito da un apparato sanzionatorio altrettanto autonomo*». (Cfr. Provv. 30 settembre 2015, n. 25634, PS/9981, in *Boll.* 35/2015).

senza che sia necessario parametrare il comportamento dell'operatore agli ulteriori elementi di valutazione che, diversamente, sono richiesti dalla disciplina in materia di pratiche per la configurazione dell'illecito (quali, secondo la clausola generale di cui all'art. 20, cod. cons. la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità ad alterare in misura apprezzabile il comportamento commerciale del consumatore medio).

Ad esempio, l'inadempimento informativo in violazione dell'art. 49 cod. cons. costituisce anche, ai sensi dell'art. 22, comma 5, cod. cons. una *omissione rilevante* in considerazione della natura comunitaria dell'obbligo di informazione che grava sul professionista (art. 22, comma 5, c. cons.). L'omissione rilevante, tuttavia, non si considera di per sé ingannevole.

È necessario, infatti, che la stessa presenti un *quid pluris*: nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanza del caso, l'omissione rilevante deve essere altresì idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Potranno, dunque, profilarsi omissioni informative che, pur contrastando con gli obblighi imposti dalla novella, non integrano omissioni ingannevoli in quanto non si considerano idonee ad incidere sulla scelta commerciale del consumatore, in considerazione delle circostanze del caso concreto.

Ancora, il mancato riconoscimento del diritto di recesso nei contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, la mancata consegna del prodotto e il mancato rimborso del prezzo anticipato, rilevano di per sé come illeciti amministrativi non essendo necessario qualificare detti comportamenti come ostacoli non contrattuali ai sensi dell'art. 25 lett. d) cod. cons.

Il professionista che, pur informando il consumatore sulla natura facoltativa del servizio, utilizza opzioni pre-fleggiate (c.d. *opt-out*) ai fini della acquisizione del consenso espresso per il pagamento supplementare richiesto, così violando l'art. 65 cod. cons., non pone necessariamente in essere una pratica aggressiva e non genera necessariamente una fornitura non consapevolmente richiesta dagli utenti<sup>40</sup>.

Più in generale deve escludersi che dalla violazione delle regole di comportamento prescritte dagli artt. 45 e ss. cod. cons. discenda di per sé la sussistenza di una pratica commerciale scorretta.

---

<sup>40</sup> Ad esempio, cfr. Provv. 3 marzo 2015 n. 25334, in *Boll.* 7/2015; nonché Provv. 9 marzo 2016 n. 25904, in *Boll.* 8/2016.

Viceversa, il rispetto degli obblighi imposti dalla novella non implica che sia di per sé integrato il canone di diligenza professionale richiesto dalla disciplina in materia di p.c.s.

Pensiamo al professionista che divulghi *online* l'informativa su di un prezzo totale corredato di costi aggiuntivi per *imposte e spese di spedizione* mentre negli *spot* pubblicitari si limiti a menzionare il prezzo al netto di queste voci rinviando per le altri componenti di costo al sito internet. In questa ipotesi, il professionista ha rispettato il dettato dell'art. 49 cod. cons. in quanto ha veicolato le informazioni *prima* che il consumatore fosse vincolato al contratto, ma ha comunque posto in essere, secondo il consolidato orientamento dell'Autorità, una pratica commerciale scorretta.

Ciò vale, naturalmente anche per i requisiti formali previsti per i contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali.

E così, ad esempio, il rispetto dell'art. 51, comma 2, cod. cons. che, come noto, nel caso di un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al professionista di indicare in modo inequivocabile sul pulsante da azionare per l'inoltro dell'ordine che con tale *click* il consumatore si obbliga a pagare una somma di danaro, non esclude di per sé la configurabilità di una pratica commerciale scorretta. Pensiamo alla fornitura non richiesta di servizi a sovrapprezzo durante la navigazione in mobilità che discende, come accertato dall'Autorità con i noti provvedimenti in materia<sup>41</sup>, dall'addebito unilaterale e automatico dei servizi sul

