

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 14/12/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38895-l-accertamento-di-una-pratica-commerciale-scorretta>

Autore: Girinelli Federica

L'accertamento di una pratica commerciale scorretta

GIRINELLI FEDERICA

Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Teramo

L'ACCERTAMENTO DI UNA PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA: IL DOPPIO BINARIO RIMEDIALE DEL *PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT*

Sommario: 1. Le pratiche commerciali scorrette; 1.1 Le pratiche commerciali ingannevoli; 1.2 Le pratiche commerciali aggressive; 2. I rimedi di public enforcement; 3. I rimedi di private enforcement; 3.1 L'articolo 140 bis Cod. Cons.; 3.2 I rimedi negoziali; 4. Le prospettive per il futuro: la Direttiva 2014/104/UE; 5. Conclusioni.

Abstract: la sfida odierna che l'Europa è tenuta ad affrontare consiste nel trovare un giusto compromesso tra molteplici interessi dotati di pari valore ontologico: da un lato la tutela delle libertà economiche e delle imprese e dall'altro la tutela dei soggetti deboli del mercato; da una parte il liberismo economico e dall'altra i diritti sociali; ed infine, su un versante, il carattere sovranazionale dei mercati e della relativa regolazione e, sull'altro, la dimensione ancora nazionale delle tutele e dei servizi legati al welfare state. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette rappresenta un tentativo delle istituzioni europee di bilanciamento dei valori della concorrenza e della tutela del consumatore quale contraente fisiologicamente debole. Il tentativo di bilanciamento, sebbene possa ritenersi riuscito sul piano del diritto sostanziale, suscita ancora dubbi con riferimento all'apparato rimediale, che la direttiva, in un'ottica di armonizzazione, ha rimesso agli stati membri; tuttavia, il legislatore nazionale non ha preso una posizione netta sul punto, a sua volta onerando gli interpreti del compito di individuare nell'ordinamento giuridico i rimedi più opportuni per il contratto a valle di una pratica commerciale scorretta. Un nuovo stimolo alla riflessione sulla tematica potrebbe trarsi dalla recente direttiva dell'Unione Europea in materia di risarcimento dei danni da illecito antitrust. Di certo, le difficoltà che si riscontrano nella costruzione di un apparato rimediale che sia idoneo a soddisfare le esigenze di tutela dei consumatori, senza tuttavia sacrificare le imprese a tal punto da mettere in discussione la loro attività economica sui mercati, fanno tastare la complessità dell'armonizzazione dei valori in gioco, che, ad ogni modo, è indispensabile per rendere il mercato comune «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere esterne» (art. 3 TUE), caratterizzato da una crescita economica equilibrata, dalla stabilità dei prezzi e da un'economia sociale di mercato ovviamente competitiva, ma altresì rivolta al progresso sociale.

The European Union has to face a new challenge today, which consists in obtaining a fair compromise between values of equal dignity: in particular, the protection of economic liberty, on one hand, and the protection of weak contractor, on the other; the laissez-faire and the social rights; finally, the supranational nature of the markets and the national character of the services depending on the welfare state. The European regulation about the unfair commercial practices represents an attempt of harmonization, which is a successful effort in the substantial right, not similarly in the remedies. The directive, in fact, refers to the member states the task of identifying the appropriate remedies about the contract downline of a unfair commercial practice. A new cause for reflection could come from the recent European directive about the damages under national law for infringements of the competition law. The national regulators are encountering many difficulties in building an opportune structure of remedies: anyway, an harmonization between the defence of consumers and the protection of the free economy is necessary to make

the common market «*an area of freedom, security and justice without internal frontiers*» (art. 3 TEU), characterized by a balanced economic growth, price stability and a social market economic, obviously competitive, but oriented to social progress too.

1. – Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato l'11 maggio 2005 la direttiva n. 29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno¹. Nel primo articolo la direttiva individua il suo scopo, che ha natura duplice e consiste nel «*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 ed amministrative degli stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori*»². Nei numerosi *Considerando*, infatti, si sottolinea come la difformità delle normative nazionali in materia di pratiche commerciali sleali potrebbe generare ostacoli al buon funzionamento del mercato interno; pertanto, le istituzioni europee hanno deciso di intervenire in un'ottica di armonizzazione, con una direttiva che non intende sostituirsi ad alcuna precedente normativa, né nazionale né sovranazionale³, bensì aspira ad ampliare la tutela degli interessi economici dei consumatori nei riguardi delle pratiche commerciali «*il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative ai prodotti*»⁴. La tutela del contraente debole, pertanto, non rappresenta l'unica finalità della disciplina in esame: in un mercato che, sempre grazie agli impulsi comunitari, è ispirato alla concorrenza, appare non realistico vietare tutte le pratiche commerciali vivaci e suggestive, che

1 La dottrina in materia di pratiche commerciali scorrette è molto vasta: G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008; ID, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d. lgs. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 2007, pp. 1188 ss; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 803 ss; E. GUERINONI, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; A. GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, pp. 73 ss; ID, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, pp. 886 ss; L. MINERVINI, E. ROSSI CARLEO, *Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007; U. WEATHERILL, S. BERNITZ, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29: new rules and new techniques*, Oxford, 2007; V. MELI, *Pratiche commerciali scorrette*, in www.treccani.it; N. Z. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da F. Galgano)*, Padova, 2012, vol. LXII, pp. 101 ss.

² Sul punto, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. n. 2, p. 383: «*Il dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento diviene nel diritto europeo il dialogo tra l'autonomia privata ed il mercato, il limite posto alla prima è rappresentato, quindi, dalla regolazione del mercato al fine di scongiurare il fallimento e si traduce nell'intervento sui suoi profili strutturali: la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza*».

³ Si tratta del *Considerando* n. 9, dir. 2005/29/CE. Giova precisare, ad ogni modo, che la direttiva in commento ha modificato la precedente dir. 84/450/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di pubblicità ingannevole, separando le discipline a seconda se siano rivolte alla tutela dei consumatori ovvero dei professionisti. Il legislatore nazionale ha attuato tale separazione limitando l'applicazione degli artt. 18-27 del Codice del Consumo ai rapporti tra professionisti e consumatori ed adottando il d.lgs. n. 145/2007 in materia di pubblicità ingannevole esclusivamente nelle relazioni tra imprese, il cui art. 1 infatti stabilisce che «*le disposizioni del presente decreto legislativo hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*».

⁴ Si tratta del *Considerando* n. 7, Dir. 2005/29/CE.

invece favoriscono la concorrenza ed in ultima istanza anche i consumatori, purché non travalichino nella scorrettezza professionale⁵.

Il legislatore nazionale ha provveduto ad attuare la direttiva in commento mediante il d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 146, che a sua volta ha sostituito gli articoli 18-27 del Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005) con la nuova normativa sulle pratiche commerciali scorrette⁶.

Il Codice del Consumo, in attuazione della direttiva, ha adottato una struttura stratificata, costituita da una clausola generale che pone il divieto di realizzare pratiche commerciali scorrette (art. 20); due norme generali di divieto, riguardanti le sottocategorie di cui si compone la scorrettezza professionale, ossia le pratiche commerciali ingannevoli, sotto forma sia di azioni (art. 21) che di omissioni (art. 22), e le pratiche commerciali aggressive (art. 24); infine, due disposizioni contenenti degli elenchi di pratiche che devono in ogni caso ritenersi ingannevoli (art. 23) e aggressive (art. 26). La dottrina si è a lungo interrogata sulla struttura esposta: a fronte di un orientamento che sottolinea l'applicazione residuale della clausola generale di cui all'art. 20, in relazione a fattispecie non specificamente regolate da una norma più dettagliata⁷, vi è un indirizzo che invece interpreta l'art. 20 come norma contenente i principi dell'intera materia⁸. Un'opinione compromissoria sostiene che le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive costituiscono *species* delle pratiche commerciali scorrette e per esse opera una presunzione di scorrettezza, restando ad ogni modo possibile dimostrare che altre pratiche, sebbene non rientranti nelle espresse nozioni di aggressività ed ingannevolezza, siano manifestazione di una scorrettezza professionale⁹.

Giova, in primo luogo, delineare l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in commento. L'art. 18 contiene le nozioni di professionista e consumatore rilevanti ai fini della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette: in particolare, è consumatore «*qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*»; mentre, è professionista «*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista*». Si tratta di definizioni che tendenzialmente si ispirano alle nozioni generali di consumatore e professionista contenute nell'art. 3 del Codice del Consumo; tuttavia, la scelta di inserire definizioni *ad hoc* per la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata considerata indice di una difformità di prospettiva tra la disciplina in esame e la restante normativa consumeristica. Nelle disposizioni afferenti alle pratiche commerciali scorrette, infatti, l'attenzione del legislatore pare essere rivolta

⁵ In tal senso R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, fasc. n. 5, 2012, p. 653.

⁶ La dottrina si è interrogata in ordine all'attributo di scorrettezza utilizzato dal legislatore nell'attuazione della direttiva del 2005, in considerazione dell'utilizzo del diverso aggettivo di slealtà nella traduzione italiana della direttiva medesima: si è ipotizzata l'intenzione del legislatore di rimarcare la differenza tra la presente disciplina e la disciplina della concorrenza sleale contenuta negli artt. 2598 cc e ss. In molti hanno criticato la scelta legislativa, considerando da un lato che nel microcosmo del codice del consumo le espressioni di slealtà e scorrettezza sono utilizzate come sinonimi e dall'altro che lo stesso art. 2598 co. 3 c.c. definisce sleale la condotta dell'imprenditore che si avvalga di mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale (G. DE CRISTOFARO, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, 2013, p. 149).

⁷ In particolare si tratta di G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 116, che definisce la struttura esposta come piramidale e dunque gerarchica.

⁸ M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., p. 54, definisce la struttura esposta a cerchi concentrici.

⁹ In tal senso, V. MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in AIDA, 2008, p. 257, che richiama a sostegno della sua tesi la prassi dell'Agcm, la quale non rinuncia mai ad effettuare una valutazione generale di contrarietà alla diligenza professionale, per poi successivamente verificare se sia possibile qualificare la pratica in termini di aggressività ovvero in termini di ingannevolezza.

all'attività commerciale del professionista, piuttosto che al contratto da questi stipulato con il consumatore¹⁰.

Al fine di individuare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, risulta opportuno procedere ad una lettura chirurgica dell'art. 20 del Codice del Consumo, in modo tale da chiarire il significato e le problematiche che ogni singola espressione utilizzata dal legislatore implica. La disposizione in esame vieta al primo comma le pratiche commerciali scorrette: la nozione di pratica commerciale è contenuta nell'art. 18 lett. d) ed è molto estesa, poichè comprende qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione e comunicazione commerciale. La nozione di scorrettezza, invece, si rinviene nel secondo comma dell'art. 20, e deriva da due diverse qualità di una pratica commerciale: la sua contrarietà alla diligenza professionale e la sua falsità ovvero idoneità a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio¹¹. A sua volta, la diligenza professionale è oggetto di un chiarimento nell'art. 18 lett. h) ed è definita quale «*normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti, rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*». La precisazione svolta dal legislatore non è casuale, poichè è finalizzata a distanziare la diligenza in esame dalla diligenza conosciuta dalla civilistica e parametrata sull'art. 1176 c.c., ossia sui tradizionali canoni di incuria, imperizia, imprudenza ed illegalità¹². Il livello

¹⁰ G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 1, 2013, p. 1, rinviene nella scelta di adottare definizioni soggettive specifiche l'indice più evidente della estraneità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alla restante normativa del Codice del consumo. Dall'art. 18, in particolare dal costante riferimento alle pratiche commerciali, si evince che l'intera disciplina non si occupa del consumatore contraente, nè del rapporto tra questi ed il professionista, bensì dell'attività commerciale che il professionista pone in essere nei confronti della generalità dei consumatori. Dalla focalizzazione dell'attenzione sull'attività e non sul singolo contratto, sarebbe possibile spiegare il silenzio da parte della disciplina in esame sulla sorte del contratto stipulato dal consumatore con un professionista che ha posto in essere una pratica commerciale scorretta e la previsione, invece, di rimedi generali pubblicistici, che vanno a colpire esclusivamente l'attività economica del professionista. Parimenti L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 166 precisa che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette si distingue rispetto alle precedenti discipline di settore nell'ambito consumeristico per un cambiamento di prospettiva: l'attenzione dei regolatori si sposta dall'atto-contratto alla pratica commerciale.