---

<sup>41</sup> Cfr. Provv. del 13 gennaio 2015, 25262, PS/9464, in *Boll.* 1/2015 e in sede di inottemperanza Provv. del 14 ottobre 2015, 25664, IP/233, in *Boll.* 37/2015; Provv. del 13 gennaio 2015, 25263, PS/9465 in *Boll.* 1/2015 e in sede di inottemperanza Provv. del 14 ottobre 2015, 25665, IP/234, in *Boll.* 37/2015; Provv. del 13 gennaio 2015, 25264, PS/9466 in *Boll.* 1/2015 e in sede di inottemperanza Provv. del 14 ottobre 2015, 25666, IP/235, in *Boll.* 37/2015; Provv. del 13 gennaio 2015, 25265, PS/9467 in *Boll.* 1/2015 e in sede di inottemperanza Provv. del 14 ottobre 2015, 26667, IP/236, in *Boll.* 37/2015. Nei provvedimenti l'Autorità ha attenzionato il fenomeno individuando per la prima volta specifiche responsabilità in capo agli operatori di telefonia mobile, i quali oltre a dimostrarsi ampiamente consapevoli circa la sussistenza di attivazioni e di addebiti relativi a servizi non richiesti da parte dei propri clienti mobili, traggono uno specifico vantaggio economico dalla commercializzazione dei servizi *premium* (in quanto condividono con i fornitori ciò che si ricava dai servizi erogati, trattenendone una elevata percentuale), rappresentano i soggetti che procedono, sulla base di una libera e autonoma scelta commerciale, alla pre-abilitazione delle sim alla ricezione dei suddetti servizi, omettendo

credito telefonico dei consumatori da parte degli operatori di telefonia in assenza di qualsiasi autorizzazione da parte del cliente al pagamento mediante tale modalità nonché di qualsiasi controllo sulla attendibilità delle richieste di attivazione provenienti dai fornitori di servizi, ossia da soggetti estranei al rapporto negoziale che lega utente e operatore telefonico.

Pensiamo ancora al rapporto tra l'art. 51, comma 6, cod. cons. – norma al centro di ampi dibattiti interpretativi – che fissa i requisiti formali per i contratti che devono essere conclusi per telefono<sup>42</sup> e la pratica commerciale scorretta integrata dalla fornitura non richiesta di prodotti o di servizi che si assumono venduti tramite il canale telefonico. Il rispetto dei requisiti formali prescritti dalla disposizione<sup>43</sup> non esclude la configurazione, di una

---

un'adeguata informativa sia a tale riguardo che in merito alla facoltà riconosciuta al consumatore di poter aderire al blocco selettivo e procedono ad addebitare i servizi sul conto/credito telefonico del cliente per effetto di un unico atto dispositivo su di una pagina sottratta al loro controllo.

<sup>42</sup> In particolare, l'art. 51, comma 6, cod. cons. di attuazione dell'art. 8, comma 6, della Direttiva prevede che: «*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su supporto durevole*».

<sup>43</sup> L'Autorità ha adottato cinque provvedimenti aventi ad oggetto le procedure di *teleselling* seguite nel settore delle comunicazioni elettroniche e dei servizi televisivi via satellite, sciogliendo molti dei nodi interpretativi posti dalla norma. In primo luogo, quanto all'ambito di applicazione, l'Autorità ha chiarito che i vincoli di forma prescritti dall'art. 51, comma 6, cod. cons. sono destinati a trovare applicazione in tutti i casi in cui il telefono venga impiegato dalla società – quale mezzo di comunicazione a distanza – per acquisire l'adesione del consumatore all'offerta prospettata dal professionista a prescindere dal ruolo formale che gli viene assegnato dallo stesso professionista, di proponente piuttosto che di oblatore, con conseguente successiva accettazione dell'altra parte. Quanto alla procedura contemplata dall'art. 51, comma 6, terzo periodo «*semplificata e alternativa rispetto alla regola di forma di cui al primo periodo – lo scambio di conferme per iscritto*», dalle pronunce emerge la possibilità di procedere allo scambio delle conferme al telefono, al ricorrere di determinate condizioni. Più nello specifico, è stata evidenziata la necessità che il professionista – prima di acquisire il consenso espresso del consumatore ad effettuare le conferme su supporto durevole – fornisca una informativa al consumatore in merito alle modalità alternative di 'conclusione' del contratto contemplate dalla norma e alle conseguenze giuridiche che ne discendono: la rinuncia alla forma scritta. Tale onere

fornitura non richiesta che, ad esempio, discenda dalla attivazione di rapporti commerciali in assenza di un contatto con il consumatore o a fronte di informazioni false o di omissioni informative circa l'identità del professionista, lo scopo della telefonata, la natura delle obbligazioni nascenti dalla accettazione della proposta, le caratteristiche e il prezzo dell'offerta, o ancora dalla imposizione di ostacoli all'esercizio del diritto di ripensamento<sup>44</sup>.

Le differenze, in realtà non si esauriscono qui.

Infatti, seppure sembra potersi tendenzialmente escludere che, in concreto, lo strumento amministrativo venga attivato anche a fronte di singole violazioni – non solo in forza dei principi generali di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ma anche in ragione della specifica funzione assolta dal *public enforcement* in ambito consumeristico di tutela del mercato mediante la correzione dei suoi fallimenti<sup>45</sup> – a rigore la configurazione

---

informativo, secondo l'Autorità, si giustifica «*in ragione della posizione di vantaggio di cui il professionista gode rispetto all'altro contraente, oltre che in ragione dell'asimmetria informativa e contrattuale in cui versa il consumatore, anche in considerazione del fatto che il contenuto della conversazione telefonica registrata è predefinito unilateralmente dalla società (c.d. vocal order) ed è caratterizzato da domande che richiedono unicamente risposte affermative o negative da parte del potenziale cliente*». Incombe inoltre sul professionista l'onere di mettere nella piena disponibilità del consumatore la registrazione della telefonata in modo che quest'ultimo possa conservarla e accedervi in futuro per un congruo periodo di tempo. Infine, il professionista è tenuto a fornire la conferma del contratto concluso su un mezzo durevole, secondo quanto previsto dall'art. 51, comma 7, cod. cons. (Cfr. Prov. 30 settembre 2015, n. 25634, PS/9981, in *Boll.* 35/2015; Prov. 30 settembre 2015, n. 25635, PS/9983, in *Boll.* 35/2015; Prov. 2 dicembre 2015, n. 25756, PS/9881, in *Boll.* 47/2015; Prov. 2 dicembre 2015, n. 25757, PS/9982, in *Boll.* 47/2015; Prov. 2 dicembre 2015, n. 25755, PS/9880, in *Boll.* 47/2015). Per una analisi cfr. S. PERUGINI, *Teleselling procedures in the electronic communications and pay tv sectors after the ica*, in *Italian Antitrust Review*, 2016, Volume 3, n. 1, pp. 142-149. Analoghi principi sono stati sanciti nell'ambito dei provvedimenti adottati nei settori dell'energia elettrica e il gas con specifico riferimento all'accertamento delle violazioni *consumer rights* (cfr., ad esempio, Prov. del 4 novembre 2015, n. 25697, PS/9769, in *Boll.* 44/2015).

<sup>44</sup> Cfr. Prov. del 4 novembre 2015, n. 25697, PS/9769, in *Boll.* 44/2015.

<sup>45</sup> In tal senso autorevole dottrina, pur ammettendo l'eventuale possibilità di intervento anche su singole violazioni, rileva: «*Le perplessità a tale riguardo possono essere molteplici, tenuto conto che l'intervento comunque rileva non per quanto concerne la dimensione individuale dello scambio, ma ponendo sempre attenzione alla dimensione generale e, quindi, alla efficienza globale. Il public enforcement, difatti, anche se tiene conto di aspetti, per così dire,*

dell'illecito *ex artt. 45 e ss.* non richiede, a differenza di quanto avviene in materia di p.c.s., che il comportamento sia *astrattamente ripetibile* potendosi risolvere anche in un solo ed unico atto<sup>46</sup>.

I due plessi normativi sono dunque caratterizzati da divergenze strutturali che, in diversi casi, rendono agevole la scelta del rimedio da attivare.

Non può tuttavia trascurarsi, da un lato, che molti dei precetti introdotti dalla novella riguardano fattispecie caratterizzate per loro stessa natura dalla astratta ripetibilità della condotta illecita nei confronti di una pluralità di soggetti e, dunque, idonee ad integrare la nozione di pratica commerciale in quanto, ad esempio, realizzate mediante mezzi di comunicazione di massa – come è il caso della contrattazione via internet – ovvero nell'ambito della contrattazione standardizzata; dall'altro, che è assai probabile che una pratica commerciale scorretta finisca per ricomprendersi anche condotte contrarie alle disposizioni novellate.

##### 5. *La condotta pluri-offensiva: tra cumulo giuridico e rimedialità alternativa*

Da quanto detto discende la necessità di chiarire il rapporto tra i due illeciti amministrativi nell'ipotesi di condotte pluri-offensive rispetto alle quali sussiste il rischio di incorrere in un *bis in idem*.