¹¹ Giova precisare che la nozione di correttezza non è d'ispirazione comunitaria, essendo da tempo conosciuta nell'ordinamento nazionale. L'art. 1175 c.c. stabilisce che il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza: si tratta, dunque, di una clausola generale del sistema delle obbligazioni, che deve informare tanto il comportamento del debitore quanto quello del creditore. La dottrina da tempo si interroga circa il rapporto di identità o di alterità tra la correttezza e la buona fede in senso oggettivo, che consiste in un'altra clausola generale prevista in materia contrattuale in diverse disposizioni codicistiche (nelle trattative, art. 1337 c.c.; nella condizione, art. 1358 c.c.; nell'interpretazione, art. 1366 c.c.; nell'esecuzione, art. 1375 c.c.; nell'eccezione di inadempimento, art. 1460 c.c.): a fronte di opinioni minoritarie che cercano di individuare dei tratti differenziali, l'opinione allo stato maggioritaria si esprime a favore dell'identità dei concetti. I doveri di buona fede oggettiva e di correttezza, che costituiscono attuazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, impongono alle parti obblighi ulteriori rispetto a quelli che scaturiscono dal rapporto obbligatorio. In particolare: doveri di protezione, di avviso, di segreto, di cooperazione e di conservazione.

¹² Nonostante la dottrina non sia ancora del tutto concorde sull'autonomia della nozione di diligenza prevista nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alla nozione del diritto comune espressa nell'art. 1176 c.c., la giurisprudenza risulta consolidata sul punto. Si veda, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720, in *Foro amm. C. d. S.*, 2011, 1. pp. 278 ss: «*Come è noto, in materia di pratiche commerciali, i professionisti sono tenuti a rispettare uno standard di diligenza tale da consentire al consumatore di determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. Tale canone di diligenza viene definito dall'art. 18, comma 1, lett. h), del codice del consumo, come il normale grado della specifica competenza che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività dei professionisti. Si tratta di una nozione di diligenza professionale che assume rilievo specifico nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla*

dovuto dai professionisti nello svolgimento delle pratiche commerciali non è determinabile a priori, bensì costituisce una questione che va risolta caso per caso, tenuto conto soprattutto dell'attività esercitata dal professionista¹³.

Per essere definita scorretta, una pratica commerciale deve avere un requisito ulteriore alla contrarietà rispetto alla diligenza professionale e consistente nella falsità ovvero nella idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio in misura apprezzabile. Ne consegue che l'illecito di scorrettezza professionale costituisce un illecito di pericolo, non essendo indispensabile la falsità della pratica, bensì rivelandosi sufficiente l'idoneità ad incidere sulle decisioni economiche dei consumatori. L'art. 18 lett. e) precisa il significato della idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, che si traduce nell'abilità di alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione commerciale consapevole. Tale idoneità non è affidata alla sensibilità degli interpreti, bensì risulta ben delineata in negativo mediante l'individuazione di due limiti: essa, infatti, deve essere apprezzabile e parametrata non a qualsiasi consumatore, ma al consumatore medio. I limiti *de quibus* rappresentano sia l'attuazione del principio di proporzionalità, cui sempre si ispira l'operato delle istituzioni europee, sia un tentativo delle istituzioni europee di trovare un bilanciamento tra il libero gioco del mercato e la tutela dei consumatori. In particolare: l'apprezzabile capacità di alterazione dei comportamenti economici dei consumatori costituisce un requisito *de minimis* ed è volto ad evitare applicazioni formalistiche della disciplina in esame¹⁴; il parametro delle valutazioni esposte consiste nel consumatore medio, ossia nel consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto, così come precisato dal Considerando n. 18 della direttiva del 2005¹⁵.

1.1 – Le pratiche commerciali ingannevoli consistono nella prima tipologia di pratiche commerciali scorrette disciplinate nel Codice del Consumo, il quale all'uopo prevede tre disposizioni normative. In primo luogo, le azioni ingannevoli di cui all'art. 21: sono tali le informazioni non rispondenti al vero ovvero le informazioni che, sebbene corrette, siano idonee ad ingannare il consumatore con riferimento ad una serie di elementi legati ad un prodotto (*ex multis*: l'esistenza o la natura del prodotto, le sue caratteristiche principali, la portata degli impegni del professionista, il prezzo, i diritti del consumatore). Il secondo comma della norma in esame stabilisce che devono essere considerate ingannevoli anche le azioni decettive dei professionisti, che inducano o siano idonee ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione commerciale che, in loro assenza, questi non avrebbe preso, comportando una confusione tra i prodotti e le rispettive denominazioni, ovvero il mancato adempimento da parte del professionista dei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare. In secondo luogo, l'art. 22 definisce le omissioni ingannevoli, intese come omissioni da parte del professionista di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio necessita per poter prendere consapevoli decisioni commerciali e che non siano già evidenti dal contesto negoziale, quali ad

nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquiliano».

¹³ In tale senso G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, (a cura di De Cristofaro e Zaccaria), 2013, p. 156, laddove precisa che la diligenza professionale dell'art. 18 è una nozione specificamente propria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dotata di piena autonomia, non mostrando alcun legame con la nozione civilistica di diligenza, nell'adempimento delle obbligazioni, e di colpa, nella responsabilità extracontrattuale.

¹⁴ R. PENNISI, *Considerazioni*, Cit., p. 653, parla di *materiality test*.

¹⁵ Sul punto R. PENNISI, *Considerazioni*, Cit., p. 653, evidenzia che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge la figura di un consumatore particolarmente accorto, molto di più rispetto alla media statistica dei livelli di attenzione e di conoscenza propri degli acquirenti nel mercato comune europeo. La Corte, in altre parole, tratteggia una figura deontologica del consumatore medio, poichè individua come un consumatore medio dovrebbe essere ed agire: non si limita a descrivere come la maggior parte dei consumatori è ed agisce. Diversa, invece, e più realistica, è la figura del consumatore medio che emerge dalla prassi dell'Agcm: un consumatore con un livello di attenzione e conoscenza piuttosto basso.

esempio le caratteristiche principali del prodotto, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, il prezzo complessivo del prodotto, comprensivo anche delle eventuali imposte. Infine, la successiva disposizione contiene un elenco tassativo di pratiche che sono considerate in ogni caso ingannevoli (*ex multis*: l'affermazione falsa di adesione ad un codice di condotta, l'esibizione senza autorizzazione di un marchio, la presentazione di diritti attribuiti dalla legge al consumatore come caratteristiche dell'offerta)¹⁶.

1.2 – La seconda tipologia di pratiche commerciali scorrette, ossia le pratiche commerciali aggressive, è descritta dall'art. 24 e si caratterizza per la presenza di molestie, coercizioni, ricorso alla forza fisica e indebito condizionamento¹⁷ al fine di incidere sul comportamento economico del consumatore medio. Quest'ultimo mezzo, stante la sua ampiezza e vaghezza, viene definito dall'art. 18 lett. l) in termini di sfruttamento di una posizione di potere del professionista rispetto al consumatore, tale da ricomprendere tutte le situazioni in cui il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità rispetto al professionista per ragioni economiche, lavorative, familiari o sociali. Giova precisare che l'indebito condizionamento rappresenta una concretizzazione dell'attività di armonizzazione che la direttiva del 2005 ha tentato di realizzare: la nozione *de qua*, infatti, è assolutamente estranea ai sistemi di *civil law* e deriva dalla tradizione giuridica di *common law*, dove viene utilizzata per descrivere le ipotesi in cui la parte debole di un rapporto contrattuale si sia determinata a contrarre per effetto della pressione psicologica esercitata da altri ed abbia così risentito un pregiudizio dei propri interessi (c.d. *undue influence*). Nei sistemi di *common law*, la sussistenza di un indebito condizionamento giustifica il ricorso al rimedio dell'annullamento del contratto¹⁸.

Infine, la disposizione normativa successiva elenca una serie di pratiche in ogni caso aggressive (*ex multis*: dare l'impressione al consumatore di non poter lasciare il locale commerciale senza aver concluso il contratto, effettuare costanti visite presso l'abitazione del consumatore nonostante il dissenso di questi, effettuare costanti solleciti telefonici per concludere dei contratti).

Dal sistema esposto si evince che, a fronte di due elenchi tassativi di pratiche in ogni caso ingannevoli e aggressive, in cui si realizza un'inversione dell'onere della prova a carico del professionista, il consumatore può dimostrare che una pratica, non rientrando negli elenchi, sia ingannevole o aggressiva sulla base del combinato disposto degli artt. 21 e 22 da un lato, nonché 24 e 25 dall'altro, ovvero sulla base della clausola generale di scorrettezza di cui all'art. 20.

L'attribuzione di posizioni giuridiche soggettive e di tutele sostanziali sarebbe destinata a rimanere confinata nei libri di scuola laddove non fosse accompagnata da un corposo braccio correttivo, ossia da un efficace e tempestivo sistema di *enforcement* che consenta ai soggetti beneficiari delle tutele di agire per attuare nella realtà concreta i principi affermati in astratto dalle normative.

¹⁶ Sul punto in dottrina è stata avanzata la possibilità di classificare l'elenco di pratiche in ogni caso ingannevoli in due categorie: pratiche commerciali fondate sull'inganno dell'apparenza e pratiche fondate sull'inganno della propaganda (NONA, in MINERVINI - ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, p. 196)

¹⁷ La dottrina, dalla lettura congiunta dell'art. 24 con l'art. 25 che è rubricato «Ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento», ritiene che le molestie consistano in atteggiamenti che importunano il consumatore, disagi idonei a penetrare nella sfera intima e personale, come ad es. l'inserimento costante di materiale pubblicitario nella cassetta delle lettere, nonostante l'esplicito avviso di essere la stessa sgradita (sul punto Howells, in *Howells-Micklitz-Wilhelmsson, European Trading Law*, p. 181). Le coercizioni, invece, sono accostate al ricorso alla forza fisica.

¹⁸ Sul punto M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 56; F. LUCCHESI, *Pratiche commerciali scorrette: definizioni e ambito di applicazione*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2013, I, p. 165.

2. – Il d.lgs. n. 146/2007 ha profondamente ridisegnato l'assetto della tutela amministrativa azionabile a fronte di scorrettezze commerciali perpetrate dalle singole imprese, affidando l'*enforcement* all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), già competente in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, ed incrementandone i relativi poteri sanzionatori ed inibitori, così come si evince dal testo attuale dell'art. 27 del Codice del Consumo¹⁹.

La direttiva n. 2005/29/CE, base normativa del decreto legislativo citato, si presentava particolarmente analitica e precisa, con riferimento agli aspetti di diritto sostanziale; tuttavia, il medesimo rigore non si rinviene con riferimento all'apparato rimediale. All'uopo, basti considerare l'articolo 11 della direttiva, che, dopo aver ricordato agli Stati membri il loro dovere di garantire l'osservanza delle disposizioni esposte nella direttiva, lascia a questi ultimi ampi margini di scelta in ordine all'applicazione della disciplina stessa. In particolare, in sede di attuazione, gli stati membri avrebbero potuto scegliere tra molteplici alternative: affidare la tutela della disciplina delle pratiche commerciali scorrette all'autorità giudiziaria ordinaria; incaricare un'autorità amministrativa della tutela in via esclusiva; infine, affidare ad un'autorità amministrativa il compito di promuovere un'adequata azione giudiziaria. Invero, le soluzioni esposte dalla direttiva non sono alternative tra loro, poichè la congiunzione utilizzata è duplice: e/o. Il d.lgs. n. 146/2007 ha usufruito di tutto il margine di scelta lasciato dalle istituzioni europee: ne è derivato un sistema rimediale particolarmente complesso, la cui analisi deve necessariamente prendere avvio dal rimedio avverso le pratiche commerciali scorrette espressamente previsto dal Codice del Consumo nel titolo ad esse dedicato.

Si tratta dell'art. 27, rubricato «*Tutela amministrativa e giurisdizionale*», in cui l'Agcm riveste il ruolo di protagonista indiscussa²⁰. Nei primi commi, la disposizione in esame individua sinteticamente i poteri dell'Autorità, la quale può vietare la diffusione di una pratica commerciale scorretta non ancora immessa sul mercato ovvero la continuazione di una pratica già utilizzata, nonché può sospendere in via cautelare la pratica commerciale in caso di urgenza ed infine irrogare sanzioni pecuniarie. Il procedimento in materia può prendere avvio d'ufficio ovvero su istanza di parte, sia individuale (singolo consumatore) che collettiva (organizzazione rappresentativa). Il responsabile del procedimento, come emerge dal regolamento interno dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette²¹, deve comunicare l'avvio dell'istruttoria a tutti i soggetti coinvolti, così assicurando il contraddittorio nei confronti dell'impresa che ha realizzato la pratica di cui si discute²². In seguito all'apertura dell'istruttoria,

¹⁹ In tal senso A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 49.

²⁰ L'Agcm è stata istituita in seguito all'entrata in vigore della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), in qualità di ente amministrativo indipendente deputato all'applicazione della normativa antitrust. In una prima fase, l'Autorità è stata impegnata esclusivamente nell'applicazione della normativa antitrust, in collaborazione con le istituzioni europee; successivamente, tuttavia, le sono state attribuite diverse competenze in ambiti settoriali eterogenei. In particolare, risulta opportuno citare il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (pubblicità ingannevole), il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67 (pubblicità comparativa), la l. n. 78/1999 (ripartizione dei diritti di trasmissione delle partite di calcio), la l. n. 57/2001 (il rispetto degli obblighi di separazione societaria per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale), il d.lgs. n. 28/2004 (concentrazione nel settore della distribuzione cinematografica), il d.lgs. 146/2007 (le pratiche commerciali scorrette), il d.lgs. 145/2007 (la pubblicità tra imprese), la l. n. 215/2004 (i conflitti di interesse dei titolari di incarichi governativi), il d.P.R. n. 168/2010 (i servizi pubblici locali di rilevanza economica). Sul punto, V. DI CATALDO, *Pratiche*, Cit., pp. 803 ss; A. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007; A. ASTAZI, *Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette*, in A. Catricalà-P. Troiano, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

²¹ Delibera Agcm 1 aprile 2015, n. 25411 - *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie* (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94).

²² Il contraddittorio è molto esteso: oltre ai soggetti direttamente coinvolti, in quanto imprese della cui condotta commerciale si discute e soggetti che hanno presentato l'istanza di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 10

dovrebbe iniziare un dialogo collaborativo tra l'impresa coinvolta e l'Agcm, che potrebbe culminare nell'archiviazione del procedimento con assunzione di impegni: entro quarantacinque giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, infatti, il professionista può presentare all'Autorità l'impegno di porre fine all'infrazione, rimuovendo i profili di illiceità della pratica commerciale. L'Agcm, valutata l'idoneità della proposta all'eliminazione della scorrettezza professionale, può accettare ed archiviare il procedimento, salvi i casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale. Laddove non si riesca a chiudere il procedimento mediante l'assunzione degli impegni, l'istruttoria prosegue fino alla decisione dell'Autorità che deve pervenire entro 120 giorni dall'avvio del procedimento (salve eventuali proroghe)²³.

Il responsabile del procedimento rimette gli atti raccolti e le valutazioni svolte nel corso dell'istruttoria al Collegio dell'Autorità, per l'adozione del provvedimento finale, che può essere di rigetto o di accoglimento. Il rigetto preclude all'Autorità di riesaminare i fatti che ne costituiscono il fondamento; l'accoglimento implica, nei confronti dell'impresa coinvolta, il divieto di diffondere o di continuare la promozione della pratica commerciale valutata scorretta e l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che oscilla tra 5.000 e 500.000,00 Euro, a seconda della gravità della condotta, della durata della violazione e della dimensione economica dell'impresa. Può inoltre essere ordinata la pubblicazione della pronuncia dell'Autorità sui quotidiani, a spese del professionista. Laddove le imprese non dovessero adeguarsi ai *dicta* dell'Autorità, la medesima può sospendere l'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Da quanto esposto, sembrerebbe che il legislatore italiano, nell'attuazione della direttiva del 2005, avesse optato in modo netto per la tutela amministrativa delle pratiche commerciali scorrette; tuttavia, l'impressione iniziale non risulta confermata da una lettura sistematica dell'intero apparato rimediale applicabile nell'ambito della scorrettezza commerciale.

L'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo ammette il ricorso al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, avverso le decisioni dell'Autorità. La scelta fatta dal legislatore in ordine alla giurisdizione sui provvedimenti dell'Agcm pone delle problematiche non indifferenti, quali la legittimazione ad agire e l'intensità del controllo giurisdizionale.

Con riferimento alla legittimazione ad impugnare un provvedimento dell'Agcm reso in materia di pratiche commerciali scorrette, *nulla quaestio* sulla legittimazione delle imprese destinatarie del provvedimento; tuttavia, la dottrina si è a lungo interrogata sulla legittimazione anche di soggetti diversi, quali i consumatori finali ed altre imprese. Superata una vetusta tesi restrittiva, basata sulla convinzione che la *ratio* dell'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato consisterebbe unicamente nella tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza²⁴, attualmente prevale l'orientamento estensivo, che ritiene la l. n.

del reg. Agcm possono intervenire nell'istruttoria i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria. Sulla domanda di partecipazione al procedimento, che deve essere motivata e riportare chiaramente l'interesse ad intervenire, deve pronunciarsi il responsabile del procedimento; in caso di responso favorevole, i partecipanti del procedimento possono depositare memorie e documenti, nonché fare richieste di accesso agli atti e chiedere di essere ascoltate dal responsabile del procedimento mediante apposite audizioni. Sul punto G. TADDEI ELMI, *I rimedi: tutela amministrativa e giurisdizionale. L'autodisciplina*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2013, I, pp. 237 ss.

²³ Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità può disporre dell'ausilio della guardia di finanza, svolgere ispezioni e perizie (artt. 13 e 14). Allorché il responsabile del procedimento ritiene sufficientemente istruita la questione, comunica alle parti la data di conclusione dell'istruttoria ed indica loro un termine per la presentazione di memorie conclusive. Sul punto, S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. n. 7-8, 2008, pp. 1460B ss.

²⁴ In tali termini: Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792 in *Repertorio di giurisprudenza amministrativa* 2007, di G. Mastropietro, A. Tartaglia, L. Tramontano, p. 429.

287/1990 finalizzata alla tutela di tutti gli operatori economici: pertanto, si ritengono legittimati ad impugnare un provvedimento dell'Agcm sia i consumatori, in quanto portatori di un interesse qualificato ad ottenere informazioni commerciali corrette, che altre imprese non destinatarie del provvedimento, purché operanti nel medesimo settore economico dell'impresa destinataria²⁵.

In ordine all'intensità del sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Agcm, l'orientamento tradizionale sul punto riconduceva la questione alla tematica del controllo giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi costituenti manifestazione di discrezionalità tecnica delle pubbliche amministrazioni e si esprimeva in favore di una sindacabilità per i vizi di legittimità, ma non di merito, ad eccezione della determinazione delle sanzioni pecuniarie, dove il sindacato può estendersi al merito amministrativo ai sensi dell'art. 134, co.1, lett. c) del d.lgs. n. 104/2010. In altre parole, l'attività dell'Agcm è ricondotta alla discrezionalità tecnica, a cui tradizionalmente consegue un sindacato debole del giudice amministrativo, il quale non può sovrapporre la propria valutazione tecnica alla determinazione dell'ente amministrativo, ma può realizzare soltanto un controllo di ragionevolezza, razionalità, non contraddittorietà e logicità dei provvedimenti amministrativi²⁶. La circostanza esposta ha reso particolarmente critica una parte della dottrina²⁷, la quale ha ritenuto non felice la scelta del legislatore di affidare la tutela avverso le scorrettezze commerciali ad un ente, di certo indipendente, ma in ogni caso amministrativo e, pertanto, abilitato ad usufruire di quella discrezionalità amministrativa che non contribuisce alla certezza del diritto ed alla efficacia di una struttura rimediale.

Sul punto, giova evidenziare la presenza di un'evoluzione giurisprudenziale: a partire dal 2004, infatti, il Consiglio di Stato, sulla scorta delle critiche elaborate dalla dottrina, ha superato la dicotomia tra sindacato debole-sindacato forte del giudice amministrativo sui provvedimenti costituenti espressione di discrezionalità tecnica. Nelle sentenze, infatti, si rinviene la precisazione per cui non assume rilievo la qualificazione del sindacato, bensì rileva soltanto il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il cui rispetto richiede che il giudice possa verificare se il potere attribuito alle Autorità indipendenti sia stato esercitato correttamente: ne è conseguita l'estensione della cognizione piena del giudice amministrativo sia alle questioni di fatto che alle questioni di diritto, senza ovviamente giungere alla sostituzione del proprio apprezzamento e della propria valutazione tecnica agli accertamenti ed alle valutazioni realizzate dall'amministrazione²⁸.

²⁵ In tali termini: Cass. Civ. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207 in *Danno e resp.* 2005, pp. 495 ss.

²⁶ *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 7 luglio 2008, n. 3345 in *Foro amm. C.d. S.*, 2008, 7-8, pp. 2108 ss; Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054 in *Foro. it.*, 2003, III, pp. 361 ss. Per un'analisi in materia di discrezionalità amministrativa si rinvia a E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 360.

²⁷ Si veda in proposito V. DI CATALDO, *Pratiche*, Cit., p. 803: nel caso di pratiche commerciali scorrette, la scelta del giudice amministrativo come giudice competente a decidere sui provvedimenti dell'Autorità garante non è una scelta felice. L'insoddisfazione deriva dal fatto che, secondo le regole del Consiglio di Stato, il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante non è un sindacato pieno. Tutt'al contrario, è un sindacato di tipo debole che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione all'operato dell'Autorità. Il controllo del giudice è volto esclusivamente a verificare la veridicità dei fatti posti alla base del provvedimento impugnato, la logicità della contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e la correttezza logica del confronto tra i fatti accertati e le norme come contestualizzate dall'Autorità.

²⁸ In tali termini: Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2009, n. 4082 in *Foro. amm. C.d.S.* 2009, 6, pp. 1511 ss: «Al riguardo, deve essere ricordato che le valutazioni, effettuate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, costituiscono espressione di discrezionalità tecnica e sono, in quanto tali, sindacabili non solo se immotivate o irragionevoli, ma anche in ogni caso in cui, oltre ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, sia possibile estendere l'oggetto del giudizio con cognizione piena alla esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie applicabile. Se è vero infatti che il Giudice non può sostituire all'apprezzamento dell'Amministrazione il proprio apprezzamento, è anche vero che il medesimo Giudice non può esimersi dal valutare casi di oggettiva erroneità in rapporto a parametri tecnici di univoca lettura, ovvero a dati di comune

3. – Il processo di integrazione europea ha posto la scienza giuridica di fronte ad una difficoltà senza precedenti: in passato, infatti, sebbene fossero egualmente presenti difficoltà ermeneutiche nei testi di legge e di conseguenza occorresse un'attività di ricostruzione sistematica da parte della dottrina, tutte le problematiche vedevano coinvolti soggetti che parlavano la stessa lingua, utilizzavano le medesime categorie giuridiche e ragionavano avendo alle spalle un *background* giuridico comune, costituito da pochi ma non discutibili dogmi. Tra questi, vi era di certo la concezione di rimedio, quale strumento di tutela di un interesse giuridico²⁹: ne derivava l'assoluta certezza della priorità della definizione e qualificazione di un interesse rispetto all'individuazione del relativo rimedio, che, infatti, consisteva in un'operazione logicamente succedanea e secondaria rispetto alla ricostruzione della posizione giuridica soggettiva di interesse³⁰.