In proposito giova osservare che non appare condivisibile la tesi che ritiene di poter invocare il principio di specialità sancito dall'art. 9 della

---

*individuali, lo fa, comunque, nella prospettiva di una serialità in quanto, trattandosi di tutela del mercato, l'attenzione si concentra sull'efficienza che si persegue incentivando comportamenti corretti e correggendo, in tal modo, i fallimenti*. cfr. L. ROSSI CARLEO, *CRD: public e private enforcement nell'ottica della sperimentazione*, D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: *nuove tutele per i consumatori*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 3.

<sup>46</sup> In realtà, come a molti noto, con una recente pronuncia dell'aprile 2015 la Corte di giustizia ha riconosciuto la sussistenza di una pratica commerciale anche a fronte di un singolo ed unico atto posto in essere nei confronti di un unico consumatore anche in assenza dell'astratta ripetibilità (16 aprile 2015, causa C388/13). Ivi si legge: «*né le definizioni fornite agli articoli 2, lettere c) e d), 3, paragrafo 1, nonché 6, paragrafo 1, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali né quest'ultima, considerata nel suo insieme, contengono indizi secondo cui l'azione o l'omissione da parte del professionista dovrebbe presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore (consistente in un solo errore)*».

legge 689/1981<sup>47</sup>. Tra le due discipline, infatti, non sussiste un rapporto di genere a specie trattandosi di due discipline aventi carattere *generale* e afferenti l'una alla *attività* l'altra essenzialmente, anche se non del tutto, all'*atto* contrattuale in sé considerato.

Un secondo interrogativo dell'interprete attiene alla possibilità di ricorrere all'istituto del *cumulo giuridico* che, come noto, ai sensi dell'art. 8, comma 1, della l. 689/1981<sup>48</sup>, può trovare applicazione unicamente in caso di *concorso formale* di illeciti, ossia nel caso, dell'unica condotta materiale, commissiva o omissiva, integrante una pratica commerciale scorretta e al tempo stesso una o più violazioni della *consumer rights*.

Si tratta di una ipotesi difficilmente ricorrente se non altro in ragione del fatto che, da un lato, spesso la pratica commerciale viene realizzata mediante più condotte materiali (la c.d. pratica complessa) e, dall'altro, che la violazione di più norme della *consumer rights* implica una pluralità di condotte (si pensi, ad esempio, al professionista che nella fase precontrattuale omette una pluralità di informazioni).

Pertanto, salvo rare ipotesi, nei casi di potenziale sovrapposizione il vaglio sulla sussistenza di una pratica commerciale scorretta dovrebbe investire la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 45 e ss. cod. cons. potendo estendersi la valutazione dell'Autorità agli aspetti ulteriori ossia a quel *quid pluris* cui si accennava (l'idoneità del comportamento a incidere sul comportamen-

<sup>47</sup> In proposito nella Circolare Assonime n. 19 del 3 giugno 2014 «*Il recepimento della direttiva sui diritti dei consumatori*» si fa notare che «*Nel caso in esame, va tenuto conto che quando una fattispecie quale l'omissione informativa o l'ostacolo al diritto di recesso configura una pratica commerciale scorretta presenta caratteristiche ulteriori rispetto a una mera violazione della disciplina sui diritti dei consumatori nei contratti, sia per il fatto di costituire una 'pratica', sia in ragione dell'idoneità, effettiva o presunta (nel caso delle pratiche ingannevoli in ogni caso o aggressive in ogni caso) ad alterare il comportamento economico dei consumatori. Si può pertanto ritenere che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette costituisca norma speciale rispetto alle disposizioni delle sezioni da I a IV del Capo I. Nei casi in cui lo stesso fatto configura una violazione della disciplina sui diritti dei consumatori nei contratti e una pratica commerciale scorretta, quindi, andrebbe applicata la sanzione relativa al divieto delle pratiche commerciali scorrette.*».

<sup>48</sup> L'art. 8, comma 1, della l. 689/1981 prevede testualmente: «*Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave aumentata sino al triplo.*».

to economico del consumatore medio ovvero la possibilità di ricondurre la violazione della *consumer rights* nell'ambito di una pratica più ampia).

Tale soluzione si mostra coerente con la stessa formulazione dell'art. 66, comma 1° cod. cons. che rinvia all'art. 27 cod. cons. riconoscendo la possibilità di garantire il rispetto delle disposizioni *anche* mediante l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nonché con il criterio di ripartizione delle competenze recentemente individuato dal legislatore, con l'introduzione del comma 1-*bis* nell'art. 27 cod. cons. per risolvere la relazione tra l'azione di repressione delle pratiche e le azioni di repressione delle violazioni settoriali<sup>49</sup>.