Il diritto europeo, invero, capovolge la prospettiva descritta. Nelle normative europee destinate ad incidere sui contratti non si rinvenivano numerose menzioni di invalidità né di inefficacia: il regolatore europeo preferisce individuare il risultato che gli stati membri devono garantire ed affida ad essi il compito di selezionare all'interno dei diversi ordinamenti giuridici i rimedi opportuni per ottenere i risultati richiesti³¹. Considerando la difformità delle tradizioni giuridiche degli stati membri, non era pensabile dare vita a normative di armonizzazione che prendessero posizione sulle situazioni giuridiche soggettive: inevitabilmente, si sarebbe dovuta compiere una scelta preferenziale a favore dell'una o dell'altra tradizione giuridica. Di conseguenza, il diritto europeo ha scartato a priori la prospettiva assiologica del diritto a favore di una prospettiva teleologica e orientata al risultato: in altre parole, nell'orizzonte del diritto europeo assume rilievo prioritariamente la tutela di una posizione di fatto che è stata ritenuta rilevante e, solo subordinatamente, la sua qualificazione giuridica, che infatti può variare da stato membro a stato membro, mentre comune deve essere il livello di tutela garantito³².

Alla luce di tali premesse, pare opportuno analizzare i rimedi di diritto interno e le scelte all'uopo operate dal legislatore nazionale.

esperienza e ad orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia. L'indirizzo sopra sintetizzato si è tradotto nelle formule, di norma utilizzate dalla giurisprudenza, secondo le quali l'esercizio della discrezionalità tecnica deve risultare attendibile (in quanto rispondente ai dati concreti), logico e non arbitrario. L'orientamento giurisprudenziale indicato mira a garantire, con l'effettività della tutela giurisdizionale, l'esclusione di ambiti franchi da tale tutela, al fine di assicurare un giudizio coerente con i principi, di cui agli articoli 24, 111 e 113 Cost., nonché 6, par. 1, CEDU».

²⁹ Sul punto, M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5 - *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 119.

³⁰ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. n. 1, 2014, pp. 1 ss precisa che la concezione assiologica del diritto pone al centro della ricostruzione di ogni vicenda l'interesse e la sua rilevanza del sistema giuridico. Interesse e rilevanza pongono, a loro volta, all'ordinamento il problema della tutela. La rilevanza giuridica non esaurisce infatti la giuridicità del fatto. Oltre alla rilevanza giuridica, vi è il momento dell'efficacia. In ogni fatto giuridico si individuano due fasi, una rappresentata dal processo qualificativo diretto ad attribuire rilevanza e riconoscimento formale al fatto; un'altra di riconduzione degli effetti giuridici alla fattispecie già giuridicamente qualificata come rilevante.

³¹ Sul punto V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.* 2007, fascic. n. 6, pp. 845 ss: l'Autore evidenzia come le formule ricorrenti nel linguaggio del diritto europeo dei contratti di fonte comunitaria sono 'l'irrinunciabilità di determinati diritti', 'il carattere imperativo o cogente di apposite disposizioni', 'la non vincolatività di particolare accordi o clausole contrattuali'. Il lessico giuridico europeo risulta restio ad utilizzare espressioni quali validità, nullità o inefficacia.

³² Sul punto M. ASTONE, *Rimedi*, Cit.: si precisa che il diritto europeo dei contratti sotto questo profilo appare fortemente innovativo, poiché obiettivo fondamentale è garantire il soddisfacimento e la piena realizzazione degli interessi, a prescindere dalla forma di rilevanza da loro assunta. Perciò appare sufficiente una strategia rimediale che sia portatrice insieme dell'interesse e del mezzo di tutela e sia idonea a consentirne la realizzazione o la reintegrazione.

3.1 – L’art. 140 - bis del Codice del Consumo è stato introdotto dall’art. 2, commi 445-449, della l. 24 dicembre 2007 n. 244, che ha istituito l’azione collettiva risarcitoria, preposta a garantire la tutela collettiva risarcitoria di una pluralità di consumatori ed utenti, lesi da una medesima condotta perpetrata da una determinata impresa. L’azione, ad ogni modo, è entrata in vigore soltanto nella versione disegnata dall’art. 49 della l. 23 luglio 2009, n. 99 e si proponeva di rimuovere gli ostacoli di ordine economico che si frappongono tra i consumatori e la tutela dei loro diritti: sovente, infatti, i singoli consumatori rinunciano a far valere i diritti loro attribuiti dalla legge poichè i costi giudiziali si rivelerebbero superiori ai benefici che potrebbero derivare dall’eventuale accoglimento della relativa azione giudiziale.

Giova precisare che la tutela collettiva risarcitoria rappresenta una parte di un più corposo intervento legislativo, finalizzato all’introduzione di rimedi collettivi a fronte della lesione degli interessi consumeristici. L’intervento in parola è stato intrapreso dopo le crisi finanziarie causate dalle *debacle* economico-finanziarie di Cirio e Parmalat e si è sviluppato su due distinte fasi: nella prima, è stata introdotta l’azione collettiva inibitoria (art. 140)³³ e nella seconda, appunto, l’azione collettiva risarcitoria (140 - bis), ispirata alla *class-action* statunitense³⁴.

La legittimazione attiva dell’azione spetta a ciascun componente della classe, sia individualmente, sia attraverso associazioni rappresentative, le quali possono agire soltanto come mandatarie dei consumatori e degli utenti. L’espressione ‘classe’ deve essere letta in combinato disposto con l’*incipit* della disposizione in esame, dove si individua il presupposto oggettivo dell’azione collettiva risarcitoria, che infatti può essere avviata soltanto al fine di tutelare ‘*diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti*’³⁵. Tale presupposto oggettivo, ad ogni modo, è chiarito dal secondo comma dell’art. 140 - bis, laddove si elencano gli oggetti della tutela collettiva risarcitoria: i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano in una situazione omogenea nei confronti di una medesima impresa; i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore; e, *dulcis in fundo*, i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

³³ L’art. 140 del Codice del Consumo attribuisce alle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti il diritto di agire collettivamente per la tutela degli interessi di questi ultimi, richiedendo al giudice competente l’inibitoria di atti e comportamenti perpetrati da professionisti e lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti. In tale sede, le associazioni possono chiedere all’autorità giudiziaria di adottare delle misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi degli atti già compiuti, ma non possono chiedere il risarcimento dei danni sofferti dai consumatori e dagli utenti.

³⁴ Si vuol far riferimento alla *damage class action* (ossia azione giudiziale finalizzata al risarcimento del danno e non alla *injunctive class action*, volta all’accertamento di una condotta illecita), che consiste in uno strumento versatile e generico, attraverso cui è possibile realizzare la tutela dei diritti degli individui (BONA, *Obiettivo class action: l’azione collettiva risarcitoria*, a cura di Consolo, Bona, Buzzelli, p. 2). Negli Stati Uniti è possibile che un singolo consumatore, danneggiato dalla condotta di un’impresa, decida di promuovere una *class action* per ottenere il risarcimento dei danni, in rappresentanza degli altri eventuali consumatori danneggiati. La sua azione è soggetta ad un filtro da parte di una Corte federale che deve verificare la capacità del soggetto richiedente di tutelare adeguatamente gli interessi dei potenziali danneggiati, nonché la copiosità dei danneggiati e l’omogeneità della situazione da cui è scaturita la richiesta di tutela. Una volta ammessa l’azione, la Corte federale provvede a nominare il soggetto rappresentante della classe, che sovente coincide con il consumatore che ha subito il maggior danno, ed il suo difensore in giudizio, che è lo studio legale che di fatto finanzia l’azione giudiziale. Al termine dell’azione, laddove accolta, il giudice fissa la somma dovuta a titolo risarcitorio a tutti gli appartenenti alla classe (sistema c.d. opt-out), comprensiva anche dei danni punitivi. Sul punto G. DINACCI, in *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino, 2012, pp. 231 ss.

³⁵ Sul punto si consideri il recente intervento legislativo, intervenuto con l’art. 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 che ha introdotto diverse novità: in primo luogo, si è sostituito l’aggettivo «omogenei» al precedente aggettivo «identici», così operando un ampliamento del presupposto oggettivo di applicabilità dell’azione di classe; in secondo luogo, si è introdotto un termine non superiore a 90 giorni per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno; infine, si è specificato che oggetto dell’azione è l’accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori.

Il procedimento giudiziale si articola in una prima fase in cui il tribunale competente (che è il Tribunale ordinario del capoluogo di regione in cui ha sede l'impresa) si pronuncia sulla ammissibilità o meno dell'azione; in caso di responso positivo, il tribunale individua le modalità più idonee per rendere pubblica l'azione e fissa un termine perentorio entro il quale gli atti di adesione devono essere depositati in cancelleria (sistema c.d. *opt-in*). Nella seconda fase, il legislatore ha ritenuto opportuno incentivare la promozione di una soluzione transattiva, prevedendo un tempo di novanta giorni entro il quale l'impresa e gli aderenti all'azione di classe possono raggiungere un accordo in ordine alla somma da liquidare. In assenza della definizione transattiva della controversia, il tribunale liquida in via equitativa le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione oppure individua un criterio di calcolo per la liquidazione. L'adesione ad un'azione di classe preclude agli aderenti ulteriori azioni risarcitorie individuali; gli aderenti, ad ogni modo, non sono tenuti ad accettare la proposta transattiva, residuando per chi non aderisce all'accordo la possibilità di esperire un'azione di risarcimento individuale.

Una disposizione di peculiare interesse, che fa tastare le problematiche derivanti dalla necessità di coordinare i diversi strumenti rimediali a fronte di una pratica commerciale scorretta, si rinviene nel sesto comma dell'art. 140 bis, laddove è previsto che il tribunale può sospendere alla prima udienza il giudizio «*quando sui fatti rilevanti al fine del decidere è in corso un'istruttoria dinanzi ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*». La presenza di tale norma di raccordo ha fatto sì che le poche azioni di classe risarcitorie finora intraprese nell'ordinamento nazionale siano state successive ad una pronuncia dell'Agcm che abbia accertato la scorrettezza di una pratica commerciale³⁶. Statisticamente, sono numerose le pratiche commerciali scorrette che si prestano per la loro diffusività ad un'azione di classe: basti pensare all'attivazione di servizi di pagamento non richiesti, nonché alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, ovvero all'omissione ingannevole di informazioni rilevanti per una decisione commerciale consapevole³⁷.

Nonostante l'entrata in vigore dell'art. 140-bis fosse stata salutata con favore, invero ad oggi le azioni di classe effettivamente intentate e giunte a sentenza si contano su un palmo della mano. Le ragioni sono molteplici: in primo luogo, la diffidenza degli operatori del diritto, che considerano la *class action* uno strumento estraneo alla tradizione giuridica nazionale; in secondo luogo, l'amara constatazione che difficilmente un singolo consumatore si potrebbe rendere portatore degli interessi di categoria, così svelando la circostanza per cui l'azione di classe può essere effettivamente promossa esclusivamente da soggetti economici forti ed esperti, in quanto tenuti ad accollarsi le spese giudiziali ed a superare il filtro di ammissibilità che il legislatore ha posto nella disciplina dell'azione collettiva risarcitoria. Infine, non può sottacersi la circostanza

³⁶ La dottrina risulta divisa in ordine all'atteggiamento che deve avere il giudice civile nelle ipotesi di azioni di classe c.d. *follow-on*, ossia susseguenti ad un provvedimento di condanna della pratica commerciale scorretta da parte dell'Agcm. Un orientamento sostiene che il tribunale deve in ogni caso compiere un pieno accertamento del fatto produttivo del danno risarcibile e deve considerare il provvedimento dell'Autorità come mero indizio (M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006); un altro indirizzo attribuisce alla discrezionalità del giudice civile decidere quale peso attribuire agli accertamenti dell'Agcm (M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, pp. 345 ss); altri studiosi hanno qualificato il provvedimento dell'Autorità come prova privilegiata nel giudizio civile (V. FALCE, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in www.dimt.it); un ultimo orientamento ritiene che il provvedimento dell'Autorità sia idoneo a fondare una presunzione legale sia in ordine alla sussistenza del fatto che in ordine alla qualificazione dello stesso come lecito o illecito, residuando in ogni caso al giudice ordinario il diritto di disapplicare un provvedimento amministrativo e così discostarsi, con una congrua motivazione, dagli accertamenti svolti dall'Agcm (M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. n. 4-5, 2011, pp. 147 ss).

³⁷ In tal senso E. SBARBARO, *L'azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese*, in www.dimt.it.

della natura irrisoria dei risarcimenti concessi nelle esigue *class action* giunte a sentenza nell'ordinamento nazionale³⁸.

3.2 – Gli articoli 140 e 140-bis del Codice del Consumo prevedono dei rimedi giurisdizionali avverso i comportamenti commerciali scorretti delle imprese, così differenziandosi dalla tutela amministrativa offerta dall'Agcm e disciplinata dall'art. 27 del Codice. Si tratta, ad ogni modo, di rimedi a vocazione collettiva, che lasciano priva di risposta una domanda che, da quanto sovra esposto, sorge spontanea: del contratto a valle, stipulato dal consumatore con il professionista che ha realizzato una pratica commerciale scorretta, *quid iuris*?

Sul punto, infatti, la direttiva del 2005 precisa di non pregiudicare i ricorsi individuali proposti dai soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale, nè tantomeno l'applicazione delle disposizioni europee e nazionali relative al diritto contrattuale, ai diritti di proprietà intellettuale, agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti, alle condizioni di stabilimento ed ai regimi di autorizzazione. Il legislatore nazionale ha pedissequamente attuato il *dictum* della direttiva nell'art. 19 del Codice del Consumo, assicurando che le nuove disposizioni non pregiudicano «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto».

Giova soffermarsi sull'espressione «non pregiudica» utilizzata dal legislatore italiano: dovrebbe trattarsi di un'affermazione neutrale, che non prende posizione sulla tematica e non implica l'assenza di rimedi negoziali ed individuali a fronte della perpetuazione di pratiche commerciali scorrette³⁹. Tale espressione, sebbene rispettosa della direttiva, in cui ha di certo una giustificazione razionale consistente nel garantire l'armonizzazione tra diverse esperienze giuridiche senza favorire alcuna di esse, non trova una giustificazione sostanziale in un ordinamento nazionale, dove il regolatore è tenuto a tracciare la via a cui gli operatori del diritto avranno il dovere di attenersi. Il decreto legislativo del 2007, invece, rinvia al sistema giuridico nazionale ed affida agli interpreti l'arduo compito di individuare i rimedi negoziali nei confronti di un contratto derivante da una pratica commerciale scorretta, con l'intenzione inespressa ma evidente di non prendere posizione in ordine alle disquisizioni dottrinali afferenti ai rimedi da utilizzare nelle ipotesi di violazioni di discipline di ispirazione europea. Procedendo attraverso il metodo dell'interpretazione sistematica, è possibile individuare due ampie tipologie di rimedi astrattamente applicabili al contratto *de quo*: il rimedio dell'invalidità, nelle diverse forme della nullità e dell'annullabilità, ed il rimedio della responsabilità, nei diversi schemi giuridici offerti dalla tutela aquiliana, dalla tutela precontrattuale e dal risarcimento dei danni.

Con riferimento ai rimedi invalidanti, l'indagine non può che prendere le mosse da una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in cui si è precisato che l'accertamento di una pratica commerciale scorretta non implica automaticamente l'invalidità del contratto stipulato dal

³⁸ Al riguardo M. ASTONE, *Rimedi*, Cit., precisa che il frequente utilizzo nel sistema americano delle *class action* è legato anche alla corposità dei risarcimenti del danno accordati dalle Corti federali, in quanto comprensivi dei *punitive damages*. Tale circostanza sarebbe non ammissibile non solo nell'ordinamento italiano, ma anche nell'esperienza europea: dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, si evince che, pur spettando agli Stati membri il compito di stabilire i criteri di determinazione del danno risarcibile, in ogni caso deve essere sempre garantito il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza, al fine di evitare arricchimenti senza causa degli aventi diritto.

³⁹ Sul punto, M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, p. 481 sostiene che il legislatore italiano, al pari di quello europeo sebbene per diverse ragioni, ha evitato di prendere posizione sui rimedi negoziali applicabili all'esito di un accertamento di una pratica commerciale scorretta. G. Taddei Elmi, *I rimedi*, Cit., pp. 235 ss. evidenzia che «ben può dirsi che mentre l'AGCM è preposta alla cura dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, mediante l'adozione dei provvedimenti sanzionatori amministrativi (*public enforcement*), ai giudici ordinari rimane affidata la tutela civilistica dei singoli soggetti danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette (*private enforcement*): tutela i cui contorni non sono tuttavia ben precisati nel Codice del Consumo».

consumatore con il professionista⁴⁰. Essendo, quindi, bandito ogni automatismo, occorre di volta in volta considerare gli effetti che la presenza di una pratica commerciale scorretta ha determinato sull'operazione negoziale.

Secondo la teoria classica dell'invalidità, un regolamento di interessi viene considerato nullo in ragione del difetto o della grave anomalia di uno o più elementi costitutivi, tale da rivelarsi inidoneo alla produzione dei suoi effetti tipici; la nullità, inoltre, viene anche valutata dalla prospettiva della sua *ratio*, consistente nella tutela di interessi generali⁴¹. Come noto, l'art. 1418 c.c. prevede tre tipologie di nullità: la nullità strutturale, a fronte di un difetto di uno degli elementi costitutivi del contratto; la nullità testuale, a fronte di una violazione di una norma che preveda espressamente come conseguenza la nullità; la nullità virtuale, che è inespressa e consegue alla violazione di una norma imperativa. La disciplina consumeristica ha innovato il sistema delle nullità, poichè ha introdotto una nullità testuale con un regime speciale, c.d. nullità di protezione, avente ad oggetto le clausole vessatorie inserite nei contratti di consumo⁴². Con riguardo alle pratiche commerciali scorrette, manca una previsione siffatta, con la conseguenza di dover escludere *de iure condito* la nullità testuale del contratto a valle. Ci si è chiesti se fosse possibile ritenere invalido il contratto sulla base dell'accertamento di una nullità virtuale, consistente nella violazione della norma imperativa di cui all'art. 20 del Codice del Consumo ovvero nella violazione dell'art. 143 del medesimo, che in via generale prescrive la nullità di ogni pattuizione contraria alle disposizioni del Codice del consumo. All'uopo, la discussione si è spostata sull'annosa questione dell'individuazione delle norme imperative idonee a generare nullità virtuali: in dottrina la definizione comunemente accolta consiste nel ritenere imperative le norme che l'autonomia privata non può derogare, in quanto poste a tutela di interessi generali e dell'ordine pubblico⁴³. Un contratto contrario a norme imperative è, dunque, nullo in seguito ad un giudizio di dannosità sociale e di immeritevolezza della causa contrattuale, qualificabile come illecita (art. 1343 c.c.)⁴⁴. Una tale definizione nel tempo non si è rivelata sempre utile al fine di individuare le nullità virtuali, stante l'incremento delle previsioni di norme cogenti nel diritto privato da parte dei regolatori, nazionale ed europeo. La discussione sul punto, pertanto, si è focalizzata sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità: sebbene siano in aumento

⁴⁰ Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, C-453/10 : «(...) è sufficiente rilevare che la direttiva 2005/29 non pregiudica l'applicazione, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 2, del diritto contrattuale, né, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia dei contratti. Di conseguenza, l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13» in www.europa.eu.

⁴¹ Sul tema generale della nullità: M. Bianca, *Diritto Civile 3 - Il contratto*, Milano, 2000, pp. 612 ss; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* di V. ROPPO, Milano, 2006, IV. pp. 1 ss; F. GALGANO, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Roma, 1998, articoli 1414-1446, pp. 78 ss.

⁴² In particolare, l'art. 36 del Codice del Consumo stabilisce al primo comma che: «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto». Sull'argomento la letteratura è molto vasta: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; G. D'AMICO *Nullità virtuale - nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, Torino, 2009; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; F. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Milano, 2002.

⁴³ In tal senso, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, IV. pp. 40 ss.

⁴⁴ Sul punto M. BIANCA, *Diritto Civile 3 - Il contratto*, Milano, 2000, p. 618.

le voci contrarie⁴⁵, l'opinione ancora maggioritaria in dottrina⁴⁶ ritiene che la nullità di un negozio possa conseguire esclusivamente alla violazione di regole afferenti alla sua sostanza ed ai suoi elementi costitutivi, non invece alla violazione di regole che prescrivono doveri di correttezza e modelli di condotta. L'indice dal quale evincere che il contesto culturale e giuridico attuale non è ancora pronto a sviluppare tutte le potenzialità sottese alla nullità virtuale si rinviene nella celebre pronuncia resa a Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di intermediazione finanziaria, dove si è ribadito che la violazione dei doveri informativi degli intermediari, sebbene sanciti in norme imperative, non è idonea ad invalidare un contratto di intermediazione, implicando soltanto conseguenze sul piano della responsabilità (contrattuale o precontrattuale, a seconda del momento in cui si è realizzata la violazione) e del risarcimento dei danni⁴⁷. Con riferimento al rimedio della nullità virtuale, giova precisare che il suo campo di applicazione potrebbe essere in ogni caso residuale, ossia afferente a tutte le ipotesi in cui non è ravvisabile nel sistema giuridico un rimedio specifico⁴⁸.

In particolare, un rimedio calzante potrebbe essere ravvisato nell'annullamento del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta. La teoria generale dell'invalidità riconduce l'annullabilità all'esigenza di tutela di interessi particolari, quali sono gli interessi dei soggetti che hanno concluso un contratto in una situazione di incapacità ovvero in una situazione di difettosità del consenso. Cause tipiche di annullabilità del contratto, infatti, sono l'incapacità (art. 1425 c.c.)

⁴⁵ Si vedano G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in AA.VV. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, pp. 227 ss; V. SCALISI, *Il contratto*, Cit., pp. 244 ss; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, pp. 242 ss; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contratti*, 2003, pp. 200 ss; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr./Eu.*, fascic. n. 1, 2007, pp. 39 ss, con riferimento all'ammissibilità del rimedio della nullità soltanto a fronte delle pratiche commerciali aggressive.

⁴⁶ Si veda V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass. Civ. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724*, in *I contratti*, 2008, 3, pp. 235 ss: se è la sola condotta dell'intermediario a violare norme imperative, ciò non determina la nullità del contratto. Ai sensi dell'art. 1321 c.c., il contratto è il risultato dell'accordo dei contraenti, non il comportamento di una delle parti. Ne consegue che, se le parti inserissero nel contratto di investimento una clausola contraria ad uno dei principi espressi nell'art. 21 TUF, la medesima sarebbe nulla per violazione di norme imperative. I comportamenti scorretti delle parti non entrano a far parte del programma contrattuale e non possono determinarne l'invalidità. Allo stesso modo V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 2, pp. 233 ss: la corte esclude che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario possa originare una nullità riconducibile al secondo comma dell'art. 1418 c.c., che come noto costituisce il riflesso negativo dei requisiti essenziali del contratto, la cui mancanza ovvero, quanto all'oggetto ed alla causa, la cui illiceità determina a sua volta la nullità del contratto. Al più, l'esistenza di vizi del consenso potrebbe tradursi nella annullabilità del contratto quadro. Parimenti G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; e A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

⁴⁷ Si tratta della sentenza Cass. civ., sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 in *Il civilista*, 2009, 10, pp. 100 ss con nota di Roi. Il principio espresso è del seguente tenore: «In tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di corretta informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi finanziari può dar luogo a responsabilità pre-contrattuale - con conseguenze risarcitorie ove dette violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) - o a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni compiute in esecuzione al contratto quadro; in ogni caso, è da escludere che, mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso».