Uno schema di tutela parametrata sul modello di una rimedialità si a doppio binario ma *alternativa* che nel caso di condotta pluri-offensiva accorda *prevalenza* all'accertamento in materia di p.c.s.<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> L'articolo 1, co. 6, d.lgs. n. 21/2014 ha integrato l'art. 27, cod. cons. con un nuovo comma 1-bis del seguente tenore: «*Anche nei settori regolati, ai sensi dell'art. 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta*». La novella legislativa individua, diversamente da quanto avveniva in passato, un criterio generale di ripartizione preventiva che assegna in via esclusiva all'Agcm l'*enforcement* rispetto a tutte le condotte che danno luogo a una pratica commerciale scorretta, comprese quelle realizzate nell'ambito di «settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3». La competenza delle Autorità di settore resta ferma nelle ipotesi in cui il comportamento contrario alle norme di settore non costituisca pratica commerciale scorretta. La nuova disposizione, dunque, configura i due interventi come 'alternativi' accordando 'prevalenza' all'accertamento delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'Agcm rispetto all'accertamento di violazioni settoriali da parte delle Autorità di Vigilanza, in modo da garantire che un medesimo comportamento, pur integrando una doppia violazione, non riceva una doppia sanzione. Per un approfondimento, sul rapporto tra l'art. 27 comma 1 bis e l'art. 19 comma 3, cod. cons. sia consentito rinviare a S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, cit., pp. 51-54; nonché ID., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la tutela del consumatore in ambito nazionale ed europeo*, in *Consumerism 2014, Settimo Rapporto annuale, La nuova tutela del consumatore tra regolazione europea e Authority nazionali*, p. 320.

<sup>50</sup> Schema che sembra, ancora una volta, confermato dalle prime pronunce dell'Autorità adottate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 21/2014. Pensiamo, nuovamente, ai provve-



## 6. Considerazioni conclusive

In definitiva, da queste brevi riflessioni *si può facilmente constatare* la sussistenza di una non casuale *convergenza di obiettivi* tra le scelte normative dell'Unione e quanto stabilito, sul piano dell'*enforcement*, dal legislatore italiano.

Se infatti, da un lato, il diritto europeo dei consumatori di ultima generazione è caratterizzato dall'adozione di discipline di *armonizzazione massima* e aventi carattere 'orizzontale'<sup>51</sup>, dettata dalla consapevolezza che la rimozione degli ostacoli frapposti alle transazioni transfrontaliere e la creazione del mercato unico europeo passano attraverso il *superamento della frammentazione normativa e delle specificità settoriali*; dall'altro, sul piano interno, si assiste al consolidamento di un sistema amministrativo di tutela del consumatore sempre più incisivo nell'ambito del quale l'Agcm,

---

dimenti in materia di servizi premium dove il vaglio dell'Autorità sulla sussistenza della pratica commerciale aggressiva, consistente nella fornitura di servizi a sovrapprezzo non richiesti dagli utenti di telefonia mobile, ha investito la violazione dell'art. 66 *quinquies* articolo che pure era stato contestato in sede di avvio per le condotte poste in essere dopo il 14 giugno dello scorso anno con conseguente irrogazione di una sola sanzione. Pensiamo ancora al provvedimento con il quale, tra l'altro, l'Autorità ha accertato la sola violazione dell'art. 65 cod. cons. da parte di un operatore di telefonia mobile per avere utilizzato dopo il 14 giugno 2014 moduli contrattuali che prevedevano l'acquisizione del consenso del consumatore a fruire di servizi di reperibilità a pagamento mediante opzioni pre-fleggiate nonostante l'A. avesse ipotizzato in sede di avvio, anche per tali tipologie di condotte, la sussistenza di una pratica commerciale aggressiva. La decisione dell'Autorità si fonda sul presupposto che, le predette modalità di acquisizione del consenso degli utenti al momento della conclusione del contratto, accertate solo a seguito dell'istruttoria, non siano idonee ad integrare l'indebito condizionamento richiesto per la configurazione di una pratica aggressiva (Cfr. Provv. del 3 marzo 2015, n. 25334, PS/9696, in *Boll.* 7/2015).