⁴⁸ Secondo la teoria classica dell'invalidità, il rimedio della nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c. ha natura residuale poichè può trovare applicazione solo con riferimento alla violazione di norme imperative non assistite da altro specifico rimedio previsto dall'ordinamento giuridico.

ed i vizi del consenso, quali l'errore, la violenza e il dolo (art. 1427 c.c.)⁴⁹; ovviamente, soltanto i vizi del consenso possono risultare calzanti nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

In primo luogo deve prendersi in considerazione l'errore, che, tradizionalmente inteso come falsa o erronea rappresentazione della realtà, potrebbe essere accostato alle pratiche ingannevoli, le quali infatti contengono informazioni non rispondenti al vero ovvero inducono il consumatore ad una rappresentazione non corretta con riferimento agli elementi del prodotto. Da un punto di vista sostanziale, potrebbe effettivamente esservi un'assonanza, che, ad ogni modo, viene meno non appena si presta attenzione alla disciplina positiva dell'errore: l'errore, infatti, per poter legittimare l'annullamento del contratto, deve essere essenziale e riconoscibile⁵⁰. L'essentialità non rappresenterebbe un ostacolo all'applicazione dell'errore alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in quanto l'elenco degli elementi su cui ha inciso l'informazione falsa resa dal professionista, contenuto nell'art. 21 co. 1 del Codice del Consumo, afferisce ad aspetti che ben possono essere considerati rilevanti al fine della stipulazione di un contratto. Problematico, invece, è il requisito della riconoscibilità, posto a tutela dell'affidamento incolpevole nell'altrui dichiarazione: ai sensi dell'art. 1431 c.c., l'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto riconoscerlo, con la conseguenza che, se l'errore non era riconoscibile da parte del destinatario della dichiarazione negoziale, il contratto non può essere annullato. Da quanto esposto, si evince che la riconoscibilità dell'errore è collegata alla diligenza e richiede una soggettivizzazione in relazione alla singola operazione negoziale; così non è per il parametro del consumatore medio, che si applica alle pratiche commerciali scorrette. Il consumatore medio, infatti, si identifica in una figura oggettiva e deontologica, che non considera il consumatore per quello che è, bensì per quello che dovrebbe essere: in particolare, un consumatore «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto», così come chiarito dal Considerando n. 18 della direttiva 2005/29/CE e ribadito più volte dalla Corte di Giustizia⁵¹.

Altra ipotesi di annullabilità di un contratto potrebbe essere consequenziale alla violenza morale esercitata da uno dei contraenti verso l'altro e tale da estorcere il consenso altrui. Nella disciplina specifica in materia di vizi del consenso non si rinviene una definizione espressa della violenza morale; essa, tuttavia, viene ricavata con un'interpretazione sistematica dall'art. 122 co. 1 c.c., in tema di matrimonio, che accosta alla violenza il «timore di eccezionale gravità»⁵². La violenza morale presenta delle evidenti assonanze con l'aggressività delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 24 del Codice del Consumo; tuttavia, anche al riguardo, si ritiene che l'assonanza non regga il confronto con la disciplina positiva. La disciplina consumeristica, infatti, qualifica come aggressive le pratiche commerciali caratterizzate da molestie, coercizioni e condizionamenti indebiti, tali da limitare la libertà di scelta negoziale; non v'è alcun riferimento alle minacce né al timore, che rappresentano il cuore della disciplina di diritto comune della violenza⁵³.

⁴⁹ Per un'analisi approfondita sul punto si rinvia a E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, IV. pp. 175 ss; F. GALGANO, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Roma, 1998, articoli 1414-1446, pp. 251 ss; M. BIANCA, *Diritto civile 3 - Il contratto*, Milano, 2000, pp. 642 ss; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

⁵⁰ Un'analisi accurata sull'errore si rinviene in V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

⁵¹ *Ex multis*: sent. Corte di Giustizia 12.02.2004 in C-218/01; 19.04.2007 in C-381/05; 24.10.2002 in C-99/01 in www.europa.eu.

⁵² In tal senso E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, Cit., pp. 291 ss.

⁵³ La recente giurisprudenza di legittimità in materia di annullamento del contratto per violenza ha avuto modo di precisare che si verifica l'ipotesi della violenza, invalidante il negozio giuridico, qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dalla controparte o da un terzo e di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo

Residua l'ultima ipotesi di vizio della volontà: il dolo. Secondo la teoria generale dell'invalidità, il dolo-vizio consiste nella condotta di uno dei contraenti che, con artifici e raggiri, induce l'altro alla stipulazione di un contratto che diversamente non avrebbe stipulato (art. 1439 c.c.) ovvero avrebbe concluso egualmente, ma a condizione diverse (art. 1440 c.c.): solo la prima ipotesi consente di attivare il rimedio dell'annullabilità, poiché la seconda dà diritto esclusivamente al risarcimento del danno⁵⁴.

L'unico vizio del consenso che potrebbe essere esteso alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette consiste esattamente nel dolo, sia nella forma determinante che nella forma meno grave di dolo incidente: come evidenziato, infatti, le *rationes* giustificatrici dell'intervento europeo del 2005 erano l'armonizzazione in materia di pratiche commerciali e la tutela della libertà negoziale di scelta dei consumatori.

La constatata possibilità di applicazione del dolo quale rimedio negoziale a fronte di una pratica commerciale scorretta non implica alcuna coincidenza delle discipline, che restano distinte e non sovrapponibili: in particolare, la disciplina in materia di vizi del consenso appare molto più restrittiva rispetto alla disciplina afferente alle pratiche commerciali scorrette. Essa, infatti, attribuisce al consumatore l'onere di provare gli artifici ed i raggiri, nonché l'atteggiamento intenzionale del professionista ad ingannarlo ed il nesso di causalità tra il dolo perpetrato e la decisione di acquisto; tuttavia, con riferimento a quest'ultimo presupposto, la lista di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli potrebbe fungere da ausilio per il consumatore, il quale infatti dovrebbe semplicemente allegare alle sue richieste giudiziali la circostanza della coincidenza tra la pratica in concreto subita ed una delle pratiche elencate nel Codice del Consumo⁵⁵.

La dottrina non ha mancato di evidenziare che, proprio con riferimento all'intenzionalità richiesta dalla disciplina codicistica del dolo, sussiste una palese differenza rispetto alla disciplina consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette, la quale, infatti, non richiede al fine della sua applicazione la prova dell'elemento soggettivo in capo al professionista⁵⁶. La citata sovrapponibilità è stata considerata reciproca⁵⁷: la dottrina, infatti, ha precisato che la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali ha realizzato un'influenza positiva sulla disciplina codicistica del dolo, consentendo il definitivo superamento della visione tradizionale che riteneva necessario ai fini dell'annullamento del contratto per dolo un comportamento attivo e attribuendo al contrario rilevanza al mendacio, purché afferente ad elementi cognitivi indispensabili per il compimento di scelte di acquisto consapevoli⁵⁸.

del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio' (Sul punto si veda la Rassegna della giurisprudenza di legittimità - Orientamenti delle Sezioni Civili - Anno 2015, p. 180).

⁵⁴ In tal senso E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, Cit., pp. 267 ss.

⁵⁵ Si esprime in questi termini una parte cospicua della dottrina favorevole ad estendere il rimedio dell'annullabilità per dolo al contratto a valle di una pratica commerciale scorretta. *Ex multis*: NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di Minervini, Rossi Carleo, Milano, 2007, pp. 239 ss; N. Z. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Cit. pp. 187 ss.

⁵⁶ In tal senso G. TADDEI ELMI, *I rimedi*, Cit., pp. 258 ss; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Europa dir. priv.* 2009, pp. 59 ss.; A. CATRICALÀ-M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, Cit., pp. 74 ss.

⁵⁷ Sul punto A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, fascic. n. 2, 2006, pp. 159 ss: l'Autore evidenzia che il Codice del consumo autonomamente considerato non reca particolari innovazioni rispetto al diritto dei contratti europeo, tuttavia, letto con 'spirito di sistema', potrebbe fornire elementi utili a razionalizzare i rapporti con i consumatori ed a rinnovare il modo di intendere la disciplina del contratto così come contenuta nel codice civile.

⁵⁸ Con riferimento al dolo omissivo in generale, si vedano V. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, I, pp. 422 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nei contratti*, Milano, 1972, pp. 91 ss. Con riferimento al dolo omissivo nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si veda M. R. MAUGERI, *Violazione*, Cit., pp. 487 ss. La giurisprudenza oggi pacificamente ritiene configurabile il dolo determinante anche in presenza di

Giova svolgere alcune considerazioni su un rimedio, alternativo all'annullamento, che il legislatore nazionale ha previsto con specifico riferimento al vizio dell'errore: si tratta della rettifica. Ai sensi dell'art. 1432 c.c., la parte contraente in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere. Il rimedio in commento si atteggia in modo peculiare: esso può essere attivato dalla parte non in errore, dunque dal professionista, nei confronti della parte caduta in errore, ossia del consumatore, il cui eventuale rifiuto è irrilevante, posto che l'esercizio del potere di rettifica estingue il diritto della controparte ad ottenere l'annullamento del contratto⁵⁹.

Un meccanismo del genere potrebbe essere ben accolto nella prospettiva del diritto europeo dei contratti e, allo stesso tempo, potrebbe rivelarsi più utile per i consumatori rispetto al rimedio invalidante dell'annullamento. Con riferimento al primo aspetto, risulta opportuno richiamare le scelte fatte dalle istituzioni europee in materia di vendita di beni di consumo: ivi, infatti, la riparazione e la sostituzione dei beni sono state elevate al rango di rimedi primari in caso di non conformità della merce compravenduta rispetto al contratto. Con riferimento al secondo aspetto, la dottrina che critica il rimedio dell'annullamento a fronte dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta pone alla base dell'argomentazione non tanto ragioni teoriche quanto una ragione di ordine pratico consistente nel disinteresse effettivo che il consumatore può avere all'azione di annullamento: questi, infatti, resterebbe privo sia degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla scorrettezza commerciale che del contratto stesso, in tal modo vedendo sacrificate le sue esigenze di consumo⁶⁰. Il rimedio della rettifica, invece, consentirebbe, di conservare il contratto a valle di una pratica commerciale scorretta con un contenuto diverso e conforme alle aspettative del consumatore, così da azzerare nella sostanza le conseguenze negative apportate dalla presenza di una pratica commerciale scorretta. *Tamquam non esset*.

L'estensione del rimedio della rettifica parrebbe scontrarsi con il dato letterale della legge: l'art. 1432 c.c., infatti, è dettato espressamente in materia di errore e la dottrina tradizionale deduce dalla disposizione normativa citata la limitazione dell'ambito di applicazione della rettifica alle ipotesi in cui sia riscontrato il vizio dell'errore⁶¹. Non mancano, ad ogni modo, autorevoli voci che ritengono possibile l'estensione del rimedio in commento agli altri vizi della volontà e, segnatamente, all'ipotesi del dolo incidente, dove la rettifica potrebbe essere qualificata in termini di risarcimento del danno in forma specifica⁶². L'estensione sembrerebbe possibile poichè alla base del rimedio della rettifica si pongono due principi generali, propri dell'intero ordinamento giuridico, quali la buona fede e il principio di conservazione del contratto.

Con riferimento ai rimedi negoziali non invalidanti, l'interpretazione sistematica induce a collegare la condotta del professionista che si comporta in modo scorretto verso il consumatore, limitando la sua libertà negoziale, alla condotta del contraente che viola la buona fede durante le trattative negoziali, implicando il sorgere di una responsabilità precontrattuale a suo carico. Come noto, l'art. 1337 c.c. esprime il generale dovere dei paciscenti di comportarsi in modo corretto nella fase prodromica alla conclusione di un accordo contrattuale e la disposizione successiva

mendacio e reticenza, ovviamente da contestualizzare nel rapporto contrattuale (Cass. Civ. del 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. giust. Civ.* 2007).

⁵⁹ Per un'analisi dell'istituto si rinvia a M. BIANCA, *Diritto civile 3 - Il contratto*, Milano, 2000, pp. 678 ss. L'Autore qualifica la rettifica come un negozio giuridico, unilaterale e recettizio, mediante il quale la parte non in errore rende definitivamente efficace il contratto modificandone il contenuto conformemente all'originario intento effettivo della controparte.

⁶⁰ In tal senso C. DALIA, *La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo in caso di pratiche commerciali scorrette*, in www.comparazionedirittocivile.it.

⁶¹ In tal senso, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

⁶² In terminis M. BIANCA, *Diritto civile 3 - Il contratto*, Milano, 2000, p. 680.

individua espressamente un'ipotesi di scorrettezza, consistente nel non aver comunicato le cause di invalidità del contratto *stipulando* che si conoscevano ovvero che si dovevano conoscere⁶³.

Dall'utilizzo dello schema giuridico della responsabilità precontrattuale consegue il diritto al risarcimento del danno da parte del consumatore, che si atteggia in modo peculiare: comunemente si afferma che il risarcimento del danno a fronte della violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. è limitato all'interesse negativo, consistente nell'interesse del contraente ad essere riportato alla situazione patrimoniale esistente prima dell'inizio delle trattative rivelatesi inutili; tuttavia, dopo che la dottrina e la giurisprudenza dominanti hanno ammesso la configurabilità della responsabilità precontrattuale a fronte di un contratto validamente concluso⁶⁴, si è sostenuto che, in tali ipotesi, il danno risarcibile consistesse nel c.d. danno differenziale, ossia nel minor vantaggio o nel maggior aggravio economico derivato al danneggiato dalla violazione degli obblighi precontrattuali⁶⁵.

Al rimedio risarcitorio è possibile addivenire non solo attraverso lo schema della responsabilità precontrattuale, esperibile laddove la condotta di scorrettezza sia stata perpetrata nel corso delle trattative, bensì anche attraverso lo schema della responsabilità extracontrattuale, esperibile in tutte le ipotesi di lesione della libertà negoziale del consumatore. Come noto, la clausola aperta del danno ingiusto contenuta nell'art. 2043 c.c. consente di ampliare la categoria delle lesioni risarcibili sul piano aquiliano a seconda del sentire sociale, considerando gli interessi ritenuti di volta in volta meritevoli di tutela giuridica⁶⁶. La giurisprudenza consolidata, dopo aver superato la visione tradizionale che considerava l'art. 2043 c.c. una norma secondaria applicabile esclusivamente alle ipotesi di violazioni di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, ha qualificato come danno ingiusto la lesione dell'interesse dei consumatori a potersi autodeterminare sul mercato ed a compiere scelte consapevoli⁶⁷.

Alla luce di quanto esposto, emerge un sistema frammentato di tutela negoziale del consumatore inciso da una pratica commerciale scorretta. In assenza di un'espressa indicazione legislativa, non risulterebbe opportuno propendere aprioristicamente per l'uno o per l'altro rimedio, essendo preferibile adottare una soluzione cumulativa, che tenga in debita considerazione le peculiarità della vicenda concreta e l'interesse dei consumatori coinvolti. Solo una precisazione pare doverosa: non si ritiene condivisibile l'opinione di chi, sulla base della

⁶³ La dottrina in materia è molto vasta. Si vedano: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, V, pp. 977 ss; LOI e TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1974; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 962 ss; G.PATTI-S.PATTI, *Commentario del Codice Civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1993, Articoli 1337-1342, pp. 9 ss.

⁶⁴ In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. Contr.* 2008, I, pp. 104 ss; ID, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obblig. Contr.*, 2007, fascic. n. 10, pp. 785 ss; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; G.Patti-S.Patti, *Commentario del Codice Civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1993, Articoli 1337-1342, pp. 110 ss.

⁶⁵ La Corte di Cassazione ha espresso tale principio in diverse occasioni: *ex multis*, Cass. Civ. Sez. Un. n. 26725/2007 in *Resp. Civ. e Prev.* 2008, 3, pp. 547 ss con nota di GRECO.

⁶⁶ Sul punto M.BIANCA, *Diritto civile 5 - La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 584 ss.

⁶⁷ Con riferimento alla dottrina che limitava la possibilità di risarcire il danno alle violazioni di posizioni giuridiche soggettive, si vedano: C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, fascic. n. 5, pp. 469 ss; ID, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, fascic. 12, pp. 1165 ss; ID, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 182. Con riferimento invece all'orientamento che ammette il risarcimento del danno a fronte di una lesione del diritto all'autodeterminazione del privato si vedano: L. DI NELLA, *Cit.*, pp. 43 ss; S. ORLANDO, art. 24.26, in G. Vettori (a cura di), *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, 2009, pp. 107 ss; Cass. Civ. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 495 ss.

vetusta distinzione nella disciplina contrattuale tra regole di condotta e regole di validità⁶⁸, esclude in modo categorico il rimedio della nullità di protezione nei confronti del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta, qualificando la pratica scorretta del professionista come condotta contraria al canone di condotta della buona fede. Tale impostazione non sembra cogliere il diverso ruolo attribuito all'informazione dalla disciplina consumeristica di derivazione europea ed appare propria di un'epoca caratterizzata da mercati e sistemi giuridici nazionali: oggi l'internazionalizzazione degli ordinamenti e l'interdipendenza dei mercati impongono di adeguare lo statuto dei contratti alle qualità soggettive dei contraenti, in modo da attribuire all'informazione, all'interno delle negoziazioni caratterizzate da asimmetrie informative fisiologiche tra una parte contrattuale debole ed un'altra forte, un ruolo funzionale al corretto perfezionamento del consenso contrattuale.

Il diritto europeo mostra di aver ben compreso che il cuore dell'attuale diritto dei contratti è rappresentato dal regolamento contrattuale: nei codici degli stati membri, infatti, il regolamento dei contratti è rimesso essenzialmente al potere di decisione dei privati e solo marginalmente alla legge, in ossequio al principio dell'autonomia privata. Tali sistemi sono stati elaborati sul presupposto della parità giuridica ed economica dei paciscenti, che con il tempo è venuta scemando, a favore invece dell'affermazione di numerose situazioni di fisiologica debolezza contrattuale, derivanti principalmente dalle asimmetrie informative. Non v'è chi non veda come sia inverosimile, ovvero eccessivamente oneroso, per un consumatore (o cliente ovvero utente) reperire autonomamente tutte le informazioni necessarie per il compimento di scelte commerciali consapevoli. In tali situazioni, il diritto europeo è intervenuto assicurando uno statuto di protezione alle parti contrattuali deboli, in cui gli obblighi informativi assumono un ruolo costitutivo, spogliandosi della veste di mere regole di condotta derivanti dal canone della buona fede ed acquisendo la natura di elementi autonomi, idonei ad incidere sul consenso e, di conseguenza, sull'accordo, che, come noto, è un elemento costitutivo del contratto. Ne conseguirebbe la possibilità di addivenire ad una pronuncia di nullità, non virtuale, bensì strutturale, del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta per vizio dell'accordo, ogni volta in cui, all'interno di una contrattazione fisiologicamente diseguale ed in assenza di consapevolezza da parte del contraente debole in ordine al contenuto del regolamento del contratto, non risulterebbe essersi correttamente formato il consenso all'accordo contrattuale⁶⁹.

Ragionando in tali termini, risulta possibile comprendere e giustificare le argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale, quando asserisce che mai la violazione del canone della buona fede comporta nullità, evidentemente si riferisce alle ipotesi in cui la buona fede opera quale fonte dei doveri informativi ai sensi dell'art. 1337 c.c. e non, invece, alle ipotesi in cui l'informazione ha acquisito una posizione di autonomia nella disciplina contrattuale in quanto idonea ad incidere direttamente sulla conclusione dell'accordo⁷⁰.

⁶⁸ La stessa dottrina che esclude il rimedio della nullità per il contratto a valle di una pratica commerciale scorretta si discosta dalla dicotomia tra regole di comportamento e regole di condotta: sul punto M.P. MAUGERI, *Violazione*, Cit., p. 484 ritiene doveroso escludere la nullità dai rimedi negoziali esperibili nei confronti dei contratti derivanti da pratiche commerciali scorrette poichè essa risulterebbe distonica rispetto alla disciplina consumeristica, stante la sua imprescrittibilità e la sua incidenza sulle posizioni giuridiche dei terzi. L'esclusione non deriverebbe giammai dall'applicazione della distinzione tra regole di condotta e regole di validità, bensì, aggiunge l'Autrice, dalla constatazione che le previsioni delle nullità di ispirazione europea non sono ancora così numerose da testimoniare l'esistenza di una tendenza in tal senso.

⁶⁹ Un'opinione in tal senso si rinviene in N. Z. GALGANO, *Il contratto*, Cit., p. 183, con esclusivo riguardo alle pratiche commerciali aggressive: l'Autrice precisa che in tali ipotesi il consumatore non è per nulla consapevole dell'esistenza del contratto. Egli non compie scelta alcuna. Di conseguenza, non ci sarebbe accordo contrattuale ed il contratto potrebbe ritenersi nullo sulla base degli artt. 1418 co. 2 e 1325 co. 1 c.c.

⁷⁰ Per una analitica disamina dei cambiamenti apportati al diritto dei contratti dal processo di integrazione europea, si rinvia a V. SCALISI, *Il diritto*, Cit., pp. 843 ss: «fondamentale e determinante ai fini della ricostruzione del regolamento contrattuale e dell'individuazione delle sue patologie deve valutarci anche e soprattutto, indipendentemente da ogni esplicito richiamo normativo, il c.d. punto di vista esterno al contratto,

4. – La presenza di numerosi ed eterogenei strumenti rimediali a fronte della violazione di disposizioni di origine europea pone sovente problemi di coordinamento. Al riguardo, si rinviene una recente presa di posizione da parte delle istituzioni europee che, con la direttiva 2014/104/UE, hanno dettato alcune regole atte a disciplinare i rapporti tra l'accertamento di un illecito *antitrust* e l'azione risarcitoria intentata dai consumatori che assumono di aver subito un pregiudizio in seguito all'illecito accertato.

Oltre ad aver sancito il diritto al risarcimento del danno da parte di tutti i soggetti che abbiano subito un danno dalla violazione di una regola dettata in materia di concorrenza⁷¹, la direttiva introduce un rilevante principio in materia di prova del danno. Ad oggi, infatti, il principale ostacolo che i consumatori devono affrontare ogni qual volta decidano di chiedere tutela a fronte di un illecito *antitrust* è costituito dalla prova del nesso di causalità tra l'illecito ed il danno di cui invocano il ristoro. La giurisprudenza nazionale ritiene che i consumatori possano chiedere il risarcimento dei danni subiti da un illecito *antitrust*, poichè la legge n. 287/1990 non è intesa quale normativa rivolta esclusivamente alla tutela degli imprenditori, bensì come legge di tutti gli operatori economici. L'accoglimento di una tale prospettiva, ovviamente, non esonera di per sé il consumatore dalla prova del danno subito nè del nesso eziologico tra la condotta anticoncorrenziale e il danno⁷².

Al fine di attenuare siffatto carico probatorio, la direttiva del 2014 introduce un vincolo per il giudice ordinario che, nel giudizio intentato dal consumatore al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust*, non può discostarsi dall'accertamento svolto da parte delle autorità nazionali della concorrenza e del mercato, che deve essere trattato come una prova legale, non contestabile⁷³.

Iure condito, l'adozione della direttiva 2014/104/UE non sembra sortire effetto alcuno sulla tematica delle pratiche commerciali scorrette e sull'indagine relativa all'individuazione del rimedio per il contratto a valle. L'art. 1 della direttiva, infatti, detta delle regole affinché chiunque abbia subito un danno da una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa ottenere un risarcimento; nella successiva disposizione normativa è contenuta la definizione di «*violazione del diritto della concorrenza*», quale violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nonché del diritto nazionale della concorrenza. Sulla base del testo letterale, pertanto, il campo di applicazione della direttiva risulta limitato alle

ossia la situazione complessiva, della quale il singolo contratto è diretta esplicazione o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire. Siffatta situazione complessiva ha valore costitutivo, non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto, assolvendo alla ben precisa funzione di rendere direttamente rilevanti sul piano della regolare formazione del regolamento (e quindi delle conseguenti invalidità) norme e principi che altrimenti vi resterebbe estranei, tra cui appunto quelli che impongono alle parti di un rapporto particolari obblighi di informazione c.d. estrinseci al contratto, in quanto ricadenti nella fase precontrattuale o in quella più propriamente esecutiva».

⁷¹ L'art. 3 della dir. 2014/104/UE è rubricato «*Diritto a un pieno risarcimento*».

⁷² La sentenza che ha aperto la strada alla tutela risarcitoria in materia di illecito *antitrust* è Cass. Civ. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, fascic. n. 5, 2007, p. 495 con nota di B. INZITARI: «*la Corte ha precisato che l'illecito anticoncorrenziale ha natura plurioffensiva, poiché lede sia le imprese concorrenti direttamente coinvolte che i consumatori, i quali sono privati del diritto di una scelta effettiva tra prodotti e devono accontentarsi di una scelta apparente. Il consumatore, contro una violazione di siffatto interesse, che costituisce un danno ingiusto riconosciuto rilevante dall'ordinamento giuridico anche sulla base della giurisprudenza delle Sezioni Unite (sent. n. 500/1999), può far valere l'azione di risarcimento di cui all'art. 2043 cc*».

⁷³ L'art. 9 della dir. 2014/104/UE è rubricato «*Effetto delle decisioni nazionali*» e stabilisce al primo paragrafo che «*Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza*».

richieste risarcitorie consequenziali all'accertamento di un'intesa tra imprese o di un abuso di una posizione dominante⁷⁴.

Iure condendo, la direttiva in commento, sulla base del riferimento al diritto nazionale della concorrenza, potrebbe aprire la strada ad un cambiamento culturale in ordine ai rapporti tra le autorità e i rimedi di *public and private enforcement*. Nell'ordinamento nazionale, infatti, l'espressione «*antitrust*» viene utilizzata sia per indicare il diritto della concorrenza in senso stretto che per indicare l'Autorità amministrativa preposta a garantire il rispetto e l'osservanza delle normative adottate in materia di concorrenza e mercato. Il legislatore, in particolare, con il passare del tempo ha ravvisato nell'Agcm un ente dotato delle competenze e dell'autorevolezza necessarie per vigilare non solo sul rispetto del diritto della concorrenza *strictu sensu* intesa, bensì anche sull'attuazione dello statuto di protezione predisposto per i consumatori.

Giova precisare che non è agevole riempire di contenuto l'espressione «*antitrust*», sia perché le radici del diritto concorrenziale non si rinvergono nel continente europeo, bensì negli Stati Uniti d'America, sia perché in Europa il diritto antitrust ha assunto una fisionomia diversa rispetto a quella originaria proveniente dagli Stati Uniti. Ivi, infatti, il diritto della concorrenza si è affermato come reazione all'emergere dei grandi gruppi industriali e finanziari, nonché alla progressiva concentrazione del mercato⁷⁵; in Europa, invece, le norme *antitrust* sono state poste al fine di attribuire ai giudici ed alle autorità amministrative il potere di risolvere i conflitti politici e sociali che tradizionalmente si accompagnano all'emergere dei poteri economici⁷⁶. In altre parole, negli Stati Uniti d'America il diritto della concorrenza gravita esclusivamente intorno alle imprese e alle loro attività economiche; in Europa il diritto della concorrenza si pone il più ambizioso obiettivo di preservare il benessere del consumatore, attraverso la prevenzione di ogni situazione di concentrazione o abuso che favorisca la creazione o il consolidamento di un potere di mercato. Da tale prospettiva, è possibile comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore nazionale ad affidare alla medesima autorità amministrativa il *public enforcement* a fronte sia di attività economiche delle imprese intese in senso stretto (ad es. cartelli, concentrazioni, abuso di posizioni dominanti) che di attività delle imprese che abbiano dirette conseguenze sulla sfera giuridico-patrimoniale dei consumatori (ad es. clausole vessatorie, pratiche commerciali scorrette).

Attraverso un'interpretazione sistematica ed estensiva della nozione di *antitrust*, il risarcimento del danno potrebbe essere considerato il rimedio principale per il consumatore a fronte dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta e le pronunce dell'Agcm potrebbero assurgere a prove qualificate per i tribunali ordinari investiti delle richieste risarcitorie, in tal modo esonerando il consumatore dalla prova della illiceità del fatto accertato *dall'Authority*. I

⁷⁴ L'art. 1 della dir. 2014/104/UE è rubricato «*Oggetto e ambito di applicazione*» e stabilisce al primo paragrafo che «*La presente direttiva stabilisce alcune norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno. Essa stabilisce norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento, garantendo a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione*».

⁷⁵ In particolare, le origini del diritto concorrenziale si fanno risalire allo Sherman Act del 1890, proposto al Congresso dal senatore Sherman, il quale nel suo discorso giustificò l'adozione di una legge contro i monopoli ed i cartelli nei seguenti termini: «*se i poteri concentrati in una tale aggregazione sono affidati ad un solo individuo, il risultato è che tale individuo assomma in sé le prerogative di un re, cosa non coerente con la nostra forma di governo (...) se non accettiamo la monarchia come forma di governo, nemmeno dovremmo sopportare un re che regni sulla produzione, sul trasporto e sulla vendita di qualsiasi prodotto necessario per l'esistenza*» in *Dizionario del diritto privato - diritto commerciale*, (a cura di) N. Abriani, Milano, 2011, pp. 26 ss.

⁷⁶ I problemi che si accostano all'emergere di un potere di mercato sono tradizionalmente due: da un lato, la contrazione delle quantità offerte, poichè i consumatori difficilmente sono disposti ad acquistare ad un prezzo più alto qualcosa che avrebbero potuto acquistare ad un prezzo minore; dall'altro lato, il trasferimento della ricchezza dai consumatori (che pagano di più) ai produttori (che guadagnano di più). In tal senso si veda *Dizionario del diritto privato - diritto commerciale*, (a cura di) N. Abriani, Milano, 2011, pp. 27 ss.

consumatori, infatti, a fronte di una condotta commerciale accertata come scorretta da un provvedimento amministrativo, potrebbero limitarsi a provare l'entità e il quantum del danno subito. Da tempo, invece, parte della dottrina e della giurisprudenza ha tentato di giungere al risultato sovra esposto in materia di azione collettiva risarcitoria c.d. *follow on*, ossia consequenziale ad una pronuncia dell'Agcm: ovviamente, l'affermazione positiva, in sede europea e successivamente nazionale, di un vincolo probatorio per l'autorità giurisdizionale a fronte di una decisione dell'Autorità avrebbe tutt'altro spessore⁷⁷. Una siffatta valorizzazione del risarcimento del danno sarebbe ben vista e lodata dalle istituzioni europee: la Corte di Giustizia, infatti, ha evidenziato in diverse occasioni la possibilità di estendere l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa della concorrenza, attribuendo ai medesimi il diritto al ristoro dei danni subiti⁷⁸. Il risarcimento del danno, inoltre, diventerebbe in tal modo un potente mezzo deterrente, capace di mantenere effettiva la struttura competitiva del mercato: le imprese, infatti, verosimilmente si terrebbero lontane dalle pratiche commerciali scorrette di più di quanto facciano ora laddove sapessero con certezza che, non solo gli altri *competitors* e le autorità nazionali, ma anche un numero non determinabile di consumatori avrebbe un diritto, concreto e non soggetto alla discrezionalità di alcun potere statale, di esigere da loro il risarcimento dei danni subiti.

5. – Tradizionalmente, i consumatori e gli imprenditori sono considerati antagonisti sul mercato, in quanto portatori di esigenze contrapposte: il reperimento di risorse per gli uni, il profitto per gli altri. Parimenti, l'economia di mercato, caratterizzata dalla libertà di iniziativa economica, dalla libera concorrenza e dall'assenza di interventismo statale, è collocata in antitesi rispetto all'economia di stato, il cui tratto saliente consiste nell'intervento costante dello stato nei mercati. Un'economia di mercato pura implicherebbe rischi concreti per i consumatori, che inevitabilmente sarebbero esposti al forte potere economico delle imprese; un'economia di stato pura, invece, determinerebbe una considerevole diminuzione dei profitti, della qualità dei prodotti e del numero delle imprese, la cui attività economica sarebbe eterodiretta dallo stato per fini di interesse collettivo. Ne consegue la necessità di un bilanciamento, che potrebbe rinvenirsi nella tutela dell'informazione.

L'informazione costituisce l'unico valore condiviso dai consumatori e dagli imprenditori: la sua tutela consentirebbe di realizzare concretamente il modello economico di economia sociale di mercato a cui si ispira la carta costituzionale. Un consumatore informato è in grado di compiere scelte di acquisto consapevoli e, di conseguenza, di premiare sul mercato le imprese più meritevoli, che abbiano raggiunto il livello migliore di qualità e di prezzo. Predisponendo le forme di tutela delle informazioni commerciali, inoltre, il legislatore, da un lato, proteggerebbe i soggetti deboli del mercato, conformemente allo spirito che sorregge il *welfare state*, e, dall'altro lato, eviterebbe di intromettersi direttamente negli scambi commerciali, in ossequio ai principi basilari dell'economia di mercato⁷⁹.

⁷⁷ Si veda la nota n. 36.

⁷⁸ *Ex multis*: Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/1999 in www.europa.eu: «la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato è [attuale art. 105 TFUE: rispetto delle discipline in materia di intese e abusi di posizione dominante] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità».

⁷⁹ Sul punto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, p. 140: l'Autore precisa che è inutile erigere il consumatore a nuova e autonoma figura giuridica o farne il deposito di buoni sentimenti, rivelandosi invece più efficace garantire la quantità e la qualità delle informazioni e, perciò, innalzare la dignità del consumatore come soggetto consapevole della decisione e responsabile della scelta. Il diritto dei consumatori

La tutela delle informazioni richiede un cambiamento culturale in ordine alla struttura rimediale a cui attingere nelle ipotesi di scorrettezze commerciali perpetrate dalle imprese: tali condotte, infatti, nell'ottica sovra esposta, andrebbero sanzionate molto gravemente in quanto lesive non solo degli interessi dei singoli consumatori coinvolti, ma anche e soprattutto dell'equilibrio proprio di una economia sociale di mercato. Accanto ai rimedi di *public enforcement*, pertanto, devono essere concretamente praticabili dei rimedi negoziali idonei a sortire un considerevole effetto deterrente per le imprese e, allo stesso tempo, rispondenti alle esigenze dei consumatori. I rimedi negoziali più opportuni in tale ottica non potrebbero che consistere nella nullità strutturale del contratto stipulato dal consumatore non consapevole degli elementi cognitivi indispensabili per prendere delle razionali decisioni di acquisto, laddove il consumatore abbia interesse a svincolarsi del tutto dal rapporto contrattuale inficiato da una scorrettezza commerciale; in alternativa, nella modifica del contenuto del contratto, attraverso strumenti noti agli ordinamenti nazionali (*id est*: la rettifica), che consentirebbero la conservazione del contratto e l'adattamento del suo regolamento, in un'ottica di riequilibrio *de iure* del rapporto nato *de facto* squilibrato; sempre ed in ogni caso, nel ristoro dei danni subiti da parte del consumatore, la cui agevole e diffusa praticabilità costituirebbe un potere giuridico forte, in grado di bilanciare il potere economico, parimenti forte, delle imprese.

viene definito dall'Autore come una disciplina di informazioni, ossia di conoscenze utilizzabili nella scelta della merce. La stessa concorrenza è «*competizione informativa*», ossia un rendere disponibili criteri che inducano il consumatore a preferire determinati beni.