<sup>51</sup> Sia la disciplina di recepimento della direttiva 2011/83/UE che la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, infatti, seppur con approcci differenziati – *orizzontale* quello delle pratiche, *verticale* quello sui diritti dei consumatori – contengono disposizioni dirette a regolare comportamenti posti in essere dal professionista nel corso dell'intera vicenda negoziale (prima, durante e dopo) che non presentano differenziazioni a seconda del mercato in cui il professionista si trova ad operare e rispetto alle quali – come a più riprese evidenziato – il legislatore dell'Unione si è orientato verso un approccio di sostanziale armonizzazione massima.

in linea con le evoluzioni che hanno caratterizzato il diritto dell'Unione nella costruzione del mercato unico europeo, ha gradualmente assunto un ruolo centrale.

Accanto all'azione *antitrust* di tutela e promozione della concorrenza – spesso individuata dalla stessa Autorità come funzionale alla protezione degli interessi economici dei consumatori<sup>52</sup> – il quadro delle competenze dell'Autorità è stato progressivamente ampliato sino a collocarla nel panorama giuridico nazionale come l'autorità amministrativa di riferimento in ambito consumeristico.

In essa, come evidenziato, si concentrano e sintetizzano i principali strumenti di carattere collettivo e pubblicistico a tutela del consumatore: dalle pratiche commerciali scorrette, al controllo pubblico sulle clausole vessatorie, sino alla attribuzione delle competenze in materia di *consumer rights*.

Una scelta quest'ultima che, oltre a confermare l'evidente preferenza del legislatore nazionale per un ridimensionamento del *private enforcement* a favore di soluzioni di *public enforcement*, ne testimonia la consapevolezza che solo *concentrando in un unico soggetto*<sup>53</sup> il controllo amministrativo su

---

<sup>52</sup> La tutela della concorrenza viene individuata dalla stessa Autorità come funzionale alla protezione degli interessi economici dei consumatori incrementandone il potere di acquisto. Difatti, la tutela della concorrenza svolge, almeno nel breve periodo, la funzione di una rete di sicurezza per i consumatori «*impedendo il trasferimento di risorse dai cittadini più esposti alla crisi alle imprese che, abusando del loro potere di mercato, ne erodono il potere di acquisto*» (Cfr. Agcm, Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013). Pensiamo al provvedimento con il quale l'Autorità ha accertato la sussistenza di una intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dei farmaci per la cura di gravi patologie vascolari della vista e che ha comportato per il Sistema Sanitario Nazionale un esborso aggiuntivo stimato in oltre 45 milioni di euro nel solo 2012 (Cfr. Provv. 27 febbraio 2014, n. 24823, in *Boll.* 11/2014, I760 *Roche-Novartis/Farmaci Avastin e Lucentisin*). In questo caso, l'Autorità ha anche considerato il fatto che l'intesa illecita, aveva avuto concreta attuazione con una profonda alterazione dei meccanismi della domanda, limitando la libertà di scelta dei consumatori attraverso il condizionamento del giudizio e della scelta terapeutica dei medici.

<sup>53</sup> Proprio al fine di garantire certezza giuridica per i consumatori e per i professionisti e di evitare una superflua duplicazione della tutela amministrativa già garantita nelle materie in questione dall'Autorità con il rischio di esiti divergenti nelle due sedi e conseguente incertezza giuridica per imprese e consumatori, il legislatore ha preferito non reiterare in sede di trasposizione della direttiva la previsione contenuta nel precedente art. 62 del cod.

discipline di carattere *trasversale e non settoriale*<sup>54</sup> caratterizzate da un regime comunitario di completa armonizzazione potrà essere garantita, anche sul piano dell'*enforcement*, l'applicazione uniforme delle discipline in tutti i comparti di mercato e la certezza del diritto per gli operatori, funzionali al raggiungimento del mercato unico europeo.

Un comune obiettivo, dunque, quello della *certezza del diritto* che, si auspica, non venga minato da interpretazioni giurisprudenziali o da iniziative normative, spesso discutibili, assunte nell'ambito di ordinamenti primari e non primari.

---

cons. che attribuiva alla polizia giudiziaria e alle Camere di Commercio poteri di accertamento e sanzione in materia di contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali (cfr. Relazione Illustrativa al d.lgs. 21/2014).

<sup>54</sup> Nella stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 21/2014 si legge: «L'Autorità è, quindi, meglio situata per l'esercizio di questa competenza non settoriale, che interseca ogni rapporto di consumo indipendentemente dalle modalità di conclusione del contratto».





Finito di stampare nel mese di marzo 2017  
da Editoriale Scientifica s.r.l.  
Via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli