

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO e IMPRESA
XXXI CICLO**

Coordinatore Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis

**LE ASIMMETRIE INFORMATIVE NEL CONTESTO DELLA PIÙ
RECENTE DISCIPLINA CIVILISTICA ITALIANA RELATIVA AI
CONTRATTI TRA CONSUMATORI E OPERATORI
PROFESSIONALI**

TUTOR

Chiar.mo Prof. Gustavo Olivieri

DOTTORANDA

Francesca Saccaro

Anno Accademico: 2017/2018

PARTE I
**REGIME DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI NELLA
DISCIPLINA ITALIANA A TUTELA DEI CONSUMATORI,
DAGLI ALBORI FINO ALL'ODIERNO ASSETTO RIFORMATO
NEL 2014**

CAPITOLO I
**ORIGINI E SVILUPPO DELLA TUTELA DEI CONSUMATORI
SUL MERCATO**

1. Il diritto dei consumatori. Nascita ed evoluzione p. 8
2. Il rapporto tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza. Complementarietà o conflitto? p. 22
3. Le più recenti politiche a tutela dei consumatori nel quadro del Mercato unico europeo p. 32
4. Il contratto stipulato tra consumatore e professionista. Caratteristiche distintive di un “nuovo statuto” p. 38

CAPITOLO II
**LA TUTELA DEI CONSUMATORI CON SPECIFICO
RIFERIMENTO AL RUOLO DELLA INFORMAZIONE
NELL'AMBITO DEL CONTRATTO FRA CONSUMATORE E
PROFESSIONISTA**

1. Dall'informazione come bene giuridico alla previsione di obblighi informativi (pre-negoziali) p. 54
2. Il “diritto all'informazione” come principio di ordine generale: la distinzione tra obblighi informativi tipici e obblighi informativi atipici p. 64
 - 2.1. Il contenuto degli obblighi di informazione p. 73
3. Le asimmetrie informative quale situazione fisiologica tipica all'interno dei contratti tra consumatori e professionisti p. 77

4. Dall'informazione al processo decisionale prodromico alla stipulazione del contratto. Gli sviluppi più recenti sul tema p. 81

CAPITOLO III

DALLA RILEVANZA DELLA INFORMAZIONE ALLA PROBLEMATICHE DELLA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI PRE-CONTRATTUALI

1. Alla ricerca di un rimedio contrattuale, partendo dalla dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento: netta distinzione o possibile superamento del *discrimen*? p. 85
2. Introduzione alle diverse tesi elaborate a fronte della violazione di norme contenenti obblighi informativi p. 98
 - 2.1. Il rimedio della nullità: configurabilità di una nullità di protezione virtuale p. 99
 - 2.2. La tesi dell'annullabilità e i nuovi vizi del consenso p. 107
 - 2.3. La tesi (prevalente) della responsabilità pre-contrattuale p. 114
3. L'esigenza di riforma alla luce dei menzionati approdi in tema di rimedi p. 123

CAPITOLO IV

I RECENTI INTERVENTI MODIFICATIVI SUL CODICE DEL CONSUMO NEL CONTESTO DELLA RIFORMA APPRONTATA DAL LEGISLATORE EUROUNITARIO

1. Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE e le modifiche apportate dal Decreto legislativo n. 21/2014 p. 127
 - 1.1. Analisi del riformato art. 48 Cod. cons. p. 137
 - 1.2. Analisi del riformato art. 49 Cod. cons. p. 144
2. *Ratio legis* e influenza effettivamente esercitata dalla legislazione eurounitaria nell'ordinamento interno p. 150
3. L'attuale possibile assetto della disciplina normativa in tema di rimedi, alla luce del rapporto tra valorizzazione dell'interesse ravvisabile in capo al consumatore e azioni contrattuali esperibili post-riforma del 2014 p. 154
4. Un nuovo ruolo per la buona fede? p. 160
5. Considerazioni finali p. 166

PARTE II
**NUOVE FRONTIERE DELLA TUTELA CONSUMERISTICA: LA
REGOLAZIONE DEL MERCATO E I PIU' RECENTI PROFILI
PROCESSUALISTICI IN MATERIA**

CAPITOLO V
POLITICHE DI REGOLAZIONE E CONSUMATORI

1. Una premessa doverosa: perché trattare della regolazione del Mercato p. 170
disquisendo sulla tutela dei consumatori?
2. Dalla informazione ai fallimenti del Mercato sotto-forma di asimmetrie p. 172
informative
3. Sfruttare il meccanismo della regolazione per ri-equilibrare le posizioni p. 174
contrattuali in presenza di asimmetrie informative
4. Circa le tecniche di regolazione esperibili: la *disclosure regulation* p. 182
tradizionale è (ancora) utile?
- 4.1. Prospettive future in tema di correttivi alla *disclosure regulation* p. 185

CAPITOLO VI
**PROFILI PROCESSUALISTICI. LA TUTELA DEI
CONSUMATORI NELLA PROSPETTIVA STRAGIUDIZIALE**

1. *Consumer protection* nel panorama processuale delle liti: la progressiva p. 191
valorizzazione del meccanismo di *Alternative Dispute Resolution*
2. Le modifiche al Codice del consumo a fronte della Direttiva 2013/11/UE e p. 203
del suo recepimento in Italia con il D.lgs. 6 agosto 2015, n. 130
3. Oltre la prospettiva stragiudiziale classica: il Regolamento UE n. 524/2013 p. 210
Online Dispute Resolution
4. Osservazioni conclusive sul tema p. 215

CONCLUSIONI p. 223

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI p. 230

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI p. 269

INTRODUZIONE

Attualmente l'obiettivo di pervenire ad una organica e strutturata tutela nei confronti della categoria dei consumatori rappresenta una tematica di innegabile valore e rilevanza all'interno del più ampio panorama del Mercato e della concorrenza.

Di più: la stessa tutela del Mercato e della concorrenza, rivolgendosi tanto alle imprese, che ivi operano, quanto ai consumatori, rappresentanti il lato della domanda, si esplica (anche) attraverso adeguate discipline a protezione di tale ultima categoria di soggetti, ed anzi non ne può prescindere.

Specificamente, in merito al contenuto dell'espressione "tutela dei consumatori" si apre uno scenario complesso, ove le prospettive civilistiche, relative ai rapporti contrattuali tra operatori economico-professionali e consumatori, si intrecciano con profili pubblicistici di regolazione del Mercato.

Ebbene, nel presente lavoro l'analisi si rivolge anzitutto, ed essenzialmente, ai contratti stipulati tra professionisti (o imprenditori) e consumatori, avendo riguardo all'ipotesi della violazione, da parte dei primi, degli obblighi informativi pre-contrattuali.

Per vero, deve essere in tale contesto mantenuto un grado di attenzione elevato, in particolare a fronte dei continui e rilevanti cambiamenti nel settore consumeristico: infatti, la suddetta questione è ivi oggetto di approfondimento proprio in relazione alle modifiche al Codice del consumo recentemente apportate dal Legislatore italiano in sede di attuazione della Direttiva 2011/83/UE ("*Consumer Rights*"), tramite il Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21.

Tradizionalmente, in assenza di una normativa *ad hoc* sul punto, sono state elaborate differenti soluzioni, dottrinali e giurisprudenziali, di cui si è quindi reputato necessario valutare l'attualità (in specie dopo la suddetta riforma del 2014) entro un contesto che, forse, non ha ancora trovato un definitivo assetto.

Di conseguenza, è possibile affermare che tale problematica risulti tuttora da approfondire, nonostante la propensione, in dottrina e nelle sentenze, a confermare una previsione che sia definitiva e valida in qualunque ipotesi di contratto stipulato tra consumatori e operatori professionali in un siffatto contesto pre-negoziale.

Pertanto la finalità è non solo quella di riconsiderare e conseguentemente vagliare i rimedi contrattuali che ormai da tempo sono considerati in dottrina e giurisprudenza, ma, soprattutto, analizzare le previsioni legislative che, alla luce di ciò, sono state elaborate dai Legislatori europeo e interno, cercando di comprendere come questo abbia influito sull'ordinamento italiano.

Di conseguenza, ulteriore finalità del lavoro è tesa a riconsiderare, e vagliare in prospettiva moderna, i rimedi contrattuali sopra citati, ma anche, e soprattutto, ad analizzare le più recenti previsioni legislative modificanti il Codice del consumo: mediante un effetto migliorativo, grazie a previsioni capaci di incrementare l'efficacia dei rimedi e di colmare, in coerenza con il sistema, le lacune regolamentari, oppure lasciando la situazione immutata, ovvero, ancora, determinando un effetto peggiorativo, attraverso la introduzione di disposizioni meno efficaci o distoniche rispetto al sistema.

Entro tale contesto dovrà valutarsi anche il ruolo della clausola generale di buona fede, in relazione alla quale è ravvisabile un deciso ampliamento dei confini, che va tuttavia perimetrato.

Ebbene, fermi i rilievi privatistico-civilistici nell'ambito della tutela consumeristica, che appunto, come tali, rappresentano la finalità più pregnante del lavoro, si è altresì ritenuto interessante sottolineare l'emersione di una ulteriore e differente prospettiva: il *gap* informativo caratterizzante i contratti dei consumatori potrebbe fortemente influenzare la dinamica non solo degli scambi, ma anche, ampliando la prospettiva, lo sviluppo del Mercato stesso.

Per tale motivo, a chiusura circolare del discorso, ci si è soffermati nuovamente sulla premessa da cui siamo partiti: infatti la tutela del singolo consumatore (e, più in generale, della categoria dei consumatori) garantisce al contempo la tutela del Mercato nonché dei traffici in esso svolti.

Di conseguenza, assumono rilievo i processi decisionali che investono i rapporti tra regolazione pubblica e tutela del consumatore: lo scopo ultimo delle politiche regolative deve consistere nel giusto equilibrio tra la protezione del consumatore, da un lato, e il dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali sul Mercato, dall'altro.

Da ultimo, al fine di terminare compiutamente il lavoro di analisi quivi tentato, ed affinché la prospettiva inerente alla tutela del consumatore sia sondata in modo pieno (quindi non solo dal versante sostanziale), è stato ritenuto utile affrontare anche i nuovi profili, invero

processualistici, di cui si è (ancora una volta) occupato il Legislatore sovranazionale, sempre nel contesto della *Consumer protection*: il riferimento è ai meccanismi cosiddetti *Alternative Disputes Resolutions* (o “A.D.R.”), previsti dalla Direttiva 2013/11/UE, recepita in Italia tramite il Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130.

La *ratio* della suddetta parentesi finale attiene all’attuale rapporto sussistente tra la tematica della tutela dei consumatori e la previsione di strumenti diversi dal processo e finalizzati ad una più adeguata e celere tutela delle posizioni giuridiche facenti capo ai consumatori, terreno che è peraltro apparso adatto alla sperimentazione delle cosiddette *Alternative Dispute Resolutions*. Del resto, gli angoli prospettici sostanziale e processuale permettono di prendere viepiù coscienza della crescente importanza rivestita dal commercio transfrontaliero, ambito questo che assurge a pilastro dell’attività economica dell’Unione europea (nonché, di riflesso, dei singoli Stati membri) e che, in quanto tale, necessiterebbe di un maggiore e più efficace impiego di strumenti che concretizzino la tutela del consumatore, affinché essa non rimanga un mero (benchè auspicabile) obiettivo astratto, ma anzi diventi il punto di arrivo delle future discipline del settore.

PARTE I
**REGIME DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI NELLA DISCIPLINA
ITALIANA A TUTELA DEI CONSUMATORI, DAGLI ALBORI FINO
ALL'ODIERNO ASSETTO RIFORMATO NEL 2014**

CAPITOLO I
**ORIGINI E SVILUPPO DELLA TUTELA DEI CONSUMATORI NEL
MERCATO**

1. Il diritto dei consumatori. Nascita ed evoluzione.

La disciplina normativa a tutela dei consumatori, materia oggi affidata alla competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri¹, è articolata lungo prospettive non solo giuridiche ma anche sociologiche o economiche, e risulta evidentemente connessa ai numerosi, sempre più celeri e (oramai giornalmente) diffusi traffici commerciali.

Il fenomeno della globalizzazione, che come tale non conosce confini nazionali, ha nel tempo permesso ai consumatori, destinatari finali di prodotti e servizi sul mercato, di diventare protagonisti del commercio internazionale. Ciò è stato reso possibile anche grazie all'impiego, ormai massivo degli strumenti digitali.

Tale sviluppo globale e pervasivo ha reso necessario adeguare le norme susseguitesi nel tempo a tutela dei consumatori.

Innanzitutto, non può oggi evitarsi di accennare ai numerosi testi approvati dagli organi dell'Unione europea, poiché, infatti, la storia del “diritto dei consumatori”² in Italia è indissolubilmente legata a quella elaborata in ambito sovranazionale³, e questo nonostante

¹ Art. 4, par. 2, lett. f), T.F.U.E.

² K. DOSI, *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, II, pp. 667 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma, 2002.

³ Si tratta del ravvicinamento delle legislazioni nazionali, che rappresenta un fenomeno connotato da un significato del tutto peculiare nell'ambito dell'attività normativa dell'attuale Unione europea. V. R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, 1997, p. 459: “Preceduto da un richiamo, contenuto nell'art. 2, al «graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri», l'art. 3, lett. h) del Trattato istitutivo della Comunità europea indica che l'azione della Comunità comporta «il ravvicinamento delle legislazioni

la considerazione per cui, *ab origine* del processo integrativo, la protezione dei consumatori non figurasse tra le finalità dell'allora Comunità europea⁴.

Per vero, si precisa fin da subito che trattare della nascita del diritto dei consumatori, nel dettaglio dei singoli atti normativi in materia, non costituisce la finalità del presente lavoro. Tuttavia, al fine di poter meglio comprendere le problematiche che ci si accinge a discernere nel prosieguo, è apparso necessario fornire un rapido inquadramento del tema entro il relativo perimetro legislativo, a livello tanto nazionale quanto (e forse soprattutto) eurounitario⁵.

*** o ***

Procedendo con ordine nel ripercorrere la cronistoria evolutiva della disciplina giuridica moderna a tutela del consumatore, ne sono ravvisabili diversi sviluppi.

La prima fase risale agli Anni '70 e '80 del XX secolo: scopo precipuo era discernere nel soggetto "consumatore" la qualità di controparte (non solo economica) dell'impresa, per poter così individuarne i relativi diritti, che, in quanto tali, assolvono anche alla funzione di limite alla libera attività imprenditoriale.

In un secondo momento, fino all'inizio degli Anni '90, gli interventi legislativo e giurisprudenziale si sono concentrati nei singoli settori in cui è articolato il rapporto di consumo (ossia nell'ambito della pubblicità, del credito, nel contesto negoziale di vendita del prodotto o del servizio, o ancora del risarcimento in caso di danni derivanti da vizi e difetti dei beni).

nazionali nella misura necessaria al funzionamento del Mercato comune». Come è stato osservato, questa disposizione non costituisce una base giuridica dell'azione normativa comunitaria, ma un programma d'azione, che si realizza con l'utilizzo delle disposizioni, di carattere generale o particolare, che il Trattato stesso contiene."

⁴ L. ANTONIOLLI, *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., 6 aggiornamento, 2011, pp. 226 ss.

⁵ R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro italiano (II)*, 2012, V, p. 177: "Il diritto dei consumatori è uno dei settori in cui l'attività normativa dell'Unione ha prodotto i risultati più significativi. Fra il 1985 e il 2002 sono state adottate numerose direttive (vendita porta a porta; viaggi tutto compreso; clausole abusive; multiproprietà; contratti a distanza; garanzie nella vendita), che, senza comporre un quadro organico (...) hanno tuttavia contribuito ad avvicinare le discipline nazionali e, in taluni casi (in Italia, ad esempio), a elevare il livello di tutela garantito ai consumatori. (...)".

Le Istituzioni sovranazionali hanno poi iniziato a elaborare programmi periodici di strategia comunitaria in favore dei consumatori, tra cui deve menzionarsi il Secondo Piano di azione triennale della Commissione per il biennio 1993 – 1995⁶.

Infine, una terza e più recente fase si colloca a partire dagli anni duemila. Il consumatore presentava ormai un consolidato *status* nel panorama degli scambi commerciali, con conseguente previsione di una tutela *ad hoc* diretta a mantenere e ad implementare tale posizione sul Mercato⁷.

Invero, è stato possibile conseguire siffatto rilevante obiettivo unicamente a fronte del susseguirsi delle fasi previamente menzionate. Nello specifico, a livello comunitario, è la Risoluzione sui diritti dei consumatori del 1975⁸ ad aver rappresentato il vero nucleo fondante la disciplina *de qua*, di fatto contribuendo alla elaborazione di politiche destinate a raggiungere obiettivi mirati quali, ad esempio, la protezione della salute e della sicurezza dei consumatori, la salvaguardia dei loro interessi economici, nonché lo sviluppo di iniziative nel campo delle informazioni da fornire a questi stessi soggetti⁹.

In seguito, con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo¹⁰, è stato previsto, *ex art.* 95 par. 3 del Trattato che istituisce la Comunità europea¹¹ (attuale art. 114 par. 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹²), che “*La Commissione, nelle sue proposte (..) in materia di (..) protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici.*”¹³.

⁶ Doc. COM (93) 378, del 26 luglio 1993, intitolato “*Predisporre il Mercato unico al servizio dei consumatori europei*” e pubblicato in *Rivista critica del diritto privato*, 1994, pp. 149 ss.

⁷ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori. Introduzione*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, pp. 4 – 5.

⁸ Risoluzione del Consiglio relativa a un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, entrata in vigore il 14 aprile 1975 e pubblicata in G.U.C.E. il 25 aprile 1975, C 92/1, 1975. V. già la Carta europea dei consumatori (allegata alla Risoluzione *de qua*), approvata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa con Risoluzione n. 524/1973 e le Risoluzioni n. 29/1971 sull'educazione dei consumatori in ambito scolastico e n. 8/1972 sulla protezione dei consumatori contro la pubblicità mendace.

⁹ L'informazione è ormai conosciuta come un diritto dei consumatori: P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 787 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, pp. 241 ss.

¹⁰ L'Atto unico europeo, firmato il 28 febbraio 1986, è entrato in vigore in data 1° luglio 1987 (G.U.C.E. L 169, 29 giugno 1987).

¹¹ Il Trattato che istituisce la Comunità europea è stato firmato a Roma il 25 marzo 1957.

¹² Il Trattato che istituisce la Comunità europea è stato rinominato dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

¹³ Attualmente l'art. 95 T.C.E. è stato trasfuso nell'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (T.F.U.E.).

Pertanto, la Comunità europea, pur non facendo specifico riferimento ad una politica *ad hoc*, ha iniziato a prevedere la ferma necessità di approntare una pregnante “*protezione dei consumatori*”, fondata appunto su “*un livello di protezione elevato*”, connotato da regole di tutela valide in tutto il territorio europeo, e con la finalità di promuovere lo sviluppo degli scambi commerciali oltre i confini nazionali.

Come si vedrà, siffatte espressioni sono divenute ricorrenti nei testi legislativi sovranazionali.

Ed infatti, nel 1993, il Trattato di Maastricht¹⁴ ha previsto nella Parte II dello stesso T.C.E. il Titolo XIV (*ex* Titolo XI), autonomamente dedicato proprio alla “*Protezione dei consumatori*”, dei loro diritti e interessi¹⁵, così individuandone una base giuridica di diritto primario.

Sei anni dopo, il Trattato di Amsterdam¹⁶ ha posto le basi per una più estesa e incisiva protezione nei confronti dei diritti e degli interessi dei consumatori all'interno del Mercato integrato europeo: l'attuale art. 169 T.F.U.E (*ex* art. 153 T.C.E., che aveva a sua volta sostituito il precedente art. 129 A) prevede, al paragrafo 1¹⁷, che l'Unione europea debba garantire, tramite un livello di tutela elevato, gli interessi dei singoli consumatori.

Ancora, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁸, mirante ad assicurare i principali diritti civili a tutti i cittadini dei singoli Stati membri, all'art. 38 prevede, con medesima formulazione, che nelle politiche eurounitarie debba essere perseguito “*un livello elevato di protezione dei consumatori*”: infatti, soltanto con la predisposizione di adeguate strategie di tutela è per costoro possibile operare nel mercato, luogo in cui spesso

¹⁴ Il Trattato di Maastricht è stato firmato il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore in data 1° novembre 1993. La Legge 3 novembre 1992, n. 454, di ratifica ed esecuzione del Trattato è stata pubblicata in G.U. 24 novembre 1992, n. 277, suppl. ord.

¹⁵ Si tratta dell'attuale Titolo XV, Parte III del T.F.U.E.

¹⁶ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999. La Legge 16 giugno 1998, n. 209 è stata pubblicata in G.U. 6 luglio 1998, n. 155, suppl. ord.

¹⁷ Il testo dell'art. 169 par. 1 T.F.U.E. così recita: “*Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.*”.

¹⁸ Il Trattato di Nizza è stato firmato il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003. La legge 11 maggio 2002, n. 102 è stata pubblicata in G.U. 31 maggio 2002, n. 126, suppl. ord.

Ai sensi dell'art. 6 T.U.E. tale atto presenta lo stesso valore giuridico dei Trattati poiché è stato “comunitarizzato” dal Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. La Legge 2 agosto 2008, n. 130 è stata pubblicata in G.U. 8 agosto 2008, n. 185, suppl. ord.).

V. anche E. FALLETTI, (voce) *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., 4 agg.*, pp. 73 ss.

molte (talora forse troppe) sono le scelte prospettabili ed entro il quale contesto la posizione dei consumatori appare “debole” e “vulnerabile”.

Per vero, se da un lato una maggiore potenzialità di scelta consente una migliore opzione definitiva, dall’altro essa può anche comportare una serie di problematiche connessa alla quantità e qualità delle informazioni dovute, ad esempio con riguardo ai rischi per la loro salute e sicurezza.

La politica *consumer protection* così delineata ha in particolar modo focalizzato l’attenzione sulla figura del “consumatore medio” (“*average consumer*”) ¹⁹, come tale dotato di informazioni generiche, afferenti alla qualità dei prodotti e servizi, quindi mostrandosi come un soggetto “*normalmente informato*” e di conseguenza “*ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia.*”²⁰.

Inoltre, nell’ambito di tale politica è stata (ed è tuttora) avvertita l’esigenza di far sì che i consumatori siano titolari di diritti effettivi, e dunque giustiziabili da parte della magistratura ordinaria o di altri organismi deputati ad una risoluzione alternativa delle controversie. È evidente infatti, come sarà nel prosieguo diffusamente trattato²¹, che un conto è (soltanto) enunciare diritti nella titolarità dei consumatori medesimi, mentre altro è prevedere la possibilità (anche) di far valere siffatte posizioni giuridiche soggettive.

Quanto poi ai meccanismi rimediali²² dinanzi alla violazione di un determinato diritto, è utile un accenno alla tradizionale impostazione in Italia riassunta nel brocardo “*ubi ius ibi*

¹⁹ Sul punto v. R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 5, 2012, pp. 653 ss.; V. MELI, *L’applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel “macrosettore credito e assicurazioni”*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 3, 2011, pp. 334 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto impresa/Europa*, 2010, pp. 549 ss.; M. ASTONE, *Il consumatore medio nel diritto interno e comunitario*, in R. RUSSO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano, 2009, pp. 101 ss.; C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 700 ss.; C. E. MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, pp. 274 ss.; S. WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer?”*, in S. WEATHERILL – U. BERNITZ (a cura di), *The Regulation of Unfair Commercial Practises under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007, p. 136; R. INCARDONA – C. PONCIBO’, *The average consumer, the unfair commercial practice directive, and the cognitive devolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 2007, pp. 21 ss.; C. PONCIBO’, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, pp. 734 ss.

²⁰ Considerando n. 18 della Direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel Mercato interno, e Considerando n. 15 del Regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, n. 1924/2016, sulle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari.

²¹ Cap. VI del presente lavoro.

²² S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, *passim*.

remedium”, in contrapposizione a quella per cui “*ubi remedium ibi ius*”, propria invece degli ordinamenti anglosassoni, che sono rimasti ancorati ad una tutela che pone in posizione di preminenza il rimedio (*cure of wrongs*²³), e non la situazione giuridica del diritto soggettivo²⁴.

Nel sistema eurounitario è difficile trovare soluzione alla questione sul se trovi applicazione l'uno o l'altro tra tali principi: è ivi stato sostenuto l'impiego di una “*tecnica dei rimedi, più che quella astrattizzante dei diritti, proprio al fine di raggiungere obiettivi più circoscritti ancorché a volte maggiormente sofisticati.*”²⁵. In proposito è da considerare l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁶, e non a caso, poiché infatti, entro tale contesto, la dimensione costituzionale dei diritti dei consumatori trova la sua definitiva consacrazione. La norma *de qua* infatti prescrive che ogni individuo i cui diritti, garantiti dalla normativa eurounitaria, siano stati violati, debba avere la possibilità di esperire un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, per poter così trovare soddisfazione alle proprie ragioni²⁷.

²³ G. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 1991; F. H. LAWSON, *Remedies of English Law*, Butterworths, 1980.

²⁴ L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 3, 2015, p. 590.

²⁵ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 14.

²⁶ L'art. 47 *de quo* così recita: “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.”.

²⁷ P. BIAVATI, *Comunicazione dal titolo “L'art. 47 della Carta dei diritti e il processo comunitario: spunti dal caso Mannesmannröhren”*, in M. TARUFFO – V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002, pp. 207 ss.; L. P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*, 2, 2001, pp. 473 ss.; M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 1998, pp. 499 ss.

Parimenti si evince dal disposto degli artt. 6²⁸ e 13 C.E.D.U.²⁹ con riferimento alla necessaria tutela giurisdizionale di cui devono poter beneficiare i soggetti titolari di un determinato diritto.

Fermo quanto rilevato, è bene ora anticipare che la finalità primaria di tutte le politiche eurounitarie sia sempre consistita nella integrazione di quelli che sono gli interessi dei consumatori, alla luce della prospettiva del Mercato (prima comune, poi) unico europeo³⁰. Ebbene, il percorso evolutivo per siffatto progetto di Mercato interno³¹ ha trovato origine a partire dalla nota pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea *Cassis de Dijon* del 1979³², la quale ha sostenuto proprio la necessità di abolire qualsivoglia barriera tecnica che ostacoli la circolazione degli scambi all'interno del contesto europeo.

In materia, la Corte di giustizia ha svolto un ruolo ermenutico fondamentale, tendendo alla armonizzazione³³ delle legislazioni nazionali e alla uniforme applicazione della normativa eurounitaria.

²⁸ Articolo 6 della C.E.D.U., rubricato “*Diritto a un equo processo*”, il cui par. 1 in particolare recita: “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. (..)*”. In dottrina, v.: M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, fasc. 2, 2012, pp. 267 ss.

²⁹ Articolo 13 della C.E.D.U., rubricato “*Diritto a un ricorso effettivo*”: “*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali*”. In giurisprudenza, v.: Corte giust. 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, p. I-6677, punto 39.

³⁰ A. MATTERA RICIGLIANO, *Il Mercato unico europeo: norme e funzionamento*, Torino, 1990.

³¹ In proposito, il riferimento è al Libro bianco sul completamento del Mercato interno, COM (85) 310 def., 16 giugno 1985.

³² Corte di giustizia CE, 20 febbraio 1979, c. 120/78, in *Racc.*, 1979, pp. 649 ss. In tale circostanza la Corte dichiarò illegittimo il diniego, opposto dalla Repubblica Federale Tedesca, di importare il liquore *Cassis de Dijon*, che era stato motivato in base all'assenza nel prodotto in questione della gradazione alcolica minima richiesta dalla legislazione nazionale tedesca per il commercio di liquori. Per i giudici della Corte tale limite minimo si risolveva in una ingiusta discriminazione di prodotti di altri Stati a vantaggio delle bevande con un più alto tasso alcolico.

In dottrina si segnalano: A. NOVERO- G. ANDREIS, *Riflessioni in merito alle recenti sentenze della Corte di giustizia della CEE in relazione agli art. 30, 36 e 100 del Trattato di Roma*, in *Rass. dir. tecn. alim., Suppl.*, V e VI, 1980, pp. 331 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del Mercato comune*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981, pp. 273 ss.; G. CAVANI – G. GHIDINI, *Una sentenza pilota “Cassis de Dijon” in tema di ostacoli della libera circolazione delle merci*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1981, pp. 197 ss.; A. DASHWOOD, *Cassis de Dijon: a major step in the liberalisation of trade*, in *European Law Review*, n. 9, 1981, pp. 268 ss.

³³ V. R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, cit.: “*La presenza di principi giuridici comuni, osservati in tutti gli Stati, facilita l'apertura dei mercati ai fattori produttivi, rendendo effettiva la libera circolazione degli stessi, crea le condizioni per la realizzazione di una*

Tale fenomeno ha avuto un particolare rilievo nel settore relativo alla tutela dei diritti dei consumatori. Di conseguenza, per il momento circoscrivendo l'ambito di analisi tra gli Anni '80 e Duemila, si ricordino la Direttiva 84/450/CEE³⁴ relativa alla pubblicità ingannevole, modificata dalla Direttiva 97/55/CE sulla pubblicità comparativa³⁵; la Direttiva 85/374/CEE³⁶ quanto al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi modificata dalla Direttiva 1999/34/CE; la Direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la Direttiva 92/59/CEE sulla sicurezza generale dei prodotti; la Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; la Direttiva 97/7/CE sulla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza³⁷; la Direttiva 98/27/CE, sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori³⁸; o, ancora, la Direttiva 2000/31/CE³⁹ in riferimento a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico.

L'elenco appena riportato (non certamente esaustivo, nemmeno per quanto concerne l'arco temporale menzionato) è utile a comprendere l'estensione per materia dell'"*acquis communautaire*"⁴⁰.

concorrenza non falsata, promuove l'integrazione all'interno della Comunità. Nelle intenzioni dei redattori del Trattato era ben presente la convinzione che le disparità, o comunque la molteplicità delle normative vigenti nei Paesi membri, comporta degli ostacoli alla realizzazione di questi obiettivi: la loro rimozione deve avvenire attraverso il «ravvicinamento» delle disposizioni nazionali."

³⁴ R. DE MEO, (voce) *Pubblicità ingannevole*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 3 agg., pp. 1100 ss.: "La direttiva 84/450/CEE ha provveduto a indicare agli Stati membri la necessità di adeguare le proprie normative interne ad un disegno europeo di «sicurezza» giuridica ed economica al quale conformare i messaggi pubblicitari. L'ordinamento italiano si è dovuto dotare, così, di una disciplina che partisse dagli indirizzi comunitari per creare una rete di norme diretta a regolare la complessa realtà della diffusione dei messaggi pubblicitari in relazione alle possibili distorsioni del Mercato e dalle lesioni degli interessi dei consumatori da essa producibili."

³⁵ G. ROSSI, (voce) *Pubblicità comparativa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1 agg., 2000, pp. 626 ss.

³⁶ Tra gli altri, v. U. RUFFOLO, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; G. ALPA, *La nuova disciplina della responsabilità del produttore*, in *Corr. giur.*, 1988, pp. 781 ss.

³⁷ M. MAGRI, (voce) *Contratto a distanza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 5 agg., pp. 367 ss.

³⁸ S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/CE*, in *Europa dir. priv.*, 1999, pp. 669 ss.

³⁹ G. DE NOVA – F. DELFINI, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 693; G. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 617; F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corriere giuridico*, 2000, p. 1288; F. DELFINI, *Il D.Lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, in *Contratti*, 6, 2003, pp. 606 ss.

⁴⁰ S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, 2000, p. 17.

Nel corso degli Anni Duemila, proprio a fronte dell'ampia e frammentaria produzione normativa avutasi all'interno del contesto sovranazionale, è emersa in Italia l'esigenza di coordinare la disciplina consumeristica all'interno di un unico testo, progetto questo poi portato a compimento con il Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (o "Codice del consumo")⁴¹, che nella *ratio* iniziale intendeva coordinare in modo organico le leggi fino ad allora approvate ed applicate in tema di tutela dei consumatori⁴².

Precisamente, il Codice del consumo⁴³ si suddivide in sei Parti:

- Parte I (artt. 1 – 3), sulle disposizioni generali;
- Parte II (artt. 4 – 32), relativa a educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità;
- Parte III (artt. 33 – 101), sul rapporto di consumo;
- Parte IV (artt. 102 – 135), relativa a sicurezza e qualità;
- Parte V (artt. 136 – 141), su associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia;
- Parte VI (artt. 142 – 146), per le disposizioni finali.

Ebbene, il testo legislativo *de quo* è organizzato secondo la tecnica dell'*ubi ius ibi remedium*, sopra evidenziata, e quindi in base allo schema diritto-predisposizione della tecnica di tutela nel caso di sua violazione.

Più in particolare, si è sostenuto che il Codice del consumo "*crea un diritto diseguale*"⁴⁴, e questo per la speciale tutela da accordare nei confronti di una ben determinata categoria di soggetti. In tal senso è possibile richiamare la Relazione al testo, secondo cui la suddetta protezione si incentra sull'"*approccio specifico, ignoto al codice civile del 1942, fondato invece su un concetto formale di eguaglianza, diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo - normativo ed economico - del contratto. Ciò trova conferma nella previsione di meccanismi di riequilibrio, basati su "nullità di protezione", rilevabili, anche d'ufficio, ma solo a vantaggio del contraente debole. La stessa finalità è perseguita*

⁴¹ Sull'iter del Codice del consumo, ed in particolare sul lavoro della Commissione di studio (di cui l'autrice è stata componente), v. L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, pp. 67 ss.

⁴² Al di là delle novità che sono quivi racchiuse, può notarsi come, generalmente, le omologhe esperienze comunitarie sul tema non siano giunte fino a questo stadio: infatti, nella maggioranza dei casi, la disciplina sui diritti dei consumatori resta affidata a singole leggi speciali oppure è inserita nel *corpus* dei codici civili. Nello specifico, la finalità del Codice del consumo si evince chiaramente fin dal suo art. 1, rubricato "*Finalità ed oggetto*".

⁴³ G. CAPO, *Codice del consumo*, in *Enciclopedia del diritto, Annali VII*, 2014, pp. 211 ss.

⁴⁴ G. VETTORI, *Codice del consumo*, sub art. 1, Padova, 2007, p. 4.

*attraverso la scelta di affiancare alla difesa individuale strumenti di tutela processuale a carattere associativo, capaci di sopperire alla debolezza economica e professionale del consumatore, visto come individuo singolo.*⁴⁵. Del resto, le nuove tendenze quanto al sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale si sono maggiormente registrate proprio nell'ambito del settore consumeristico⁴⁶.

Proprio il *discrimen* tra equilibrio "normativo" ed equilibrio "economico"⁴⁷ assume rilevanza quanto alla giustizia contrattuale⁴⁸. Specificamente, l'equilibrio normativo attiene alla ripartizione, nel contratto, di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi, così come fissata nel regolamento negoziale. L'equilibrio economico⁴⁹, invece, concerne il rapporto di proporzionalità tra le prestazioni dedotte in contratto, considerate nel complesso dell'operazione cui accedono.

In generale, con riferimento ai meccanismi di tutela nei confronti dei consumatori nell'ordinamento giuridico italiano, essi inizialmente tendevano a limitare la libera attività imprenditoriale, e da ciò si deduce che la posizione dei consumatori vada necessariamente analizzata rapportandola (e contrapponendola) a quella degli imprenditori (o professionisti). Si tratta di una fisiologica e naturale impostazione, laddove il consumatore è *"la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale,*

⁴⁵ Decreto legislativo recante Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della Legge 29 luglio 2003, n. 229.

⁴⁶ V. E. MINERVINI, *Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, Bari, fasc. 1, 2017, pp. 11 – 12.

⁴⁷ V., ad esempio, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 518 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2001, pp. 334 ss.

⁴⁸ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e Mercato*, Napoli, 2004; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006, pp. 416, 418 e 422.

⁴⁹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2014, p. 1041.

*artigianale o professionale eventualmente svolta*⁵⁰ mentre il professionista⁵¹ è “*la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale*”⁵².

Data l’evidente contrapposizione tra le due categorie, *step* successivo alla menzionata definizione di cui all’art. 3, comma 1, lett. a), Cod. consumo è rappresentato tanto dalla individuazione del novero dei diritti di cui il consumatore è titolare quanto dalla conseguente e necessaria costruzione di una tutela *ad hoc*.

⁵⁰ La nozione *de qua* è prevista ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. a), Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. La prima impressione è che sia una definizione “soggettiva”: non c’è alcun riferimento limitativo della nozione del consumatore che riguardi l’ambito oggettivo della sua azione, ed in particolare della contrattazione. È evidente, quindi, che la disciplina consumeristica riguarda tutti i contratti soggettivamente imputabili a un consumatore, senza alcuna perimetrazione o limitazione di tipo oggettivo.

Si tratta della risposta del Legislatore interno a una procedura di infrazione avviata a fine Anni '90, prima dell’introduzione del Codice del consumo, quando la nozione di “consumatore” era prevista dall’art. 1469 *bis* cod. civ., che aveva ritenuto in modo incongruo, ma soprattutto inutile, di dare una definizione anche oggettiva di “consumatore”, affermando che consumatore sia colui che stipula contratti aventi per oggetto beni o servizi per scopi estranei. Quindi, si era avuta una delimitazione dell’oggetto dei contratti consumeristici che dovevano riguardare, per forza, beni o servizi; e, quindi, contratti diversi da questi sarebbero stati esclusi dalla disciplina consumeristica, con ciò violando (in ciò consisteva la contestazione) la Direttiva CE del 1993 che non conteneva alcuna limitazione relativa all’oggetto del contratto e secondo la quale tutti i contratti, anche se non aventi per oggetto, *stricto sensu*, beni e servizi, fossero sottoposti alla disciplina protezionistica.

Siccome la normativa consumeristica è una normativa di tutela minima e non solo di armonizzazione, si violava la *ratio* della Direttiva e l’obiettivo di protezione minima della posizione del consumatore.

Eppure, non c’è contratto che non abbia per oggetto, sempre e comunque, un bene o un servizio (con “bene” in riferimento a un dare, e “servizio” ad un *facere* in senso ampio).

Si era provato a rispondere alla contestazione, per cui la locuzione, pur se non necessaria, non era limitativa, non essendo dato immaginare un contratto che in senso ampio non ponga come oggetto la dazione di un bene o la prestazione di un servizio, e quindi la tenuta di un comportamento. Tuttavia, alla fine, si è eliminato il suddetto riferimento normativo, e oggi la definizione ultima, che trapela dall’art. 3 Cod. consumo, è in questo senso.

In tema di definizione di “consumatore” v. G. ALPA – G. CHINE’, (voce) *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., III*, Torino, 1997, pp. 542 ss., secondo cui nonostante manchi del carattere della generalità, le definizioni legislative per la figura del consumatore assumono importanza sistematica perché permettono di individuare una serie di caratteri che perimetrano l’ambito soggettivo di tutela del consumerism di matrice comunitaria, quindi favorendo la costruzione, anche nell’ottica delle future prospettive di tutela, della moderna figura del consumatore.

⁵¹ La definizione *de qua* è ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. c), D.lgs. n. 206/2005.

⁵² Comparando l’odierna definizione di “professionista” *ex art.* 3, comma 1, lett. c), Cod. cons. con quella contenuta nell’originario art. 1469 *bis*, comma 2, cod. civ. (secondo cui tale figura era “*qualunque soggetto, pubblico o privato, che eserciti un’attività di cessione di beni o prestazione di servizi, non necessariamente finalizzata alla produzione di utili, avvalendosi di un’organizzazione stabile e duratura non occasionale.*”) è bene sottolineare che la prima contenga il duplice riferimento all’agire del soggetto “*nell’esercizio di un’attività imprenditoriale o professionale*”, il che ha sciolto un dubbio ermeneutico in passato postosi: è attualmente qualificato come professionista anche un soggetto che operi esclusivamente in un’ottica di prevalente interesse pubblico, e non per percepire un utile. Ed infatti il Codice del consumo ha previsto che costui eserciti un’attività imprenditoriale oppure svolga una professione, consistente nella prestazione di servizi e cessione di beni non necessariamente finalizzata alla produzione di utili (Trib. Palermo, 3 febbraio 1999, in *Giustizia Civile*, 2000, I, pp. 241 ss.).

Invero, si tende spesso a identificare la tutela del consumatore con la tutela contrattuale del medesimo, ma evidentemente così non è: il Legislatore, all'interno del Codice del consumo e nelle leggi speciali, enuclea la nozione di "consumatore" non solo al fine di apprestare una specifica tutela contrattuale nei confronti del professionista, ma altresì per prevedere ulteriori tecniche di tutela del consumatore che sia vittima di comportamenti (anche extra-contrattuali) lesivi della sua sfera giuridica. In questo senso, si pensi al comportamento anti-concorrenziale del professionista, alla responsabilità del produttore e all'azione di classe.

Peraltro, in materia intervengono norme tanto civilistiche quanto pubblicistiche. Esemplificativamente, occorre richiamare lo stesso *corpus* del Codice del consumo, entro il quale è sancita la nullità delle clausole abusive inserite nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti⁵³, e altre, come l'art. 37 *bis*, il quale invece introduce una forma di *public enforcement*⁵⁴ nella tutela del consumatore, conferendo all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il compito di controllare i comportamenti illeciti posti in essere dai professionisti e lesivi della sfera giuridico-patrimoniale del consumatore. Quindi, il fatto che il Legislatore preveda nullità contrattuali, ma anche la adozione di provvedimenti amministrativi volti a reprimere comportamenti lesivi dei professionisti, permette di comprendere la doppia finalità della normativa consumeristica: in primo luogo, proteggere i diritti del consumatore, e quindi le posizioni privatistiche del contraente, ed in seconda istanza, perseguire obiettivi di carattere generale sul piano della concorrenza, dello sviluppo economico nonché dell'equità delle transazioni commerciali.

⁵³ V. art. 33, D.lgs. n. 205/2006: "Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. (...)".

In dottrina, tra gli altri, v.: M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. impr./Europa*, 2007, pp. 696 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, pp. 3 ss.; E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 3, I, Torino, 2005; C. M. BIANCA – F. D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 1999; A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, pp. 431 ss.

⁵⁴ Per "*public enforcement*" si intende l'attività delle Autorità pubbliche della concorrenza volta a reprimere gli illeciti concorrenziali.

La disciplina consumeristica ha un doppio scopo e significato. Tale assunto trova conferma anche nello stesso concetto di “nullità di protezione”⁵⁵, che appunto è una “nullità” ma con finalità “di protezione”. Infatti, la nullità è “di protezione” poiché questo interesse generale non è indifferente, insensibile agli interessi dei singoli, ma anzi coincide con l’interesse della parte debole: è interesse generale che la parte debole sia protetta, poiché grazie alla protezione della stessa si ricavano benefici che vanno al di là dell’interesse del singolo, quali la concorrenza, lo sviluppo economico, l’equità, la solidarietà. In sostanza, quindi, beni di carattere pubblicistico⁵⁶.

Il quadro normativo delineato si è arricchito in virtù del Libro verde del 1° luglio 2010, “*sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*”⁵⁷. Nello specifico, il programma di lavoro del Libro verde prevedeva la presentazione di uno strumento di diritto europeo dei contratti, che ha comportato la elaborazione dello Studio di fattibilità (*Feasibility Study*) nell’aprile 2011. Detto studio è partito dal *Draft of Common Frame of Reference*, testo del 2009, confrontandone i contenuti con quelli di altri progetti quali i Principi Lando (pubblicati in tre parti, rispettivamente negli anni 1995, 2000 e 2003) e il *Code Européen des Contrats* (formulato nel 2000)⁵⁸.

In seguito, lo studio si è tramutato nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita⁵⁹, presentata dalla Commissione europea l’11 ottobre 2011. *Ratio* di tale documento era quello di uniformare le normative nazionali vigenti, quindi riducendo i costi e facilitando l’espansione degli scambi transfrontalieri non solo tra le imprese ma anche tra imprese e consumatori⁶⁰.

⁵⁵ Di nullità di protezione si parlerà più diffusamente nel Cap. III del presente scritto. Ancora oggi tale categoria è molto discussa, per il fatto che il Legislatore, quando la prevede, non la disciplina, o non lo fa in modo compiuto.

⁵⁶ P. M. PUTTLI, (voce) *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, 1997, pp. 673 ss.

⁵⁷ COM (2010) 348 def.

⁵⁸ Progetto dell’Accademia pavese di diritto europeo per impulso di Giuseppe Gandolfi.

⁵⁹ COM (2011) 635 def. 2011/0284 [end].

Secondo quanto sostenuto in dottrina, per cui si veda L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 335, la Proposta si proponeva l’obiettivo “*di migliorare l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno, favorendo l’espansione degli scambi transfrontalieri per le imprese e gli acquisti transfrontalieri per i consumatori, attraverso l’introduzione di un corpus autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti.*”.

⁶⁰ Secondo il Preambolo della Proposta *de qua*, tale obiettivo “*può essere conseguito con un corpus autonomo e uniforme di norme di diritto dei contratti, comprensivo di norme a tutela del consumatore – il diritto comune*

Eppure, quanto ai rimedi per la violazione degli obblighi pre-contrattuali di informazione, la Proposta di Regolamento prevedeva unicamente un generico diritto al risarcimento del danno subito dalla parte lesa⁶¹, senza precisare il tipo di responsabilità (contrattuale o pre-contrattuale).

Nel 2013 il contenuto del testo *de quo* è stato discusso tra coloro che erano intenzionati a sottoporlo al Parlamento europeo senza necessità di modifiche, e coloro che invece intendevano limitarne il contenuto ai soli contratti di vendita tra imprenditori e consumatori. Tra queste posizioni, la prima è prevalsa, ma il Parlamento europeo, in data 26 febbraio 2014, ha adottato una Risoluzione in cui la Proposta di Regolamento ha subito importanti modifiche, tra cui una di natura oggettiva: l'ambito è limitato, infatti, alle *“transazioni transfrontaliere per la vendita di merci, per la fornitura di contenuto digitale e per i servizi correlati condotti a distanza e, in particolare, on-line, allorchè i contraenti si fossero accordati su ciò”*⁶².

“Sebbene abbia alle spalle un monumentale lavoro di sistematizzazione dell'intero diritto privato patrimoniale quale il progetto di un Quadro Comune di Riferimento, il futuro diritto comune europeo della vendita ('CESL'), dall'acronimo inglese), prendendo parzialmente le distanze anche dal suo antecedente storico diretto, il cd. Studio di Fattibilità, intende – come noto – limitarsi alla disciplina del contratto di vendita e di fornitura di contenuto digitale (e di alcuni servizi correlati), per quanto attiene, però, sia ai rapporti con i consumatori, sia a quelli tra professionisti. È, infatti, convincimento del Legislatore comunitario che il nuovo corpus di regole uniformi (..) possa contribuire a

europeo della vendita – da considerarsi alla stregua di un secondo regime di diritto dei contratti nell'ambito dell'ordinamento nazionale di ciascuno Stato membro”.

Infatti le norme ivi previste intendono disciplinare integralmente i contratti di vendita transfrontalieri tra imprese e consumatori e tra imprese.

⁶¹ Art. 29, comma 1 della Proposta di Regolamento, che ai commi 2, 3 e 4 prescrive che *“2. Il consumatore non è tenuto a sostenere le spese aggiuntive di cui all'art. 14 o i costi della restituzione dei beni di cui all'art. 17, paragrafo 2, se il professionista viola gli obblighi di informazione relativi a tali spese o costi.*

3. I rimedi previsti dal presente articolo non pregiudicano l'applicazione dei rimedi previsti dall'art. 42, paragrafo 2, dall'art. 48 o dall'art. 49.

4. Nei rapporti tra professionista e consumatore le parti non possono, a danno del consumatore, escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti.”.

⁶² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 sulla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, COM (2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD).

*migliorare il funzionamento del Mercato interno, incrementando la concorrenza anche a vantaggio dei consumatori.”*⁶³.

Conclusivamente, da quanto sopra premesso, si comprende il motivo per cui è stato in dottrina sostenuto che *“il concetto di consumatore è residuale, mutevole, relazionale. Ma ormai ha piena legittimazione d’uso anche nel vocabolario del giurista. In altri termini, è, per prassi consolidata anche nella nostra esperienza, un concetto giuridico.”*⁶⁴.

In tal modo scriveva autorevole dottrina, sul finire degli Anni '90, in materia di tutela dei consumatori. A distanza di circa un ventennio è ben possibile riprendere tali considerazioni, soprattutto per constatarne la correttezza.

2. Il rapporto tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza. Complementarietà o conflitto?

Fermi i rilievi introduttivi che precedono, è da evidenziare la stretta connessione tra due *policies*, ossia la tutela del consumatore, da un lato, e la tutela della concorrenza, dall’altro.

Sul punto è da tempo aperto un dibattito volto a comprendere se le discipline menzionate siano in un rapporto di integrazione reciproca⁶⁵ oppure tra loro confliggenti⁶⁶.

⁶³ R. PELEGGI, *Il progetto di regolamento sul diritto comune europeo della vendita: una breve analisi nell’ottica dell’applicazione ai rapporti tra imprese*, in *Contr. impr./Europa*, 2, 2014, pp. 628 – 629.

Ivi è necessario menzionare le due proposte di direttiva inquadrate nel contesto della Strategia per il Mercato unico digitale della Commissione, le quali hanno sostituito la Proposta di regolamento *de qua*: si tratta della proposta COM(2015) 634, riguardante determinati aspetti dei contratti per la fornitura di contenuto digitale; e della proposta COM(2015) 635, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni.

⁶⁴ G. ALPA – G. CHINE’, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, cit., p. 548. Sul punto v. anche G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contr.*, 2001, p. 206.

⁶⁵ F. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del Mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 261, che testualmente afferma: *“(..) la tutela costituzionale del consumatore potrebbe in realtà rinvenirsi nella stessa tutela della concorrenza, perché la concorrenza si salvaguarda tutelando il consumatore e viceversa, tanto che in diritto comunitario il diritto dei contratti è considerato come una parte del diritto della concorrenza. (..)”*.

V. anche G. ALPA, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *NGCC*, II, 2005, p. 102.

⁶⁶ G. AMATO – F. DENOZZA – H. SCHWEITZER – A. NICITA – D. STALLIBRASS, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2, 2009, p. 381. Invero, E. GABRIELLI – A. ORESTANO, (voce) *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., I agg.*, 2000, p. 258: *“(..) i due piani considerati, quello della tutela della concorrenza e del Mercato e quello relativo all’equilibrio del singolo contratto, non siano necessariamente in antitesi l’uno con l’altro. (..) interventi che siano rivolti a restituire il contratto ad una ripartizione del rischio il più possibile*

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo del lavoro, la tutela dei consumatori trova fondamento nelle politiche ispirate alla protezione di una ben determinata categoria di soggetti (definiti dall'art. 3, comma 1, lett. a), Cod. cons.), relative ad un ambito esteso, a partire dal diritto alla salute e alla sicurezza fino agli interessi patrimoniali di costoro.

Quanto invece al contesto *antitrust*, risulta in primo luogo dirimente concentrarsi sul significato del concetto stesso di “concorrenza”⁶⁷.

Proprio sviluppando tale secondo aspetto, è anzitutto da rilevare come manchi una esplicita definizione *ad hoc*, a livello tanto nazionale quanto europeo⁶⁸. Ciononostante (e, forse, a maggior ragione) è necessario procedere ad una ricostruzione della stessa, ripercorrendone cronologicamente lo sviluppo, e focalizzandosi in modo particolare sugli approdi dottrinali più recenti⁶⁹.

In passato⁷⁰ si sosteneva che la concorrenza costituisse uno stato naturale di funzionamento del mercato, caratterizzato dal libero ingresso e dalla libera negoziazione⁷¹, senza particolari divieti o limiti. Eppure, nel tempo, questa concezione è profondamente cambiata.

corrispondente a quella che le parti avrebbero raggiunto all'esito di una contrattazione paritaria e non caratterizzata da asimmetrie informative (interventi, quindi, incentrati sulla posizione rivestita dalle parti del contratto), conducano (anche) al ripristino dell'equilibrio di Mercato.”

⁶⁷ V. M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practise*, Cambridge, 2004; M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004.

⁶⁸ Invero, diverse sono le norme giuridiche in materia di protezione della concorrenza nel diritto eurounitario. Il riferimento è a disposizioni che fin da epoca risalente hanno fatto parte del quadro normativo sovranazionale: esemplificativamente, si ricordino i seguenti articoli dell'originario T.C.E.: artt. 2, e par. 1 lett. g) e t), 4 par. 1 e, ovviamente, gli artt. 81 – 93.

Attualmente, si devono citare gli artt. 101 ss., 119, 120 T.F.U.E., e l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶⁹ Il riferimento è a partire dal XIX secolo. Tuttavia, per una puntuale ricostruzione, cui nel corpo del testo si farà spesso riferimento, v. M. LIBERTINI, (voce) *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali III*, pp. 191 ss., in specie da p. 198.

⁷⁰ G. OLIVIERI, *Dal Mercato delle cose al Mercato delle idee*, in *Rivista delle Società*, fasc. 4, 2017, p. 817: “Già sul finire del XIX secolo, tuttavia, appare chiaro come il Mercato non si regoli affatto da solo e come i suoi ‘spiriti animali’, se lasciati liberi di operare, non generino benessere per la collettività ma solo per una ristretta cerchia di oligopolisti, di cui accrescono a dismisura il potere economico e in pari tempo il peso politico. (...)”.

⁷¹ *Idem*, pp. 199 e 208.

All'epoca della nascita della Comunità europea, la tutela della concorrenza⁷² costituiva uno degli obiettivi fondamentali del progetto⁷³: in tal senso si ricordano gli artt. 3 par. 1 lett. g)⁷⁴, 4 par. 1, nonché gli artt. 81 e seguenti del T.C.E.

Tuttavia, se inizialmente la concorrenza era intesa come valore in sé, un netto cambiamento si è registrato a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷⁵, affermandosi che essa costituisse piuttosto un mezzo utile a conseguire risultati socialmente utili. Ed infatti, le stesse discipline *antitrust* contemporanee intendono oggi la concorrenza tra imprese quale strumento essenziale per il benessere economico generale: specificamente, nel 1972 è stata qualificata dalla Commissione europea quale miglior stimolo dell'attività economica tra domanda e offerta sul Mercato⁷⁶.

Da questi elementi sembrerebbe, quindi, potersi ravvisare una prima prova della complementarità tra la *policy* pro-concorrenza e la tutela dei consumatori⁷⁷.

È da sottolineare che all'inizio degli Anni '90 del Novecento, dinanzi all'influenza esercitata dalla Comunità europea, nell'ordinamento italiano hanno assunto un ruolo rilevante i principi connotanti il libero Mercato: esemplificativa in tal senso è stata l'approvazione della Legge 10 ottobre 1990, n. 287⁷⁸, la quale ha rappresentato “una svolta

⁷² L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza, divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007, pp. 81 ss.

⁷³ Si veda anche S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. 3, Milano, 2007, p. 159.

⁷⁴ Peraltro, le norme a tutela della concorrenza hanno rivestito, e rivestono tuttora, rango costituzionale. E ciò non è mutato a fronte dell'entrata in vigore del T.F.U.E., nel 2009, che ha modificato e rinominato il T.C.E., nonostante nel testo del primo non compaia più la previsione ex art. 3 lett. g) del secondo di “*un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel Mercato interno*” come oggetto di una delle “*politiche e azioni comuni*” ai fini previsti dall'art. 2 T.C.E. Del resto è oggi possibile richiamare il contenuto dell'art. 3 lett. b) T.F.U.E., secondo cui l'Unione ha competenza esclusiva anche quanto alla “*definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del Mercato interno*”.

⁷⁵ Anche in seguito al Trattato di Lisbona, è nei Trattati ravvisabile il riferimento alla tutela della concorrenza: artt. 101 ss. T.F.U.E., art. 119 e 120 del medesimo testo.

⁷⁶ Commissione CEE, *Prima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles-Lussemburgo, 1972: “*La concorrenza è il miglior stimolo dell'attività economica, in quanto garantisce ai suoi partecipanti la massima libertà d'azione possibile. Una politica attiva di concorrenza, perseguita in conformità delle disposizioni dei Trattati che istituiscono le Comunità, favorisce il costante adattamento delle disposizioni dei Trattati che istituiscono le Comunità, favorisce il costante adattamento delle strutture della domanda e dell'offerta all'evoluzione delle tecniche; in virtù del gioco dei meccanismi decentrati di decisione, essa permette di ottenere dalle imprese una sempre maggiore efficacia, che è la condizione di base per il costante miglioramento del tenore di vita e delle possibilità di occupazione nei Paesi della Comunità.*”.

⁷⁷ C. OSTI, *La tutela del consumatore*, in A. CATRICALA' – E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, p. 428.

⁷⁸ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, rubricata “*Norme per la tutela della concorrenza e del Mercato*”, pubblicata in G.U. Serie Generale, del 13 ottobre 1990, n. 240.

V. in merito: P. MARCHETTI – L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007; P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit.; L. F. PACE, *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il “vincolo comunitario” imposto al Legislatore nazionale*:

decisiva per la diffusione, a tutti i livelli, e l'attuazione, in tutti i settori dell'ordinamento, della normativa comunitaria, e della cultura della concorrenza."⁷⁹.

Invero, il principio di tutela della concorrenza ha trovato esplicitazione all'interno del testo della Costituzione italiana nel 2001⁸⁰, specificamente tra le competenze legislative e amministrative esclusive dello Stato (art. 117, comma 1, lett. e), Cost.).

In tal modo, il diritto *antitrust* non ha più rappresentato un limite estrinseco alla libertà di iniziativa economica da giustificare ai sensi dell'art. 41 Cost.⁸¹

Come espresso anche in dottrina⁸², la concorrenza ha iniziato ad essere considerata un vero e proprio "bene" giuridico da tutelare⁸³, ed altresì strumentale al raggiungimento di finalità di ordine superiore⁸⁴: *"la dimensione del bene (il valore della concorrenza) non può essere ricostruita se non nel quadro d'insieme delle disposizioni sostanziali della costituzione. E tali norme, se e nella misura in cui costituiscono principi fondamentali, filtrano le stesse disposizioni comunitarie ed i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (...)"*⁸⁵.

l'art. 1, legge n. 287/1990, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 5, 2001, pp. 997 ss.; D. DONATIVI, Introduzione della disciplina Antitrust nel sistema legislativo italiano, Milano, 1990.

⁷⁹ N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, Mercato concorrenziale*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, vol. 1, Torino, 2010, p. 211.

⁸⁰ La Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, relativa alla modifica del Titolo V, Parte II della Costituzione ha introdotto nel testo le parole "mercati" e "concorrenza". Più precisamente, l'attuale art. 117, comma 2, lett. e) Cost. colloca la "tutela della concorrenza" tra le materie in cui lo Stato ha legislazione esclusiva.

⁸¹ G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, p. 75.

⁸² G. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in M. CAFAGNO – G. MANGANARO (a cura di), in *L'intervento pubblico nell'economia*, (a cura di) M. CAFAGNO, F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, (a cura di) L. FERRARA – D. SORACE, vol. V, Firenze, 2016, p. 577: *"(..) dalla giurisprudenza della Corte costituzionale emerge che la concorrenza non è solo una materia da ripartire tra Stato e regioni, ma è, prima di tutto, un bene da tutelare; ciò traspare soprattutto da quelle pronunce con cui la Corte verifica e riconosce la legittimità delle misure introdotte solo se effettivamente funzionali a garantire la concorrenza (Corso, 2006: 26)."*

⁸³ M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011, p. 17: *"(..) la tutela della concorrenza è un bene giuridico, ma l'intervento del Legislatore nell'economia trova altri limiti precisi in Costituzione alla stregua dei quali deve essere giudicato.*

La concorrenza come bene giuridico si sostanzia in un modello economico in cui la pluralità degli operatori compete per migliorare la qualità dei prodotti e servizi offerti e per diminuirne i costi. Essa è allora da intendersi come processo dinamico, strumento utile a tutelare la libertà di scelta dei consumatori (...)".

⁸⁴ M. LIBERTINI, *Caratteristiche della disciplina antitrust e sistema giuridico italiano: un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2000, pp. 515 ss.; G. GHIDINI – E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust, cit.*, pp. 217 ss.

⁸⁵ B. PEZZINI, *La regolamentazione economica tra Stato e regione*, in G. COCCO (a cura di), *L'economia e la legge*, Milano, 2007, p. 164.

Invero, la materia è tuttora magmatica. Dai rilievi fin qui operati, è evidente la problematicità insita nella definizione di “concorrenza”, e ne consegue una ancora più ardua possibilità di pervenire ad un punto fermo, anche quanto al quesito principale sui rapporti tra tutela della concorrenza e protezione dei consumatori.

Tuttavia, iniziando dal tentativo definitorio che ivi si intende operare, è oggi possibile affermare che con l’espressione “concorrenza” si intenda un ordine (non naturale, ma anzi) elaborato dal potere pubblico, volto a guidare e mantenere un processo dinamico virtuoso, atto a sostenere lo sviluppo economico nonché, come già più volte accennato, il massimo benessere collettivo.

Una nota definizione dottrinale (seppure ormai risalente) ritiene siano in concorrenza tra loro due o più imprenditori che in un determinato periodo di tempo offrono (o domandano) beni e servizi suscettibili di soddisfare bisogni simili o complementari esplicitati dai consumatori, entro il medesimo ambito di Mercato attuale o potenziale⁸⁶. Più di recente, nel 2013, un importante tentativo definitorio sulla concorrenza è stato operato dalla Corte costituzionale⁸⁷, secondo cui la concorrenza “(..) ha «una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (sentenza n. 223 del 1982), ponendo in luce la concorrenza quale «valore basilare della libertà di iniziativa economica» (sentenza n. 241 del 1990).”. A riguardo si è valorizzato il profilo consistente nel finalismo della concorrenza medesima, volto a migliorare la qualità dei prodotti e, in generale, ad ampliare la libertà di scelta del consumatore.⁸⁸.

⁸⁶ Si tratta della formulazione elaborata da R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Rivista di diritto industriale*, I, 1956, pp. 66 ss.

In materia v. anche, tra gli altri: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, 1954, p. 917.

⁸⁷ Corte cost. 22 maggio 2013, n. 94, con nota di M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l’esclusività dell’oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 3, 2013, pp. 1663 ss.

⁸⁸ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell’ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e Credito*, 2015, p. 382.

Si ricordi la Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, pubblicate in G.U.C.E. n. C 101 del 27 aprile 2004.

La Corte costituzionale⁸⁹, nel riconoscere la trasversalità della concorrenza⁹⁰, ne ha valorizzato il profilo dinamico, nella prospettiva della liberalizzazione dei Mercati e/o della instaurazione di assetti concorrenziali⁹¹.

In dottrina si è giunti a sostenere che *“in una prospettiva di processo dinamico ‘aperto’, tutela della concorrenza non significa più ripristino di un ordine naturale violato, bensì scelta di una modalità correttiva della dinamica assunta spontaneamente dai mercati, quando questa ha assunto una piega indesiderabile o inefficiente. È questa la concorrenza dei moderni.”*⁹².

È stato anche rilevato come alcuni Autori ancora confondano tra la libertà di concorrenza *“come situazione giuridica soggettiva attribuita a persone ed imprese, e la concorrenza effettiva, come modo di funzionamento reale di un Mercato. Un secondo equivoco, anche tra coloro (non pochi) che distinguono fra concorrenza in senso soggettivo e concorrenza in senso oggettivo, consiste nel ritenere autoevidente il significato del termine «concorrenza» (in senso oggettivo), che invece può essere inteso in modi assai diversi. Più in particolare, può dirsi che il primo concetto (libertà di concorrenza) è di semplice definizione: esso costituisce una delle possibili manifestazioni della «libertà di iniziativa economica», che l'art. 41, comma 1, Cost., riconosce e garantisce in capo a tutti gli individui e che, secondo l'interpretazione prevalente, costituisce un vero e proprio diritto di libertà individuale. In questa prospettiva, la libertà di concorrenza è un diritto che può essere esercitato dal titolare nei modi più diversi, da quelli più aggressivi nei confronti di altre imprese, attualmente o potenzialmente presenti nel Mercato, fino all'estremo opposto dell'esercizio negativo, cioè dall'astenersi dal fare concorrenza, limitando e coordinando, d'accordo con altri soggetti, la propria libertà d'iniziativa economica. Il secondo concetto,*

⁸⁹ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14, con nota di G.P. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2004, pp. 265 ss.

Inoltre, v. anche le sentenze Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272, con nota di A. POLICE – W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e Mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, fasc. 4, 2004, pp. 831 ss., e Corte cost., 1° febbraio 2006, n. 29.

⁹⁰ R. CARANTA, *La tutela della concorrenza*, cit. L'Autore ribadisce il carattere trasversale della materia “tutela della concorrenza” e approfondisce la questione sulla portata di tale espressione. Ivi si afferma che alcuni Autori sostengono che il riferimento sia alla disciplina *antitrust*, come disegnata dalla L. n. 287/1990, la quale attiene a materie quali il commercio, l'industria, la produzione e prestazione di servizi, con esclusione invece delle discipline di regolazione pubblica di settori “sensibili” del Mercato, come ad esempio quelle in materia di trasporto e telecomunicazioni.

⁹¹ G. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, cit.

⁹² M. LIBERTINI, (voce) *Concorrenza*, cit., p. 238.

di definizione molto più problematica, è quello di «concorrenza effettiva» (termine impiegato in molti testi normativi comunitari, e quindi ascrivibile anch'esso al diritto positivo italiano). È intuitivo che, quando si parla di «tutela della concorrenza» (nelle leggi antitrust come nell'art. 117 Cost.), o quando si parla di «promozione della concorrenza» (come nella l. n. 481/1995, istitutiva delle autorità amministrative indipendenti di settore) diviene logicamente necessario definire la concorrenza come bene giuridico tutelato. In questa prospettiva, la concorrenza dev'essere definita in modo oggettivo e non come libertà individuale: basti pensare che la tutela della concorrenza si rivolge tradizionalmente, in primo luogo, contro quei privati che esercitano negativamente la loro libertà di concorrenza, creando cartelli o impedendo l'iniziativa altrui.”⁹³.

Proprio in relazione ai rapporti tra tutela *antitrust* e consumatori, la giurisprudenza⁹⁴ ha in passato riconosciuto la normativa in materia di concorrenza come operante soltanto nei confronti della libertà economica delle imprese⁹⁵ (per conservare un Mercato concorrenziale) e non anche dei consumatori, qualificati come soggetti occasionalmente protetti.

Si era così escluso che questi ultimi potessero essere legittimati a far valere, *ex art. 33*, comma 2, L. n. 287/1990, la nullità di un'intesa restrittiva lesiva a monte della stipulazione di un contratto con un'impresa partecipante anche alla prima.

Successivamente, però, la Corte di Cassazione si è nuovamente pronunciata in materia invece ammettendo siffatta legittimazione ad agire: ha infatti riconosciuto l'ingiustizia del danno (*ex art. 2043 cod. civ.*) occasionato dall'intesa *antitrust*, e la competenza esclusiva della Corte d'appello.

Più precisamente, se i consumatori rappresentano una categoria tutelata dalla L. n. 287/1990, l'ingiustizia del danno lamentato deriva dalla lesione di un interesse protetto da

⁹³ V. infatti M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2005, p. 1429.

Sul dibattito precedente alla riforma costituzionale v. M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2004, pp. 439 ss.

⁹⁴ Si tratta di Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, 4, pp. 390 ss., e Cass. civ., 4 marzo 1999, n. 1811, in *Riv. dir. ind.*, 6, 2000, II, pp. 421 ss.

⁹⁵ In dottrina, v. C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 472.

Contra: R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004, p. 469; L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – F. PATRONI GRIFFI – L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, II, p. 1456.

In giurisprudenza, a favore di tale tesi: Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, p. 1121.

tale testo normativo, il quale prevede che le azioni risarcitorie del danno debbano essere esercitate di fronte alla Corte quale giudice di primo e unico grado di merito.

Ne deriva, pertanto, un netto *revirement* da parte del Supremo Collegio: la Legge *antitrust* è stata intesa come legge non più dei soli imprenditori bensì di tutti i soggetti operanti sul Mercato, interessati a conservarne il carattere concorrenziale.

Ed infatti, nell'ipotesi di una intesa anti-concorrenziale cui abbia partecipato la controparte di un contratto stipulato da un consumatore, è evidente come essa impedisca al consumatore di esercitare una libera scelta, anzi sostituendola con altra che è però solo apparente.

Peraltro, ivi è utile ricordare come da tempo sia ormai sempre più avvertita la necessità di permettere ai consumatori di ottenere il risarcimento a fronte di un illecito concorrenziale.

Infatti, le stesse norme *antitrust* difficilmente conoscerebbero concretizzazione ed efficacia qualora non fosse possibile domandare (e, soprattutto, ottenere) il risarcimento del danno derivante da un comportamento lesivo della concorrenza medesima. Recentemente è sul punto intervenuto anche il Legislatore europeo. Infatti, il 26 novembre 2014 è stata approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio la Direttiva 2014/104/UE, relativa ai criteri di determinazione del risarcimento dei danni cagionati per violazione del diritto della concorrenza⁹⁶, la quale ha inteso rafforzare il *private enforcement* (consistente, come noto, nella promozione di giudizi risarcitori da parte dei concorrenti danneggiati da una pratica *antitrust*)⁹⁷.

⁹⁶ In dottrina v. G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Diritto industriale (Il)*, 3, 2016, pp. 228 ss.; F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, *ibidem*, pp. 252 ss.; A. NERVI, *Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *Italian Law Journal*, 1, 2016, pp. 131 ss.; G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 3, 2015, pp. 301 ss.; M. SANTISE, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza. Cassazione civile, Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2015, pp. 1271 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 1, 2015, pp. 100 ss.

Quanto al D.lgs. n. 3/2017, v. G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 4, 2017, pp. 441 ss.; A. CARRATTA, *La tutela risarcitoria per violazione della concorrenza*, in *Id.*, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017, pp. 79 ss.; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, fasc. 3, 2017, pp. 991 ss.

⁹⁷ E. AL MUREDEN – S. BASTIANON – R. BONATTI – F. CASOLARI – M. DE PANPHILIS – G. DI FEDERICO – F. FERRARO – C. SCHEPISI – C. FRATEA – F. DAL POZZO, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, Introduzione, XVIII: “*Il private enforcement del diritto antitrust vanta due importanti vantaggi rispetto al public enforcement: anzitutto è promosso da coloro che hanno subito un danno dall'illecito concorrenziale e dunque si realizza in maniera*

In dottrina si è sostenuto che la Direttiva 2014/104/UE “(...) accentua l’efficacia diretta degli artt. 101 e 102 TFUE nei rapporti fra i singoli, ai quali vengono attribuiti diritti e obblighi che le autorità giudiziarie nazionali devono applicare a livello privatistico, accordando risarcimenti alle vittime delle violazioni.”⁹⁸.

Il fine è, in ogni caso, quello di consentire ai consumatori un pieno risarcimento del danno subito: tanto la direttiva⁹⁹ quanto il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (attuativo della stessa) affermano che il risarcimento del danno da intesa anticoncorrenziale debba essere “pieno”, dunque comprensivo del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi connessi¹⁰⁰ (questi ultimi maturati tra la verifica del danno e l’effettivo risarcimento): in tal modo il danneggiato sarebbe nuovamente posto nello *status quo ante* rispetto alla violazione del diritto *antitrust*.

diffusa e da parte di soggetti altamente motivati; in secondo luogo, è connotato da un importante elemento di equità, posto che mira al ristoro del pregiudizio sofferto dalle vittime dell’illecito, obiettivo che non è raggiungibile dalle sanzioni pecuniarie imposte dalle pubbliche autorità (...).”

Sul *private enforcement antitrust*, v. anche V. MOSCA, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi.it*, 2015; G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 16 ss.; V. MOSCA, *Il private enforcement antitrust: accertamento e quantificazione del danno*, in questa *Rivista*, 2010, 5, pp. 457 ss.

Quanto al rapporto tra *private* e *public enforcement* v. Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, con nota di G. IOANNIDES, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 2, 252: “Gli strumenti di *public enforcement* e *private enforcement* operano su piani autonomi e distinti, e pertanto non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita. Se i primi svolgono una funzione tipicamente ‘punitiva’ ed ‘afflittiva’ e sono finalizzati primariamente a garantire l’interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati, i secondi possono essere attivati davanti al giudice civile dal privato eventualmente leso da una condotta anticoncorrenziale, al fine di ottenere il risarcimento del danno. Ne consegue che la pretesa del privato al corretto esercizio della funzione punitiva propria del *public enforcement*, pur costituendo un interesse giuridicamente rilevante, non ha la consistenza e la pienezza del diritto soggettivo.”

⁹⁸ E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015, p. 391.

⁹⁹ P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017*, *cit.*, p. 991.

¹⁰⁰ Nello specifico v. art. 1, comma 2, D.lgs. n. 3/2017, che riproduce gli artt. 3 e 4 della Dir. 2014/104/UE. Quanto alla Dir. 2014/104, i riferimenti sono numerosi: Considerando nn. 13, 36, 38 e 51; art. 1 par. 1; in particolare, poi, l’art. 3, rubricato “*Diritto a un pieno risarcimento*”, ma anche gli artt. 4, 11 parr. 1-2 e 4, lett. b), 12 (rubricato “*Trasferimento del sovrapprezzo e diritto al pieno risarcimento*”), 20 par. 2, lett. a).

Fermi i rilievi avanzati, l'interdipendenza tra tutela dei consumatori e Mercato concorrenziale era già stata confermata dalle note sentenze *Courage*¹⁰¹ e *Manfredi*¹⁰², nelle quali la Corte di giustizia ha riconosciuto, in virtù dell'effetto diretto degli attuali artt. 101 e 102 T.F.U.E., che chiunque (e, quindi, appunto anche il consumatore) abbia diritto a essere risarcito se danneggiato da una condotta anti-concorrenziale.

In tal modo può dirsi confermata l'opinione per cui tanto l'interesse dei consumatori a essere risarciti per i danni subiti quanto quello della Autorità pubbliche a reprimere le violazioni *antitrust* sarebbero pienamente conciliabili e riconducibili a unità¹⁰³.

Inoltre, la rilevanza degli interessi di tale categoria di soggetti operanti sul Mercato si è sviluppata sempre più nella (e grazie alla) politica di concorrenza comunitaria: in questo senso è la Comunicazione della Commissione Europea del 2004 intitolata "*Una politica della concorrenza proattiva per un'Europa competitiva*"¹⁰⁴.

La tutela della concorrenza passa attraverso la predisposizione di un Mercato¹⁰⁵ che permetta ai consumatori di pervenire ad una scelta definitiva del tutto consapevole e preferibile, poiché raffrontata con altre ad essa affini quanto a oggetto e settore di riferimento.

¹⁰¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, in causa C-453/99. In dottrina, *ex multis*, v. L. TONELLI, *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, p. 668; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni"*, in *Foro it.*, 2002, IV, pp. 76 ss.; E. SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, IV, 2002, pp. 84 ss.; G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 456 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, pp. 791 ss.

¹⁰² Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 luglio 2006, in causa C-295/04 – 298/04, in *Danno e resp.*, 2007, 1, pp. 10 ss. con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*; A. FERRARO, *La storia infinita del caso RC Auto: tra diritto italiano e diritto comunitario*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2008, 1, pp. 107 ss.; O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2007, 2, pp. 305 – 326.

¹⁰³ F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela del consumatore nell'applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione*, su rivista.eurojus.it/la-tutela-del-consumatore-nell-applicazione-delle-norme-di-concorrenza-dellunione/.

¹⁰⁴ Comunicazione della Commissione Europea [COM (2004) 293 def.], del 20 aprile 2004: "*Un altro elemento su cui sarà fondato il nuovo regime di concorrenza dell'Unione europea è la migliore integrazione degli interessi dei consumatori nel dispositivo di regolamentazione della concorrenza.*"

¹⁰⁵ A. D. DE SANTIS, *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva consumer rights: Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, Roma, 2017, p. 137.

Autorevole dottrina ha infatti affermato che il consumatore diventi “giudice” della competizione inevitabilmente creatasi tra le imprese sul Mercato, in tal modo emergendo un circuito competitivo indirizzato ad ottenere il consenso del consumatore finale¹⁰⁶.

Pertanto, laddove quest’ultimo si trovi nelle migliori condizioni di accesso ai prodotti, è al contempo conseguito anche l’obiettivo di tutelare la concorrenza. Ed infatti si è sostenuto che “(..) *la libertà di scelta del consumatore costituisce l’elemento di comunicazione tra tutela del consumatore e tutela della concorrenza. Se è vero che la prima si realizza sempre e anche attraverso la creazione di un Mercato concorrenziale, solo consentendo al consumatore di compiere scelte consapevoli si garantisce il funzionamento efficace del Mercato (..)*”¹⁰⁷.

3. Le più recenti politiche a tutela dei consumatori nel quadro del Mercato unico europeo.

Fino ad ora è stato dato risalto all’influenza che il diritto eurounitario ha espletato, in materia di tutela dei consumatori, negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri. Le politiche avviate dalla Comunità (oggi Unione) europea sono complesse sotto diversi punti di vista, quanto alle materie di intervento e alle finalità da perseguire, ed inoltre riguardano l’articolato rapporto tra Mercato e operatori economici¹⁰⁸.

L’obiettivo di tali politiche consiste nel garantire libertà di scelta e di decisione in capo ai consumatori, offrire sicurezza alle posizioni giuridiche di costoro e tutelare le aspettative sulla qualità dei prodotti e servizi offerti sul Mercato, assicurando al contempo la possibilità di agire in giudizio (o con strumenti alternativi ad esso¹⁰⁹) in caso di violazioni poste in essere dagli operatori professionali.

¹⁰⁶ M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell’ordinamento italiano*, cit., p. 365, ma (v. N. IRTI, *L’ordine giuridico del Mercato*, Roma – Bari, 1998, pp. 73 ss.).

¹⁰⁷ L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell’Unione europea: significato ed implicazione dell’«armonizzazione massima» in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2010, pp. 1169 ss.

¹⁰⁸ Nello specifico, v. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 24: “*Queste politiche riguardano la concorrenza tra professionisti, la distribuzione di beni e servizi che devono presentare un livello minimale di qualità, le modalità negoziali di distribuzione di prodotti e servizi.*”.

¹⁰⁹ La tematica sarà oggetto di specifico approfondimento nel Cap. VI del presente lavoro.

In precedenza si è fatto cenno ad un eterogeneo elenco di direttive intervenute tra gli Anni '80 e Duemila, sintomatico della profonda evoluzione avvenuta in tale periodo temporale¹¹⁰, ed espressione delle potenzialità dell'intervento legislativo nei diversi ambiti della tutela consumeristica.

È in primo luogo da notare come proprio il duttile strumento delle direttive¹¹¹ abbia permesso di operare un processo di evoluzione e di adattamento della *Consumer protection* rispetto alle trasformazioni sociali avutesi a partire dal XX secolo.

L'attuazione di tali atti di diritto secondario è stata poi operata con provvedimenti legislativi *ad hoc*, e, in Italia, il loro contenuto ha talora trovato collocazione dapprima nel codice civile (in materia di contratti dei consumatori e garanzie nella vendita), e poi, più organicamente, entro il Codice del consumo entrato in vigore nel 2005.

La relativa uniformazione è stata come detto operata (per lo più) tramite direttive, che notoriamente sono atti vincolanti riguardo al solo risultato da raggiungere, invece demandando ai singoli Stati membri la scelta discrezionale su mezzi e forma con cui pervenirvi¹¹².

Le Istituzioni europee hanno da sempre inteso provvedere (tramite la uniformazione del diritto vigente nei singoli Paesi che ne fanno parte e la rimozione delle barriere doganali e tecniche, fondamentali per la tutela della concorrenza) alla realizzazione di un luogo di scambio (connotato da una forte perimetrazione dell'autonomia dei Mercati nazionali) entro cui i consumatori (domanda) e le imprese (offerta) vengono a contatto. In questo senso già si poneva l'art. 2 T.C.E., che prescriveva di conseguire gli obiettivi propri della Comunità attraverso la instaurazione di un Mercato "comune". Successivamente, in specie dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009, l'unica nozione impiegata è stata

¹¹⁰ V. par. 1 del presente capitolo.

¹¹¹ Invero, si veda C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione*, Milano, 2013, p. 907.

¹¹² In ciò consiste, come noto, la differenza rispetto ai regolamenti, che hanno invece una portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi nonché direttamente applicabili. Specificamente, l'art. 288 T.F.U.E. prevede che "*Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri.*

Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.

La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. (..)".

quella di Mercato “interno”¹¹³ (peraltro già prevista nel T.C.E.¹¹⁴), che, ai sensi dell’art. 26 par. 2 T.F.U.E., è definito come “*uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.*”.

A tale fine, quindi, il Trattato istitutivo della Comunità europea prevedeva la necessità di coordinare le differenti legislazioni degli Stati membri dell’Unione, tramite il processo di cosiddetta “armonizzazione”¹¹⁵.

È bene precisare che se di armonizzazione si tratta¹¹⁶, inizialmente essa è stata delineata nella forma della “armonizzazione minima”¹¹⁷, che come tale permette agli Stati membri di mantenere discrezionalità nel fissare regole protettive più ampie, incisive e favorevoli nei confronti dei consumatori, rispetto a quanto previsto nel diritto eurounitario.

A partire dagli Anni Duemila, tuttavia, si è sostenuto che l’attuazione del Mercato degli scambi transnazionali comportasse e richiedesse il superamento dell’armonizzazione minima, di per sé ritenuta un ostacolo allo sviluppo del Mercato suddetto nonché alla piena attuazione della libera circolazione di beni, servizi e persone sul territorio europeo. Infatti, con la Strategia della politica comunitaria per la protezione dei consumatori prevista per il periodo 2002 – 2006¹¹⁸ (e con le successive politiche in materia) la Commissione ha inteso

¹¹³ In dottrina, v.: H-W. MICKILITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 3, 2016, pp. 859 ss.; V. LOSTORTO, *I servizi pubblici. Il quadro normativo, l’organizzazione, i modelli gestionali*, Milano, 2007, pp. 182 ss.; L. DANIELE, *Diritto del Mercato unico europeo*, Padova, 2006.

Riferimenti alla rilevanza del Mercato interno per i consumatori sono anche in E. M. TRIPODI – C. BELLÌ, *Codice del consumo. Commentario del D.Lgs. 206/2005 e successive modifiche e integrazioni*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2008, p. 772; A. MATTERA RICIGLIANO, *Il Mercato unico europeo*, cit.; R. MONACO, (voce) *Mercato interno europeo*, in *Enc. giur.*, XX, 1990.

¹¹⁴ Si tratta dell’art. 3 T.C.E.: “*Ai fini enunciati all’articolo 2, l’azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato: (...) c) un Mercato interno caratterizzato dall’eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali; (...)*”.

¹¹⁵ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori. Introduzione*, cit., pp. 26 – 27.

¹¹⁶ In breve, sussistono diverse forme di armonizzazione. V. R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, cit., pp. 471 – 472.

¹¹⁷ Sul significato di “armonizzazione minima” v. anche S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 4, 2011, p. 873: si intende come “*espressione con la quale si designano quei provvedimenti normativi di accostamento delle legislazioni dei Paesi membri dell’Unione che lasciano però sopravvivere le diversità di disciplina nazionali se queste si rivelano in grado di offrire al consumatore una tutela più ampia di quella predisposta dalla fonte comunitaria.*”.

¹¹⁸ Comunicazione della Commissione [COM (2002) 208 def.], *Strategia per la politica dei consumatori 2002-2006*, pubblicata in G.U.C.E. n. C 137 in data 8 giugno 2002, secondo cui: “*Occorre anche rivedere e riformare le attuali direttive dell’UE in materia di tutela dei consumatori per aggiornarle e adattare le progressivamente in modo da passare da un’armonizzazione minima a misure di «piena armonizzazione»*”.

intervenire nel contesto consumeristico al fine di offrire maggiori poteri ai consumatori europei e rendere effettiva la tutela dei diritti. In questo senso, lo strumento più congeniale è apparso consistere nella differente forma della “armonizzazione massima”¹¹⁹.

Esemplificativamente, possono ivi menzionarsi la Direttiva 2002/65/CE¹²⁰, relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, la Direttiva 2005/29/CE¹²¹ sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, la Direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito dei consumatori, e la Direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà.

Nel passaggio dalla tecnica di armonizzazione minima a quella di armonizzazione massima sono derivati tanto un incremento della omogeneità tra le legislazioni nazionali quanto una contestuale riduzione del livello di tutela delle posizioni dei consumatori, almeno negli ordinamenti dei Paesi che già si erano dotati di normative a favore di tale categoria di soggetti.

Invero si è sempre riscontrata una certa tensione tra armonizzazione minima, da un lato, e armonizzazione massima, dall’altro, diverse quanto alla *ratio* di fondo. Nello specifico, e solo con riguardo alla prima tra le due, “*la volontà di garantire uno spazio giuridico aperto è legata alla volontà di rispettare le specificità nazionali quanto agli interessi e le modalità di tutela, dando enfasi al collegamento fra Mercato interno ed interessi sociali.*”¹²². Ed infatti, solo con la armonizzazione minima gli Stati manterrebbero un’ampia discrezionalità nella definizione del livello ottimale di tutela, secondo il rilievo di cui all’art. 41 T.U.E., in

¹¹⁹ In caso di armonizzazione massima, la normativa comunitaria pone limiti all’azione del Legislatore nazionale in sede di trasposizione, impedendogli di modificare la soglia minima di tutela ma anche di integrarla ulteriormente.

E, del resto, si può constatare come la *Consumer protection* sia una delle politiche di settore che in Unione europea dovrebbe permettere la realizzazione proprio di un effettivo Mercato unico, luogo in cui persone, merci, servizi e denaro possano circolare con la stessa facilità con cui si muovono all’interno di un singolo Paese.

Parlano delle differenti tipologie di armonizzazione L. ENRIQUES – M. GATTI, *Is There a Uniform EU Securities Law After the Financial Services Action Plan?*, in *Stan. J.L. Bus. & Fin.*, 2008, pp. 167 ss.

¹²⁰ F. RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Banca, impresa e società*, 2006, pp. 82 ss.; D. CERINI, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 2003, pp. 425 ss.

¹²¹ In dottrina, tra i primi commenti sulla direttiva *de qua*, v.: G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale “sleale” nella direttiva 2005/29/CE*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, pp. 725 ss.; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contr.*, 2007, pp. 173 ss.; R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2006, pp. 361 ss.

¹²² L. ANTONIOLLI, *Contratti del consumatore nel diritto dell’Unione europea*, cit., p. 227.

base al quale “*qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri*”.

In dottrina si è constatato che la tecnica di armonizzazione massima possa essere attuata soltanto in modo circoscritto, e quindi unicamente per alcuni aspetti in cui sia ravvisata la necessità di garantire un regime comune europeo.

Del resto, è indubbio che l’armonizzazione massima abbia creato problematiche all’interno delle relazioni tra i due livelli istituzionali. Nelle direttive in cui si è optato per tale impostazione, essendo spesso la posizione degli Stati diversificata riguardo alle scelte di politica del diritto, si sono verificate situazioni di frizione necessitanti soluzioni di compromesso, ove sono infine i singoli Stati a prevedere la più adeguata e conveniente opzione da attuare.

La *ratio* alla base di tale fenomeno consiste nella certezza giuridica auspicabilmente garantita ai consumatori, evitando che gli Stati membri adottino oppure applichino disposizioni difformi da quelle previste a livello sovranazionale.

Se, da un lato, l’armonizzazione massima intende perseguire maggiore uniformità normativa negli ordinamenti dell’Unione europea (invero forse non del tutto realizzata), attraverso la semplificazione e la razionalizzazione delle regole, in modo tale da garantire quel livello più elevato di tutela (cui si è più volte fatto riferimento) per quanto concerne (anche) gli interessi dei consumatori, dall’altro si deve considerare la contestuale riduzione del potere discrezionale in capo agli Stati membri nella previsione dei rimedi più adeguati a tale fine protettivo.

La tecnica di armonizzazione massima, quindi, giunge financo a porre in discussione il ruolo tradizionale delle direttive comunitarie quale strumento volto a preservare uno spazio di manovra alla politica nazionale.

Di armonizzazione “completa”¹²³ si è recentemente parlato con l’approvazione della Direttiva 2011/83/UE “*Consumer rights*”¹²⁴: tale atto di diritto derivato, diretto a introdurre “*un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti*”¹²⁵,

¹²³ R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione*, cit., p. 178.

¹²⁴ Se ne tratterà diffusamente in specie nel Cap. IV.

¹²⁵ Considerando n. 7 e art. 4 della Direttiva 2011/83/UE.

Un esempio di armonizzazione “completa” si era avuto con la sopra menzionata Direttiva 2005/29/CE, su cui v. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l’armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *NGCC*, 11, 2009, pp. 1061 ss.

“aggiornerebbe” un processo che, come accennato, era già stato previamente avviato da altre direttive¹²⁶.

Tuttavia, il ricorso alla armonizzazione massima risulta bilanciato¹²⁷ dalla sussistenza, all’interno dello stesso strumento normativo, di disposizioni che invece continuano a seguire una linea di armonizzazione “minima”: in questo senso sono le disposizioni relative agli obblighi informativi per i contratti diversi dai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali *ex art. 6 par. 8 della Direttiva 2011/83/UE stessa (recepito dall’art. 49, comma 8, Cod. cons.)*. Infatti, è ivi previsto che “*Gli obblighi di informazione stabiliti nella presente direttiva si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nella direttiva 2006/123/CE e nella direttiva 2000/31/CE, e non ostano a che gli Stati membri impongano obblighi di informazione aggiuntivi conformemente a tali direttive.*”.

Fermi i rilievi che precedono, l’uniformazione e la conseguente armonizzazione delle legislazioni risultano in definitiva necessarie al conseguimento di un duplice risultato, al di là di una maggiore omogeneità tra le norme vigenti negli Stati membri: da un lato, la libera circolazione di beni e servizi nel territorio europeo, e, dall’altro, il conseguimento di un giusto equilibrio sul Mercato tra la disciplina normativa a tutela dei consumatori e la competitività delle imprese.

*** o ***

Conclusivamente, è bene ora valorizzare un dato, che pure si presenta conclamato: invero, la disciplina a protezione dei consumatori, pur costituendo oggetto di un *corpus* giuridico stratificato, ma anche strutturato e quindi sviluppato, è, tuttavia, ancora oggi incompleta.

In particolare, e come si avrà modo di approfondire, è il circoscritto ambito dei contratti stipulati tra consumatori e operatori professionali ad apparire meno definito, anche se (o forse proprio perché) oggetto di specifiche disposizioni eurounitarie.

¹²⁶ Ad esempio, con la Direttiva 2005/29/UE.

¹²⁷ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”*: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D’ANGELO – V. ROPPO, 2011, Torino, p. 35; R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, V, 2012, p. 180; A. SIRAGUSA, *Sub art. 45*, in A. M. GAMBINO – G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014, pp. 3 ss.

La prospettiva, però, non può fermarsi alla mera relazione contrattuale, bensì deve spingersi oltre, ed essere contestualizzata all'interno del più ampio contesto delle operazioni svolte dai consumatori.

Se l'obiettivo è quello di ottenere una efficiente allocazione delle risorse su un Mercato che sia concorrenziale, come concepito dalla legislazione interna e sovranazionale, il consumatore deve risultare in grado di operarvi consapevolmente.

Ed infatti, le scelte di politica del diritto si sono orientate nel senso della costruzione di una disciplina volta alla massima informazione e, conseguentemente, proprio alla più ampia libertà di scelta in capo ai consumatori.

Le due espressioni "libertà di scelta" e "informazione" sono interconnesse: la seconda implica necessariamente la conoscenza nonché la piena comprensione di un numero di informazioni (che deve essere) adeguato per lo svolgimento degli scambi commerciali.

Ne discende pertanto l'esigenza di focalizzare l'attenzione proprio su ciascuno dei concetti di tale ultima affermazione, ed in specie su "conoscenza", "piena comprensione" nonché "adeguato numero di informazioni".

4. Il contratto stipulato tra consumatore e professionista. Caratteristiche distintive di un "nuovo statuto".

E' già stato sottolineato¹²⁸ come spesso si faccia coincidere la protezione del consumatore con la tutela del contratto da questi stipulato. Seppure ciò non esaurisca le intenzioni del Legislatore, come è evidente dalla lettura del Codice del consumo e delle Leggi speciali, indubbia risulta la rilevanza del rapporto in essere tra consumatore e operatore professionale.

Pertanto, se da un lato la categoria dei consumatori ha ormai sicuramente acquisito una posizione di rilievo (che merita quindi peculiare analisi di per sé), dall'altro l'attenzione deve specificamente concentrarsi sui contratti da tali soggetti conclusi, soprattutto atteso il numero sempre crescente di tali scambi sul Mercato.

¹²⁸ Nel presente capitolo, al par. 1.

È allora necessario analizzare le caratteristiche fondanti del contratto stipulato dal consumatore, che giocoforza lo distinguono rispetto al contratto di diritto comune¹²⁹.

Si parla, infatti, di un “nuovo statuto”, soprattutto essendosi ravvisata “*una sempre più marcata tendenza legislativa a differenziare la disciplina positiva in relazione alla condizione soggettiva dei contraenti in funzione di una più compiuta tutela di posizioni di debolezza negoziale. Al punto che l’emanazione di ‘norme di protezione’ ha indotto dottrina e giurisprudenza ora a lamentare l’incoerenza di talune disposizioni sul piano della diseguale protezione accordata a situazioni di debolezza negoziale eguali, ora ad auspicare interventi più estesi a tutela di ogni contraente debole.*”¹³⁰.

Ciò detto, da parte di dottrina e giurisprudenza negli ultimi anni si è appunto sviluppato un crescente interesse nei confronti delle esigenze di tutela del contraente debole¹³¹.

L’orientamento *de quo*, a favore di una più incisiva tutela, esprime una tendenza legislativa verso una progressiva restrizione degli ambiti tradizionalmente riservati al potere di auto-determinarsi in capo ai privati.

A partire dalla metà del XIX secolo il diritto dei contratti ha guardato ad interventi che fossero indirizzati a limitare gli ambiti del potere creativo di diritto riconosciuto alla volontà privata, tendenza questa che costituisce una della più significative linee evolutive del diritto civile contemporaneo.

Ancora, la emanazione di norme di protezione ha indotto dottrina e giurisprudenza a sottolineare l’incoerenza di talune disposizioni sul piano della diseguale protezione accordata a situazioni di debolezza negoziale tra loro eguali¹³², nonché ad auspicare interventi più estesi a tutela di ogni contraente debole¹³³.

¹²⁹ Quanto all’espressione “contratto di diritto comune” v. G. D’AMICO, (voce) *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, 2008, pp. 569 – 570.

¹³⁰ A.P. SCARSO, *Il contraente “debole”*, Torino, 2006, p. 3.

¹³¹ Tra gli altri, v. M.C. CHERUBINI, *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, 2005; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in ID., *Diritto civile*, 3, Milano, 2000, p. 396; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, pp. 1333 ss.

¹³² A. PALMIERI, *L’ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, pp. 3122 ss.

In giurisprudenza, v.: Giudice di Pace Sanremo, ord. 5 luglio 2001; Giudice di Pace L’Aquila, ord. 3 novembre 1997.

¹³³ U. COREA, *Ancora in tema di nozione di “consumatore” e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2122; P. ROSSI, *Il concetto di consumatore e l’ambito soggettivo di tutela della disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Rass. giur. Enel*, 1999, p. 448.

Infine, e conclusivamente sul punto, si ritiene ormai affermato nell'ordinamento un generale principio di protezione del contraente debole, o, al più, un principio di tutela sempre operante nei rapporti contrattuali tra imprenditori o tra costoro e i consumatori.

*** o ***

Ebbene, come noto, la prospettiva adottata nell'ambito del codice civile del 1942 è fondata unicamente su una (astratta) parità tra le parti contraenti all'interno di una operazione intesa quale strumento dell'autonomia privata, fonte di un vincolo avente “forza di legge” (art. 1372 cod. civ.) ed il cui scioglimento è possibile solo nei casi *ex lege* predeterminati. Su altro versante, invece, a fronte della crisi che ha riguardato la centralità del codice civile medesimo, nonché per l'influenza esercitata dal progressivo rilievo assunto dal diritto eurounitario¹³⁴, si è passati ad una prospettiva sostanziale che considera maggiormente i casi in cui sussista disparità di potere contrattuale tra le parti.

Per questo è stato rilevato un progressivo allontanamento dal paradigma del contratto di diritto comune così come disciplinato dal codice civile. Trattasi del cosiddetto “contratto asimmetrico”¹³⁵.

Per vero, nonostante la (già menzionata) scarsa disciplina dedicata ai contraenti deboli nel codice del 1942, è possibile sostenere che tale istituto sia stato ivi anticipato grazie a norme quali gli artt. 1341 (“*Condizioni generali di contratto*”), 1342 (“*Contratto concluso mediante moduli o formulari*”), ed anche 1370 (“*Interpretazione contro l'autore della clausola*”), che, in quanto tali, intendevano ovviare ad ogni abuso¹³⁶.

Pertanto, la debolezza di potere contrattuale ravvisabile in capo ai consumatori è stata considerata come *ratio* della disciplina contrattuale *ad hoc* costruita, differente da quella del codice civile, cui solo si aggiunge.

¹³⁴ A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 774 ss.

¹³⁵ In dottrina ha iniziato a discutere di tale categoria ROPPO, per cui si veda V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, pp. 65 ss.

Inoltre, v. G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, I, pp. 285 ss.

¹³⁶ Relazione al codice civile del 1942, n. 612.

Oramai lo sviluppo di siffatto paradigma è tanto progredito da potersi qualificare esso stesso come una sorta di disciplina generale, con proprie peculiari caratteristiche e fonti¹³⁷.

Una precisazione. In dottrina non sempre si fa uso della sopra menzionata espressione di “contratto asimmetrico”: alcuni Autori, infatti, preferiscono parlare di “secondo contratto”¹³⁸, ritenendo non possibile ricondurre *ad unitatem* le differenti tipologie di debolezza sulla base di una pretesa comune *ratio* di protezione¹³⁹.

Secondo tale ultima posizione, dato che le debolezze non sarebbero sovrapponibili, si dovrebbe precisamente discorrere di “secondo contratto”, con riferimento al consumatore, e di “terzo contratto”, con riguardo all’imprenditore debole.

Ebbene, le debolezze non sarebbero riconducibili ad unità poiché nel contratto dell’impresa debole troppe sono le caratteristiche distintive rispetto a quelle che connotano il contratto del consumatore: per esempio, nell’ambito del contratto tra consumatore e imprenditore (definito anche “*Business to Consumer*” o “*B2C*”) si ha particolare riguardo alla tutela della

¹³⁷ A.M. BENEDETTI, (voce) *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2011, p. 372.

¹³⁸ A tale categoria si aggiunge, poi, quella del “terzo contratto”, dedicato ai contratti dell’impresa debole. In tal senso si veda G. GITTI – G. VILLA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 7. Peraltro, anche il fautore della categoria del “contratto asimmetrico” riferisce di tali posizioni dottrinali: V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2, 2009, pp. 267 ss., spec. p. 281.

La problematica relativa alla qualifica del contratto stipulato da un contraente debole come “contratto asimmetrico” o come “secondo e terzo contratto” ha diviso la dottrina civilistica: a favore della distinzione del “terzo contratto” rispetto ad altri contratti stipulati da parti deboli v. R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII – XIV; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica: profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, pp. 80 – 81; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI – G. VILLA, *Il terzo contratto, cit.*, pp. 20 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2008, I, pp. 515 ss.

Ed ancora, in merito alla *quaestio*: V. ROPPO, *Regolazione del Mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *Venti anni di antitrust*, Torino, 2010, II, pp. 1185 ss.; ID., *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate sul dibattito, con qualche elemento di novità*, in G. ALPA – V. ROPPO (a cura di) *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, 2013, pp. 178 ss. (in replica a A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico, cit.*).

¹³⁹ Come invece si evince da V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in ID., *Il contratto del Duemila*, pp. 106 – 107: con l’espressione “contratto asimmetrico” si fa riferimento “(..) a tutti i contratti in cui si fronteggino due soggetti di Mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive ‘fisiologiche’ posizioni di Mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l’appunto fisiologico e non patologico.

La categoria comprende ovviamente, in primo luogo, i contratti del consumatore; ma non solo questi, bensì, oltre a questi, anche i contratti che legano un ‘professionista’, quando le rispettive posizioni siano – per le obiettive collocazioni di Mercato – significativamente asimmetriche in termini di potere contrattuale. In breve, essa copre tutti i contratti che si presentino colpiti da fattori di market failure (..).”

persona, aspetto invece del tutto trascurato nell'ambito del contratto stipulato tra imprese¹⁴⁰.

Inoltre, l'asimmetria è di tipo informativo per il consumatore, mentre per l'impresa debole si tratta di uno squilibrio di posizioni di Mercato, altresì non presunto in astratto (come invece nel caso dei contratti dei consumatori) ma anzi da verificare “*in concreto attraverso il riscontro di un abuso*”¹⁴¹.

Inoltre, il disequilibrio non è il medesimo: è infatti soprattutto normativo per i consumatori, ed invece anche economico nel caso dell'impresa debole. Tale differenza si riflette poi nella tipologia di sindacato giudiziale, che appunto attiene all'equilibrio economico nel caso del “terzo contratto” ed all'equilibrio solo normativo per i contratti dei consumatori¹⁴².

Ancora, i due paradigmi divergono quanto alla rilevanza della predisposizione del regolamento contrattuale, prevista come indispensabile nella tutela del consumatore, mentre non risulta tale per la tutela dell'impresa debole, ove la costruzione del regolamento contrattuale non è necessariamente unilaterale¹⁴³.

Infine, se i consumatori sono protagonisti di contratti generalmente istantanei, le imprese deboli sono coinvolte in rapporti contrattuali invece destinati a durare a lungo, con conseguenti problemi di regolamento e di gestione legati alla peculiarità della loro dimensione temporale¹⁴⁴.

A prescindere da tale disputa dottrinale, e considerando il rapporto tra contratto di diritto comune e contratto stipulato dal consumatore, è forse possibile pensare ad una convivenza, pur mantenendo il primo un innegabile ruolo di preminenza, poiché eventuali ulteriori modelli partono da quello risultando appunto connotati da differenze rispetto alla disciplina codicistica.

Di conseguenza, la “debolezza” ha sottolineato l'inadeguatezza del contratto di diritto comune, in quanto se vi è debolezza di una parte contraente, il rapporto è conseguentemente asimmetrico: “*Sulla debolezza come categoria contrattuale la letteratura è oramai vastissima, e risale a prima che facesse la sua comparsa nel nostro ordinamento il*

¹⁴⁰ A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., pp. 538 ss.

¹⁴¹ A.M. BENEDETTI, (voce) *Contratto asimmetrico*, cit., p. 387.

¹⁴² G. AMADIO, *Il terzo contratto*, cit., p. 21.

¹⁴³ R. FRANCO, *Il terzo contratto*, cit.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico*, cit., p. 537.

¹⁴⁴ D. SIMEOLI, (voce) *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, 2014, nota 161.

contratto del consumatore: essa viene usualmente identificata in un'asimmetria (..), la quale si misura sul deficit di potere contrattuale che contraddistingue una parte rispetto all'altra, inteso, però, come condizione fisiologica da cui scaturisce la necessità, legislativamente avvertita, di proteggere la parte debole (qui il consumatore) arginando i poteri di quella forte (qui il professionista)”¹⁴⁵.

In definitiva, il consumatore è debole perché non sa¹⁴⁶, e tale sua ignoranza si diffonde a partire dai contenuti dell'affare di cui il contratto è veste giuridica, proseguendo fino alla conoscenza delle modalità con cui è chiamato ad esprimere la volontà di concluderlo.

Il contratto stipulato da professionista e consumatore si impenna sulla contrapposizione tra due classi di soggetti, distinte per capacità di incidere sulla predisposizione del regolamento contrattuale e sulla successiva esecuzione del rapporto.

Per vero, la qualifica di “consumatore” è legata ad una negazione (si pensi alla nozione di cui all'art. 3 Cod. cons.), a sua volta basata su due pilastri (art. 2 Cod. cons.), l'uno soggettivo e l'altro oggettivo. In riferimento al primo, è chiaro che possa essere “consumatore” solo una persona fisica; quanto al requisito finalistico, un consumatore è la sola persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta.

Una precisazione merita l'espressione “consumatore esperto”, ossia l'acquirente del bene o del servizio che sia dotato di un grado di preparazione tecnica simile (o anche superiore) a quella del venditore o del fornitore.

Ebbene, a riguardo si era anche provato ad escludere tale specifica figura dalla nozione stessa di “consumatore”, a fronte dell'assenza di quella asimmetria di competenze e di disponibilità delle informazioni che invece dovrebbero fisiologicamente connotare il rapporto *B2C*.

Tuttavia, la *ratio* della normativa consumeristica è fondata sulla presunzione astratta di disparità di potere contrattuale, che si ricava dal fatto oggettivo del compimento di un atto di consumo, e quindi a prescindere dalle qualità soggettive delle parti coinvolte.

L'ambito di applicazione della disciplina del consumatore e, quindi del nuovo modello contrattuale del secondo contratto, è delimitato dalla nozione di “consumatore”, categoria

¹⁴⁵ *Idem*, p. 374.

¹⁴⁶ L. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, in G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, Torino, p. 216.

non omogenea e, di conseguenza, non riconducibile ad un modello unitario e generalizzante.

Lo stesso Legislatore individua tipi diversi di consumatori: ad esempio l'art. 20, comma 1, Cod. cons. fa riferimento alla figura non del consumatore in generale, ma del "consumatore medio", e quindi presuppone che possa esservi un consumatore non consumatore medio.

La qualificazione del consumatore medio ricorre molto spesso nel Codice del consumo: si vedano, infatti, gli artt. 21, comma 1, 22, comma 1, e 24 del testo.

Inoltre, il comma 3 dell'art. 20 prevede la figura del "consumatore particolarmente vulnerabile".

Ciò detto, la figura del consumatore è stata intesa come *status*¹⁴⁷, come *status* non permanente¹⁴⁸, oppure quale "dimensione" che contraddistingue un soggetto che entra in contatto con il professionista (negando l'esistenza attuale di uno *status* di consumatore)¹⁴⁹.

L'ordinamento concepisce la dialettica consumatore-professionista in modo conflittuale e, rispetto ad essa, l'ordinamento tutela il primo dei due, ossia il soggetto più debole del rapporto, ed ivi entra in gioco la logica dell'asimmetria.

Il contratto disciplinato dal codice civile è stato previsto come il frutto della stipulazione tra soggetti in posizione di parità (quindi di equilibrio) dal punto di vista del potere contrattuale esercitabile. Ne consegue che siano (almeno in astratto) ugualmente informati. Esso ha come presupposto la parità delle parti ed aspira al mantenimento di tale posizione nelle fasi pre-contrattuali e di stipulazione del negozio giuridico. In ciò si esprime la concezione del Legislatore come "Regolatore", che si "allontana" dall'ambito del Mercato, demandando alle parti contrattuali: la libertà negativa, sul se concludere o meno un negozio giuridico; la libertà soggettiva, in relazione alle parti contraenti; la libertà positiva, riguardo al contenuto del negozio stesso (tipico o atipico – atipicità assoluta o solo dal punto di vista

¹⁴⁷ G. CHINE', *Il consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997, pp. 167 ss.; L. KLESTA DOSI, *Lo status del consumatore: prospettive di diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 667 ss.; G. ALPA, *Profili attuali della tutela del consumatore*, in *Corr. giur.*, 1990, pp. 1297 ss.

In particolare, sul concetto di "status" v.: A. CICU, *Il concetto di "status"*, in *Studi giuridici in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917, p. 70.

¹⁴⁸ V. G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *I Contratti*, 2001, p. 206: "(...) lo status di consumatore è uno status occasionale, non permanente, perché l'avvicendamento degli status (di consumatore o di professionista) dipende dal tipo di relazione che i privati istituiscono tra loro e dal ruolo che nella relazione essi intendono svolgere."

¹⁴⁹ E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, pp. 118 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006, Napoli, pp. 510 ss.

legale); la libertà di derogare alle norme che disciplinano un certo tipo negoziale (del resto, le norme civilistiche sono per lo più derogabili e dispositive).

Dunque, a fronte della instaurata relazione con un altro soggetto, è necessario effettuare un bilanciamento tra lo spirito di competizione e quello di collaborazione.

Tuttavia, come si vedrà, il problema appare essere proprio quello di contemperare le contrapposte tensioni rispetto all'attuazione del dovere di informazione¹⁵⁰.

Emergono pertanto i diversi ruoli di una delle tre clausole generali esistenti nel nostro ordinamento giuridico: la buona fede. Essa è *“da un lato, tavola extragiuridica di valori, valori recepiti dall'ordinamento giuridico e dallo stesso utilizzati come contenuto di doveri astrattamente fissati dall'ordinamento stesso; dall'altro lato, ratio o comunque retroterra etico di disposizioni puntuali (ed a contenuto predeterminato dal legislatore). La distinzione trova il suo naturale sfogo nel rilievo che, quanto a quest'ultima disposizione, il punto di equilibrio tra egoismo ed altruismo è stato predeterminato dal legislatore; per le clausole generali, invece, tale punto andrà ricercato volta per volta.”*¹⁵¹.

Da quanto detto conseguono la previsione e l'applicazione in concreto di un intervento minimalista da parte del Legislatore, finalizzato soltanto a salvaguardare l'esplicitarsi dell'autonomia privata contrattuale.

Emergono le caratteristiche fondanti il contratto di diritto comune, ossia: un vincolo contrattuale tendenzialmente indissolubile, un equilibrio contrattuale originario pressoché insindacabile da parte del giudice (in virtù della parità dei soggetti coinvolti), nonché la netta distinzione tra due categorie di regole (“di comportamento” e “di validità”¹⁵²).

Posto che la differenza tra la disciplina del “primo contratto” e la disciplina del “secondo contratto” è fondata sulla presunzione di simmetria nel contenuto del contratto, nell'uno, ed invece sulla presunzione di asimmetria nell'altro, è bene evidenziare che nel Codice del consumo si parta dal presupposto per cui il consumatore è contraente “debole” poiché entra in conflitto di interessi con un soggetto che si presenta invece “forte”.

Pertanto, la disciplina *de qua* rappresenta il tentativo del Legislatore di introdurre regole volte a garantire l'uguaglianza di tipo sostanziale tra le parti del contratto.

¹⁵⁰ Ad esempio, ex art. 1338 cod. civ., la collaborazione si determina nell'informazione, a vantaggio unicamente della parte che, nonostante il suo diligente comportamento, non sia venuta a conoscenza di un fatto rilevante per il prosieguo delle trattative o il completamento della fase formativa del contratto.

¹⁵¹ M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, pp. 341 – 342.

¹⁵² Oggetto di approfondimento puntuale in Cap. III, par. 1.

Tale testo, non a caso, si apre (*ex art. 2*) con una sorta di statuto dei diritti fondamentali del consumatore. La norma può essere considerata a tutti gli effetti lo “statuto del consumatore”: essa, nell’enunciare i diritti fondamentali del consumatore, invoca in particolare la correttezza, la trasparenza¹⁵³ e l’equità nei rapporti contrattuali.

Fatte queste premesse, ed acclarato che il Codice del consumo introduce un nuovo modello contrattuale, basato sulla asimmetria tra le parti coinvolte nell’operazione, consideriamo più nello specifico in cosa si sostanzia tale modello, e quali ne siano le regole caratterizzanti. È possibile effettuare una riconduzione a sistema della disciplina del consumatore enucleando cinque tipologie di regole: di forma, di sostanza, di trasparenza, di interpretazione, ed infine regole rimediali.

Anzitutto, la disciplina del Codice del consumo attinge ad una nozione “dinamica” della forma: quando il Legislatore sancisce vincoli di tal fatta, li pone a tutela della parte debole dell’accordo. Si tratta del cosiddetto “neo-formalismo contrattuale”¹⁵⁴, laddove la forma è appunto uno strumento di tutela di uno dei contraenti coinvolti nel rapporto. Al neo-formalismo negoziale è fortemente legato il concetto di “trasparenza”¹⁵⁵.

Tale fenomeno, per definizione, si manifesta nella sua massima espressione nella disciplina del Codice del consumo, grazie al modello del “secondo contratto”, sotto forma di obbligo

¹⁵³ Sul principio di trasparenza v. L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali. I. La tutela del consumatore*, Milano, 2008, p. 46: “Anche nella nostra esperienza ormai è frequente l’uso di questa espressione, che viene applicata al diritto societario, al diritto finanziario, al diritto contrattuale tra imprese e al diritto dei consumatori. poiché persiste ancora la convinzione che solo dai codici che portano regole Generali si possono evincere principi generali, anche a proposito della trasparenza, che nasce dalla legislazione speciale si era opposto qualche dubbio alla sua configurazione come principio generale. Ma, se non nella prospettiva giusformalista, almeno nella prospettiva giusrealista il principio è ormai accettato.”. Secondo A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: note introduttive*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 1992, p. 422, il principio di trasparenza è considerato “uno dei principali miti socio-politici del nostro tempo” che la legge individua come “fondamentale” diritto dei consumatori, fornendone una disciplina di principio e di dettaglio nell’ambito dei singoli istituti trattati. Nell’ambito delle fonti sovranazionali riveste particolare dignità formale già nell’art. 169 T.F.U.E. (*ex art. 153 T.C.E.* e già art. 129 A): “Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l’Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all’informazione, all’educazione e all’organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.”.

¹⁵⁴ L.V. MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Scritti minori di Lucio V. Moscarini*, Milano, 2001, 1, p. 347; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; D. DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1997; N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, pp. 80 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel Mercato finanziario*, Milano, 1996.

¹⁵⁵ S. PAGLIANTINI, (voce) *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, pp. 772 ss.; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; V. RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, Napoli, 1997, p. 51 e *passim*.

di introdurre determinati elementi del regolamento contrattuale all'interno del documento informativo o nel testo dell'accordo.

Ivi si è delineata una sorta di "mutazione genetica" del ruolo della forma, la quale non è solo estrinsecazione del contenuto ma è intesa nella sua dimensione dinamica.

Sono le direttive comunitarie a indicare le prescrizioni formali connotate da una finalità di protezione che il Mercato non può autonomamente perseguire. Tale obiettivo è raggiungibile attraverso il circuito informativo creato dal diritto eurounitario: infatti, un adeguato livello di informazioni permette di rendere i consumatori-parti deboli del rapporto contrattuale maggiormente consapevoli, così valorizzandone la relativa capacità di auto-determinazione negoziale.

In tal modo è però avvantaggiato lo stesso Mercato, reso trasparente e concorrenziale: proprio la trasparenza consente la comparabilità delle offerte contrattuali, e, in generale, l'efficienza del circuito competitivo.

È evidente, quindi, come la forma¹⁵⁶, fortemente connessa al cosiddetto "formalismo", assuma una funzione nuova (ulteriore rispetto a quella tradizionale), consistente proprio nell'informare. Si tratta del concetto di "forma informativa"¹⁵⁷.

Entro tale contesto assume valenza pregnante il documento contrattuale, il quale include la volontà socialmente impegnativa, è veicolo di informazioni dal contenuto (in genere) predeterminato e, al contempo, forma la prova di quanto dalle parti voluto: *"In una molteplicità di materie il Legislatore prevede infatti che il predisponente abbia l'onere di introdurre nel testo contrattuale (ed ove appropriato nel documento informativo: v. ad es.*

¹⁵⁶ Quanto ai diversi significati del termine "forma" si veda S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/ue: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Persona e Mercato. Saggi*, 2011, pp. 251 ss.

Ed inoltre v.: F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e Contratti*, 11, 2008, p. 87; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, p. 8, secondo cui la forma "elimina l'incertezza quanto alla determinazione del contenuto del contratto".

¹⁵⁷ In dottrina v. S. PAGLIANTINI, *L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, in *Contr. impr.*, 2013, 2, pp. 299 ss.; G. DE NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Diritto dei trasporti*, 1995, p. 72: "nei contratti per i consumatori la forma non è una forma per la prova o una forma per la validità, è una forma, se posso usare questa brutta espressione, una forma informativa. Il documento che viene consegnato al consumatore serve per informarlo, il contratto deve avere un contenuto minimo ai fini informativi. L'autonomia è salvata perché l'imprenditore può scrivere nel contratto ciò che egli ritenga, ma deve scrivere su quei punti perché il consumatore deve essere informato.". In giurisprudenza si veda Cass. civ., ord. 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contr.*, 2017, 4, pp. 393 e ss., con nota di D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca.*

art. 71-70 c.cons. in materia di multiproprietà: art. 124 TUB in materia di credito al consumo) la disciplina di determinati elementi del rapporto. Una simile previsione, che rappresenta un aspetto qualificante della disciplina dei contratti dei consumatori, ricorre in tutto l'ambito della materia in discorso. Così, ad es., in materia di viaggi tutto compreso (art. 86 c. cons.), in tema di godimento ripartito di immobili e di multiproprietà (artt. 70-71 c.cons.).

Una previsione particolarmente significativa è quella contenuta nel testo unico bancario nella disciplina del credito al consumo (art. 124 TUB). (..).”¹⁵⁸.

Inoltre, appunto grazie alla forma, è parimenti possibile verificare il rispetto del contenuto informativo del contratto.

Ivi è anzitutto necessario sottolineare l'attuale modalità di conclusione dei negozi giuridici invalsa tra operatori professionali e consumatori: si tratta dello schema della contrattazione seriale o di massa, il quale, per la celerità e semplicità che lo connota, risulta sempre più impiegato per soddisfare le esigenze tanto dei consumatori quanto delle controparti professionali¹⁵⁹.

Proprio il testo negoziale è il luogo in cui l'informazione deve essere fornita al consumatore, e pertanto risulta necessaria la regolamentazione delle ipotesi in cui il contenuto informativo minimo prescritto dalla legge sia assente o non adeguatamente chiaro e comprensibile.

Siffatta fattispecie ben potrebbe integrare gli estremi della pratica commerciale scorretta, definita ai sensi dell'art. 20 Cod. cons. come quella pratica che è “*contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori*”.

In tali casi il Codice del consumo prevede di affidare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza esclusiva in materia, al fine di esercitare il potere inibitorio contro simili pratiche commerciali scorrette e di eliminarne gli effetti (art. 27, comma 2, Cod. cons.), nonché di disporre la sospensione provvisoria in presenza di una

¹⁵⁸ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, 2017, pp. 156 – 157.

¹⁵⁹ R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel Mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 7.

particolare urgenza (comma 3) e così applicare sanzioni amministrative pecuniarie rapportate a gravità e durata della violazione (comma 9).

Quanto detto attiene alla prospettiva pubblicistica del sistema di tutela approntato dalla disciplina consumeristica. Invece, il tema delle conseguenze di diritto privato e delle ricadute sul rapporto contrattuale tra professionista e consumatore, laddove ad essere violato sia un obbligo informativo, costituirà oggetto di approfondimento nel prosieguo¹⁶⁰. Nella disciplina pro-consumatori, i riferimenti al requisito della forma scritta e ad altri vincoli accessori (esemplificativamente si ricordino l'obbligo di consegna di un esemplare dell'atto e la sua traduzione in altre lingue) assumono una specifica funzione. Anzitutto, tali elementi sono introdotti a favore di una sola tra le parti del rapporto e, in secondo luogo, assolvono alla funzione cosiddetta "informativa"¹⁶¹.

Ebbene, da quanto detto è evidente la forma assolva una funzione di protezione: è infatti un vero e proprio strumento di protezione, in quanto offre tutela alla parte debole del contratto. Essa consente di assicurare la giustizia sostanziale del contratto, il controllo sul contenuto del negozio medesimo.

È quindi evidente il passaggio dalle regole di forma alle regole di sostanza.

Il Codice del consumo introduce un sistema di controllo sostanziale sul contratto tramite l'istituto delle clausole vessatorie *ex art. 33, comma 1, Cod. cons.*

Tali clausole, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e di obblighi. Una siffatta situazione è contraria alla cosiddetta buona fede oggettiva.

Lo squilibrio che determina il carattere vessatorio della clausola è di tipo normativo, non economico. Il giudice quindi dovrà valutare se la clausola in contestazione arrechi un significativo svantaggio al consumatore, non contro-bilanciato da un analogo svantaggio a carico del professionista, né da un'altra causa prevista a vantaggio del consumatore stesso. La valutazione su un significativo squilibrio del contratto riguarda l'intero regolamento negoziale.

¹⁶⁰ Cap. III, parr. 2 ss.

¹⁶¹ B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008.

Ciò detto, il compito del giudice è facilitato laddove la clausola *de qua* rientri nella cosiddetta “lista grigia”: come noto, l’art. 33, comma 2 Cod. cons. contiene un elenco di clausole che si presumono vessatorie *iuris tantum*.

Il primo elemento che immunizza dalla vessatorietà una clausola che, altrimenti, sarebbe destinata ad essere qualificata come vessatoria è la coincidenza tra il contenuto della clausola e il contenuto della legge: pertanto, non possono essere considerate vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge. Anche se il rapporto tra diritti e obblighi è un rapporto squilibrato (anche se c’è, quindi, uno squilibrio di tipo normativo), laddove questo riproduca un testo di legge, si dovrà considerare comunque meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico.

Proseguendo oltre, il secondo fattore che impedisce di considerare vessatoria una certa clausola è la trattativa su di essa (art. 34, comma 1, Cod. cons., per cui “*non sono vessatorie le clausole oggetto di trattativa individuale*”). Infatti, la trattativa fa venire meno lo scopo della disciplina del Codice. Eppure, la trattativa non esclude la vessatorietà quando la clausola rientri nella cosiddetta “*black list*”, essendo particolarmente penalizzante per il consumatore¹⁶².

Le regole sostanziali che caratterizzano il contratto del consumatore sono regole presidiate dalla nullità di protezione (disciplinata dall’art. 36 Cod. cons., l’archetipo di tale rimedio). Ebbene, operando un passo indietro, *ex art. 35* “*Le clausole devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile*”: pertanto, la redazione non chiara nè comprensibile della clausola equivale a mancata trasparenza.

La violazione della regola di trasparenza fa scattare la vessatorietà della clausola.

Tuttavia, siffatto carattere della clausola riguarda, non solo e non tanto, lo squilibrio normativo quanto invece lo squilibrio di tipo economico. Fintanto che la clausola è redatta in maniera chiara e trasparente, e quindi laddove il contratto rispecchi la regola di trasparenza, la regola di tipo sostanziale è posta a tutela dell’equilibrio normativo del contratto.

Quando invece la clausola non è trasparente, si apre ad una verifica sull’equilibrio economico del contratto medesimo.

¹⁶² Si tratta delle clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista per danni fisici, delle clausole che limitano i diritti e le azioni del consumatore in caso di inadempimenti del professionista, e di quelle che limitano il consumatore a contenuti contrattuali che il consumatore non era in grado di conoscere.

Anche nel secondo contratto il sindacato giudiziale si incentra sull'equilibrio economico originario dell'operazione negoziale.

Ebbene, ai fini che qui interessano, si può riflettere sulla condizione del contraente debole che risulti disinformato. Infatti, la disinformazione incide sulle scelte, cioè sulle preferenze, della parte. Ed allora il giudice è chiamato a sindacare lo squilibrio del contratto inteso come riflesso della debolezza nella fase di formazione del contratto, come riflesso dell'ingiustizia procedurale.

L'ingiustizia sostanziale è sindacata in virtù dell'ingiustizia procedurale. Se non ci fosse l'ingiustizia procedurale, quella sostanziale non sarebbe sindacabile.

Da questo punto di vista sussiste una linea di continuità fra la disciplina del primo e la disciplina del secondo contratto.

Procedendo con le differenze tra le due tipologie in argomento, molti contratti dei consumatori sono esposti all'istituto del recesso "di pentimento", che è invece estraneo alla logica del contratto di diritto comune.

Inoltre, sempre nell'ambito dei rimedi, il secondo contratto è esposto maggiormente al meccanismo delle invalidità rispetto al primo contratto, eppure si tratta di invalidità meno irreversibili di quanto accada per quelle del modello di contratto codicistico¹⁶³.

Il Legislatore elabora tecniche di protezione nei confronti del consumatore che gli permettano di attenuare gli effetti deformanti dell'asimmetria del B2C.

Il termine "elabora" è corretto: la Legge, infatti, deve creare artificialmente efficaci e adeguate norme prescrittive, preventive e sanzionatorie, volte a ri-equilibrare le posizioni dei contraenti dal punto di vista dell'equilibrio di tipo normativo.

Più precisamente, le discipline di protezione tendono a fronteggiare la distorsione unilaterale dell'autonomia privata, che consiste nel potere della parte forte di imporre a quella debole propri volontà e interesse, così creando alterazioni e fallimenti (pur fisiologici¹⁶⁴) del Mercato.

¹⁶³ V. ROPPO, *Contratti di diritto comune*, cit., p. 67.

¹⁶⁴ Fisiologico nel senso spiegato da V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit., p. 106, nota 35: "Considero patologiche le asimmetrie di potere contrattuale (...) determinate da fattori che, ancorchè di natura oggettiva, esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente (sulla quale si riflettono in modi individualizzati non standardizzati): come i vizi della volontà, che trovano rimedio nell'annullamento; o gli stati di pericolo e di bisogno, che aprono al rimedio della rescissione. Considero invece 'fisiologiche' le asimmetrie di potere contrattuale risultanti – in termini non individualizzati, ma piuttosto standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di Mercato occupate dall'una e rispettivamente dall'altra parte del contratto."

I rimedi costruiti dal Legislatore sono eterogenei e pertengono alle diverse fasi contrattuali: si tratta, infatti, di rimedi successivi (recessi di pentimento, recessi ordinari, nullità di protezione), ma anche di rimedi preventivi (obblighi di forma, di contenuto, di informazione, di chiarezza di trasparenza)¹⁶⁵.

I profili rispetto ai quali tale paradigma contrattuale si distingue da quello del contratto di diritto comune sono il recesso “di pentimento” e la maggiore esposizione del contratto dei consumatori ai rimedi contrattuali riconducibili alla invalidità¹⁶⁶.

Più in generale, i valori codicistici che subiscono una frattura all’interno dello statuto contrattuale del consumatore ineriscono al vincolo come previsto *ex art.* 1372 cod. civ., ai principi della causa e della buona fede contrattuale, fondamenti della regola sulla nullità parziale, al principio della tendenziale insindacabilità dell’equilibrio contrattuale fissato dalle parti ad opera del giudice, ed infine, alla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento o di responsabilità, e dei rimedi riconducibili alle une e rispettivamente alle altre¹⁶⁷.

*“Dunque, la presenza di una parte più debole e (o perché) meno informata non legittima, di per sé, un’esigenza di riequilibrio, né impone all’ordinamento una risposta in termini di tutela. La reazione, però, si giustifica – ed è, anzi, doverosa – qualora l’asimmetria, da dato fisiologico e naturale, trascenda in fattore patologico, come accade là dove finisca per riverberarsi negativamente sull’atto, demolendone o compromettendone un requisito essenziale: l’esempio più chiaro rimanda alla presenza di un vizio del consenso (errore, violenza, dolo), rilevante ai fini dell’annullamento del contratto, che ben può ipotizzarsi sia riconducibile ad un deficit di informazione o ad un’informazione non veritiera.”*¹⁶⁸.

Ai nostri fini, per ora, interessa soprattutto il tema dell’asimmetria nei contratti dei consumatori, ove viene in rilievo uno squilibrio di tipo normativo, ossia riferito all’assetto contrattuale allocativo di diritti, obbligazioni, oneri e responsabilità, come tale distinto dallo squilibrio invece economico, relativo al rapporto di equivalenza economica tra il valore delle prestazioni dedotte in contratto (come è il caso del contratto usurario).

¹⁶⁵ A.M. BENEDETTI, (voce) *Contratto asimmetrico*, cit., pp. 375 ss.

¹⁶⁶ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., p. 67.

¹⁶⁷ Temi questi ripresi e affrontati nel successivo Cap. III.

¹⁶⁸ G. GRISI, (voce) *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, 2011.

Il giudice, di conseguenza, opera un sindacato giurisdizionale sullo squilibrio normativo (ma, di riflesso, anche su quello economico, il quale ultimo tuttavia assume una rilevanza appunto indiretta).

Conclusivamente è bene rammentare come la giurisprudenza abbia ormai elaborato uno statuto del contratto asimmetrico basato su quattro parametri¹⁶⁹:

- 1) gli obblighi di informazione: anzitutto, l'asimmetria impone alla parte forte di colmare la debolezza dando tutte le informazioni affinché la parte debole possa essere meno debole e quindi possa contrarre in modo meno inconsapevole;
- 2) il fenomeno del neo-formalismo: i contratti asimmetrici devono essere, proprio perché asimmetrici, chiari, consentendosi così alla parte debole di risolversi consapevolmente e di conoscere adeguatamente il contenuto del contratto;
- 3) la tendenza conservativa del contratto asimmetrico, una volta depurato dalla clausola squilibrante;
- 4) un più approfondito sindacato del giudice sullo squilibrio contrattuale, anche tramite lo strumento della nullità virtuale, rispetto a quanto non sia in altre occasioni di controllo giurisdizionale.

È bene tuttavia fin da subito premettere che l'obbligo informativo trovi un limite proprio nell'onere di informazione, espressione del principio di auto-responsabilità: infatti, il dovere di correttezza impone alla parte "forte" di mettere a disposizione dell'altra le informazioni di cui si è in possesso e che non potrebbero essere conosciute altrimenti, mentre (al contempo) la libertà di iniziativa economica privata consente a chi si sia procurato tali informazioni sostenendo costi, di usarle a proprio vantaggio.

¹⁶⁹ Nel prosieguo del lavoro ci si soffermerà in particolare sul punto n. 1).

CAPITOLO II

LA TUTELA DEI CONSUMATORI CON SPECIFICO RIFERIMENTO AL RUOLO DELLA INFORMAZIONE NELL'AMBITO DEL CONTRATTO FRA CONSUMATORE E PROFESSIONISTA

1. Dall'informazione come bene giuridico alla previsione di obblighi informativi (pre-negoziali).

Nel precedente capitolo si è sottolineato che il fattore distorsivo determinante lo squilibrio della relazione pre-contrattuale tra consumatore e professionista spesso derivi dal diverso livello quantitativo e qualitativo di informazioni e conoscenze rispettivamente da costoro possedute.

È infatti evidente che la controparte del consumatore, agendo professionalmente sul Mercato (o comunque producendo il bene da vendere), si trovi nella disponibilità di un numero maggiore di informazioni.

A riguardo si parla di “asimmetria (informativa)”¹⁷⁰, qualificata in dottrina come una “*sorta di ignoranza di classe (classe economica, ovviamente, quella dei consumatori) che turbava la naturale capacità delle contrattazioni di costituire motivo di soddisfazione per la parte più debole.*”¹⁷¹.

Si tratta di una tematica ancora oggi aperta, e di estrema attualità.

La condizione di asimmetria deriverebbe da una serie di fattori: anzitutto, il consumatore non partecipa appieno alla definizione del regolamento contrattuale, potendo solo aderire o meno alla proposta di controparte. Inoltre, sempre più spesso, la negoziazione si basa su tecniche non più tradizionali quali le vendite “a distanza”, idonee a cogliere impreparato l'interlocutore. Da ultimo, in molte tipologie di contratti (in specie se ad alto contenuto

¹⁷⁰ Si veda, ad esempio, P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, vol. LII, n. 5, 2007, pp. 641 – 680; R. AVRAHAM – Z. LIU, *Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive Versus Optional Remedies*, in *American Law and Economics Review*, 2006, vol. 8, n. 3, pp. 523 – 561; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, *cit.*, *passim*; F. CAVAZZUTI, *Conflitti di interessi e informazioni asimmetriche nella intermediazione finanziaria*, in *Banca impr. soc.*, 1989, p. 357.

¹⁷¹ M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, *cit.*, XVII.

tecnico, come sono quelli finanziari) l'acquirente può prendere visione del bene soltanto dopo l'acquisto.

Ciò detto, la parte professionale dell'operazione negoziale detiene una sorta di "monopolio dell'informazione", e può decidere egoisticamente quali dati fornire (o non fornire) al consumatore.

Per vero tale condizione non è superabile completamente, nemmeno mediante una diligente opera di auto-informazione.

Ebbene, da quanto premesso deriva allora che, più che sullo squilibrio di informazioni, che è fisiologico, ci si dovrebbe concentrare sulla condizione di ignoranza del consumatore, costretto a prendere le proprie decisioni negoziali sulla base di quel che la controparte convenientemente decide di comunicargli. E la convenienza in questione è solo unilaterale. È questa l'ottica in cui deve essere contestualizzata la disciplina consumeristica e, in particolare, la generale questione sugli obblighi di informazione.

L'effetto alterante e distorsivo provocato da tali asimmetrie penalizza la posizione del consumatore-contraente debole, comportando una non corretta percezione e valutazione del rischio contrattuale, che potrebbe indurre a stipulare un contratto non opportuno (ad esempio connotato da un prezzo relativamente basso ma da rischi contrattuali non proporzionati all'importo pagato¹⁷²).

Invero, al fine di ottenere una efficiente allocazione delle risorse sul Mercato, il consumatore deve invece essere in grado di scegliere e capace di influire sulle dinamiche generali dell'Economia: tale libertà implica, appunto, la conoscenza (nonché la piena comprensione) di un numero adeguato di informazioni: *"Il diritto ad essere informati spesso costituisce la vera essenza del diritto all'informazione, rappresentandone l'aspetto concreto più rilevante. (...) Il diritto ad essere informato nasce, senza dubbio, quando, nell'ambito di un rapporto contrattuale, si individua un soggetto, già titolare dell'informazione, che ha l'obbligo di trasmettere l'informazione ad un altro soggetto, il quale ha il diritto di riceverla."*¹⁷³.

¹⁷² R. PARDOLESI – A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996, p. 412.

¹⁷³ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984, pp. 142 ss.

Per vero, come si è già detto, l'obbligo di informazione pre-contrattuale è da rapportare alla clausola generale di buona fede, ma anche, di riflesso, all'efficienza economica. Nello specifico, infatti, se l'obiettivo è quello di preservare la capacità del Mercato di soddisfare desideri e bisogni degli operatori, deve anzitutto incentivarsi l'acquisizione di informazioni da cui poi trarre, in tale contesto, benefici economici.

Dunque, si delinea un obbligo di *disclosure* a partire dalle fasi di attività pubblicitaria e pre-contrattuale (proseguendo poi in quelle di conclusione e di esecuzione del negozio giuridico), in ragione sia dei mezzi di comunicazione impiegati sia del luogo in cui l'operazione economica è svolta.

La regolamentazione della fase precedente alla conclusione del contratto mira a proteggere il consumatore nei confronti dell'utilizzo di moduli e formulari o di contratti *standard*, della predisposizione unilaterale delle condizioni contrattuali, dello sviluppo della pubblicità commerciale, nonché dell'impiego di tecnologie informatiche.

Di conseguenza, la tutela dei consumatori passa attraverso la predisposizione, da parte del Legislatore, di una serie di "obblighi informativi" a carico dell'imprenditore, inteso quale parte "forte" dal punto di vista del potere negoziale: quest'ultimo, infatti, si concentra maggiormente in capo ad una delle parti contraenti anche per la più estesa disponibilità di conoscenza (ossia di informazioni).

Peraltro, proprio la suddetta previsione di obblighi informativi potrebbe comportare una maggiore competitività tra le imprese, permettendo il confronto tra i beni prodotti e/o i servizi forniti, dovendo tali imprese rendere edotti i potenziali consumatori riguardo alle caratteristiche di quanto offerto ed anche organizzandosi più competitivamente, per poter così essere più facilmente preferiti ad altri concorrenti.

Risulta quindi logico che i consumatori, per effettuare una simile scelta, debbano essere provvisti di idonei mezzi di confronto e di selezione. Ne consegue che la conoscenza delle informazioni rilevanti ed essenziali alla definizione dell'accordo sia una circostanza imprescindibile per distribuire tra i contraenti il rischio di incorrere in errori o di stipulare un contratto senza la suddetta consapevolezza, e quindi per evitare che il consumatore (come il risparmiatore o l'investitore) sia costretto a subire (e ad eseguire) passivamente la volontà contrattuale della controparte.

Il *gap* informativo, ai danni del consumatore, deve essere ri-equilibrato, o quantomeno compensato, al fine di evitare che la (fisiologica) posizione di debolezza di costui permanga tale fino alla conclusione del contratto.

Ancora. Il contratto di per sé possiede una spiccata vocazione efficientistica, poiché in regime di concorrenza perfetta lo scambio ha come conseguenza il miglioramento delle condizioni di entrambe le parti. In astratto tale situazione si ha però solo nel momento in cui i contraenti risultino in grado di valutare in modo ottimale i rischi derivanti dal rapporto obbligatorio *in nuce*, tanto da considerare conveniente la conclusione dell'affare a determinate condizioni. In questa prospettiva, quindi, una piena informazione di ciascun contraente, riguardo a natura e conseguenze della scelta, è fondamentale per la massimizzazione del profitto ritraibile dall'operazione economica. È chiaro, infatti, che se una delle parti del rapporto contrattuale è dotata di un numero più elevato di informazioni (e quindi di maggiore potere negoziale) conseguentemente si delinea una asimmetria (informativa) a sua volta determinante la stipula di un negozio che è, pertanto, squilibrato. Ebbene, le asimmetrie informative, in assenza di adeguati correttivi che le fronteggino, condurrebbero inevitabilmente al fallimento del Mercato¹⁷⁴.

È evidente, pertanto, il rilievo che la fase pre-contrattuale riveste: la conseguente e necessaria attenzione in relazione all'informazione che deve pervaderla opera in funzione di prevenzione dell'iniquità contrattuale.

Se ciò è vero, come si avrà modo di approfondire, tale tematica richiede di analizzare non solo la disciplina positiva dell'informazione in sé, ma anche le tecniche legislative impiegate nel corso del tempo al fine di bilanciare le relazioni negoziali.

Fermi tali rilievi, è preliminarmente necessario concentrarsi sul concetto di "informazione", in sé e per sé, poiché costituisce l'oggetto degli obblighi informativi pre-contrattuali previsti dal Legislatore (in specie in materia di contrattazione asimmetrica¹⁷⁵), i quali, a loro volta, rientrano nel novero dei doveri di correttezza imposti alle parti *ex art.* 1337 cod. civ.

¹⁷⁴ In tal senso è S. GILOTTA, *Trasparenza e riservatezza nella società quotata*, 2012, Milano, p. 7.

¹⁷⁵ La elaborazione della nozione di "contratto asimmetrico" si deve a V. ROPPO, *Contratti di diritto comune, contratti del consumatore, contratti con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *I contratti del 2000*, Torino, 2002, pp. 25 ss.

Peraltro, gli obblighi informativi presentano un contenuto eterogeneo, a seconda del loro destinatario, dell'ambito entro cui devono operare e del fine da raggiungere.

Essi derivano, poi, dalle più varie fonti, essendo posti da Regolatori quali il Legislatore o una Autorità amministrativa indipendente.

Inoltre, possono inerire a diverse fasi della vicenda contrattuale (ad esempio, ai fini che qui interessano, a quella delle trattative).

Il termine “informazione” ha ormai assunto diversi significati. *“In un primo senso, contenutistico, per informazione si intende qualsiasi dato rappresentativo della realtà che viene conservato da un soggetto oppure comunicato da un soggetto ad un altro. In un secondo senso, funzionalistico, sotto il termine informazione si ricomprendono quelle attività di comunicazione al pubblico svolte da taluni mezzi, quali la stampa, la radio e la televisione. In una terza accezione, specialistica, l'informazione integra un obbligo posto a carico di taluni soggetti quando entrano in rapporto con altri, come avviene nelle trattative contrattuali o nella presentazione di beni o servizi oggetto di rapporti giuridici.”*¹⁷⁶.

“Informare” non equivale semplicemente a “comunicare”, trattandosi di un'attività funzionale alla (auspicabilmente piena) “conoscenza” dei termini di una determinata operazione economica.

Il successivo interrogativo da porsi inerisce all'*ubi consistam* di tale conoscenza: per vero, sicuramente può sostenersi che essa sia tale da permettere al soggetto che riceve l'informazione di chiarire qualsivoglia elemento di confusione circa i termini dell'operazione da concludere.

Ciò detto, dunque, l'informazione riveste un ruolo fondamentale¹⁷⁷ nella materia contrattuale.

Sono infatti eterogenei i settori dell'ordinamento entro cui è evidente la funzione svolta da tale elemento. In tal senso si ricordino: la questione sulla regolamentazione

¹⁷⁶ V. ZENO ZENCOVICH, (voce) *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 421.

¹⁷⁷ G. LONGO, *Teoria dell'informazione*, Torino, 1980; G. CORASANITI, *Diritto dell'informazione*, Padova, 1992; G. J. STIGLER, *The Economics of Information*, in *The Journal of Political Economy*, 1961, pp. 213 ss.; ID., *L'economia dell'informazione*, in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994, p. 217.

dell'informazione rivolta al Mercato; la tutela della riservatezza¹⁷⁸; l'impiego delle banche dati¹⁷⁹; la responsabilità di chi divulga informazioni non vere; la tematica relativa alle informazioni diffuse da parte delle agenzie di *rating*¹⁸⁰; la pubblicità ingannevole¹⁸¹; l'ambito degli obblighi di informazione del produttore¹⁸², degli amministratori delle società, nonché gli obblighi di informazione in ambito contrattuale¹⁸³ e commerciale¹⁸⁴.

L'informazione acquisisce rilievo sotto molteplici punti di vista, configurandosi come elemento trasversale nell'ambito del diritto privato. Per vero, l'informazione può configurarsi anche quale nuova forma di proprietà¹⁸⁵: “(..) essendo sovente acquisibile all'esito di attività implicanti l'impiego di risorse economiche anche notevoli, rappresenta

¹⁷⁸ S.D. WARREN – L.D. BRANDAIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193 ss.; G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, pp. 801 ss.; E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio*, Atti del convegno di Studi del 17 maggio 1997, Napoli, 1999.

¹⁷⁹ V. CUFFARO – V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1999.

¹⁸⁰ M. BUSSANI, *Le agenzie di rating fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1337 ss.

¹⁸¹ G. CRISCUOLI, *La reclame non obiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1968, pp. 22 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1983, pp. 270 ss.; G. ALPA – C. ROSSELLO, *Prime note sull'attuazione della direttiva comunitaria in tema di pubblicità ingannevole*, in *Diritto dell'informazione e dell'informativa*, 1992, pp. 259 ss.; A.M. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d.lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1992, I, pp. 411 ss.; M. FUSI – P. TESTA – P.L. COTTAFAVI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993; G. ROSSI, *La pubblicità dannosa: concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*, Milano, 2000; V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994.

¹⁸² L. DI DONNA, *Difetto di informazione e vizio di fabbricazione quali cause di responsabilità del produttore*, in *NGCC*, II, 2008, . 258.

¹⁸³ M. C. PERCHINUNNO, *Informazione e giusto prezzo: tutela del consumatore e tutela del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 155; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012; ID., *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 185; W. VIRGA, *Informazione e consenso*, Torino, 2010; G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 889; L. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali: I, La tutela del consumatore*, Milano, 2008; R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), Milano, 2007, pp. 391 – 451; G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Roma, 2005; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; A.M. MUSY, *Il dovere di informazione, Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forme negoziali*, Napoli, 1999; P. GALLO, *Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 672; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

¹⁸⁴ P. MONTALENTI, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 779 – 802.

¹⁸⁵ G. DE NOVA – B. INZITARI – G. TREMONTI – G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1997; R. PARDOLESI – C. MOTTI, *L'idea è mia: lusinghe e misfatti dell'economics of informations*, in *Diritto dell'informazione e dell'informativa*, 1990, p. 345; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326; O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; A. REICH, *The New Property*, in *The Yale Law University*, 73, 1964, pp. 733 ss.

– per chi l’ha conseguita – una ricchezza e a tale circostanza va dato peso, se non per accreditare logiche “proprietarie” legittimanti l’appropriazione e lo sfruttamento esclusivi dell’informazione raggiunta deliberatamente, onde evitare di mortificare l’interesse del soggetto che, visti premiati gli sforzi e gli investimenti operati per acquisire un bagaglio ampio di informazioni, aspiri ‘ad utilizzare, per proprio tornaconto, il vantaggio informativo eventualmente conquistato’.”¹⁸⁶.

Ne consegue che l’informazione si concreti non solo nel presupposto per una corretta formazione del consenso negoziale, ma anche in un vero e proprio “bene giuridico” dotato di un autonomo valore economico¹⁸⁷. Infatti la sua acquisizione richiede un costo, e la relativa conoscenza è foriera di vantaggi economici.

L’informazione è ormai un bene essenziale, presupposto del libero dispiegarsi dell’autonomia privata, in virtù del superamento dell’originaria concezione liberistica, propria degli ordinamenti di *Common law* (fondata sul principio del “*caveat emptor*”, e quindi sulla possibilità per ciascuna parte di mantenere il riserbo su tutte le informazioni acquisite nell’ambito della propria attività professionale).

Attualmente, invece, la prospettiva è piuttosto improntata al “*caveat vendor*”, per cui l’informazione appare essere un bene essenziale ai fini di un consenso consapevole, come tale indispensabile presupposto del libero dispiegarsi dell’autonomia privata¹⁸⁸. Del resto, in ambito civilistico, e soprattutto a fronte dell’avvento della concezione della causa “in concreto”, è pacifico che il contratto sia espressione di libertà, autonomia e auto-regolamentazione. Sussiste libertà nel fine: il contratto è appunto espressione di una auto-determinazione dei fini consapevolmente scelti dai privati contraenti.

¹⁸⁶ G. GRISI, (voce) *Informazione (obblighi di)*, cit., p. 598.

¹⁸⁷ R. CHIANDRA, *Knowledge as Property*, Oxford, 2010; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all’informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2004, p. 349; R. PARDOLESI – C. MOTTI, *L’informazione come bene*, in G. DE NOVA – B. INZITARI – G. TREMONTI – G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, cit., pp. 37 ss.

Quanto alla letteratura straniera, v.: B. J. BATES, *Information as An Economic Good: A Re-Evaluation of Theoretical Approaches*, in B. D. RUBEN – L. A. LIEVROUW (a cura di), *Mediation, Information, and Communication. Information and Behavior*, vol. 3, New Brunswick, 1990, pp. 379 ss.; C. SHAPIRO – H. R. VARIAN, *Information Rules. Le regole dell’economia dell’informazione*, Milano, 1999.

¹⁸⁸ H. DEMSETZ, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, in *12 Journal of Law and Economics*, 11, 1969.

Sembra dunque possibile affermare che le regole di informazione, anche se obbligatorie, siano prescritte per incrementare (e valorizzare) l'autonomia delle parti, non invece per restringerla.

Ciò detto, e come si vedrà nel prosieguo, l'ambito delle asimmetrie informative deve essere approfonditamente speculato¹⁸⁹. Infatti, *“Se le asimmetrie informative sono tali che una parte del Mercato non può eliminarle da sola o può eliminarle ma solo sopportando costi notevoli, ci si chiede se e quali regole di informazione possano migliorare le prestazioni del Mercato.*

Senza il trasferimento delle informazioni, il consumatore non può valutare la qualità delle offerte e non può distinguere tra buone e cattive offerte e le buone offerte finiscono per essere eliminate dal Mercato (c.d. adverse selection).

*Il trasferimento di informazioni può impedire il fallimento del Mercato solamente nel caso in cui vengono fornite informazioni rilevanti, che risultano comprensibili per la parte che le riceve.”*¹⁹⁰.

La debolezza della parte nella stipulazione del contratto si ripercuote sull'equilibrio del contratto stesso, ed anzi determina uno squilibrio. Pertanto, si comprende come assuma fondamentale centralità la fase della costruzione del vincolo: ogni fattore distorsivo ivi sussistente potrebbe condurre alla definizione di un assetto regolamentare asimmetrico, ossia non equilibrato, tra le parti¹⁹¹.

Invero, come già accennato, il diritto all'informazione attiene all'intera durata del rapporto contrattuale, e coinvolge tutti i momenti e gli aspetti dell'atto di consumo, dalla qualità del prodotto alla sicurezza, all'uso corretto.

Sottolineando un punto che avrà rilevanza nel corso della trattazione, si può ora accennare alla considerazione per cui le informazioni pre-contrattuali tenderebbero ad inserirsi all'interno del contenuto del contratto, divenendone parte strutturale: il contratto verrebbe pertanto a configurarsi come un vero e proprio insieme di informazioni scambiate tra i soggetti coinvolti nell'operazione negoziale *de qua*.

¹⁸⁹ Il riferimento è al par. 5 del presente capitolo.

¹⁹⁰ L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., pp. 173 – 174.

¹⁹¹ Quanto ai riflessi sulla razionalità del regolamento contrattuale derivanti dai fattori distorsivi nella fase pre-contrattuale v. R. PARDOLESI – A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996, pp. 381 ss.

All'inizio degli Anni Duemila, la Commissione europea sottolineava il bisogno di *“dotare i consumatori degli strumenti per tutelare i propri interessi mediante la formulazione di scelte autonome e informate. (..) Tali misure intendono ovviare agli squilibri strutturali tra i singoli consumatori e le imprese dovuti alla posizione di svantaggio in cui i primi si trovano a causa di un più limitato accesso alle informazioni e alle conoscenze giuridiche ed in ragione delle loro minori capacità economiche.”*¹⁹².

Ebbene, proprio nella fase antecedente alla stipulazione del contratto si ravvisa maggiormente la rilevanza degli interventi regolamentari, finalizzati a rimuovere o, almeno, a limitare gli ostacoli che, di norma, nel rapporto tra professionista e consumatore, ostacolano l'ordinato ed efficiente svolgimento delle dinamiche del Mercato.

Pertanto, è evidente la *ratio* degli sforzi effettuati dal Legislatore per la tutela dell'informazione: di conseguenza sono stati previsti i cosiddetti obblighi informativi¹⁹³. Ed infatti in dottrina si è sottolineato che *“Accanto all'informazione come attività, vi è l'informazione come obbligo.”*¹⁹⁴.

Dunque, al fine di ottenere una adeguata informazione è possibile procedere attraverso la imposizione dei suddetti obblighi a carico dell'operatore professionale oppure con la indicazione dei requisiti di forma¹⁹⁵ e contenuto che il contratto dovrà possedere.

A tanto si è pervenuti a partire da settori connotati da tecnicità delle operazioni, come quello finanziario, bancario e assicurativo¹⁹⁶.

Quindi, la finalità di permettere ai contraenti un adeguato livello di informazione, e un adeguato livello di idoneità a ponderare le scelte, è alla base della previsione di obblighi informativi.

¹⁹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni - Strategia della politica dei consumatori 2002 – 2006, COM (2002) 208 def. – G.U. 8 giugno 2002, n. 137.

¹⁹³ Nello specifico, v. P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 289: *“All'inizio del XX secolo la dottrina dominante riteneva per lo più che doveri di informazione fossero configurabili solo in presenza di un esplicito riferimento legislativo, come per esempio in materia di contratto di assicurazione. È solo in seguito, a partire dagli anni settanta del XX secolo, che la dottrina è giunta ad affermare con decisione la configurabilità di doveri di informazione anche al di fuori dei casi di espressa previsione legislativa.”*

¹⁹⁴ V. ZENO ZENCOVICH, *Informazione (profili civilistici)*, cit.

¹⁹⁵ La forma diventa essa stessa “informazione”, permettendo al consumatore di avere piena conoscenza dei propri diritti e doveri.

¹⁹⁶ M.C. CHERUBINI, *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 31.

La enucleazione dell'esistenza di un tale impegno avviene essenzialmente attraverso due procedure: una comporta l'applicazione della disposizione espressamente destinata a imporre un obbligo di informazione, o comunque a sanzionarne l'inadempimento; l'altra consiste nella concretizzazione di un precetto indeterminato e generale quale è quello di buona fede.

Sussistono infatti tanto fattispecie in cui il Legislatore abbia espressamente predeterminato che il possibile esito squilibrato di una relazione negoziale vada "calmierato", imponendo ad una parte di irrobustire la consapevolezza dell'altra, quanto altresì casi connotati dalla mancata indicazione legislativa *ex ante* in tal senso.

Nella prima ipotesi, l'attività dell'interprete sarà di stampo esclusivamente interpretativo. Nella seconda, invece, sarà utile riconoscere che l'attività di interpretazione debba arricchirsi di una componente valutativa ben più forte: in tal senso, si deve collocare la fattispecie all'interno del più ampio contesto valutativo *ex bona fide*, introducendovi criteri di carattere sostanziale.

Ebbene, sembra possibile sostenere che il ruolo della buona fede ivi non si limiti all'allargamento delle maglie dei fatti da sottoporre, durante le trattative, a necessaria divulgazione, ma che anzi proceda a rimuovere o correggere il giudizio di *culpa/diligentia*, su cui poggia l'applicazione del modello di gestione dell'asimmetria informativa *ex art.* 1338 cod. civ.

Se questi rilievi sono sicuramente fondati, è pur vero che il rimedio della imposizione di obblighi informativi debba andare a favore dei consumatori senza tradire la posizione dei possessori dell'informazione, la quale è un bene economico, dal valore elevato, e che quindi può essere anche molto costosa per chi se la procura.

Risulta allora evidente la necessità di bilanciare gli interessi dei consumatori all'informazione¹⁹⁷ con quelli dei soggetti che abbiano investito tempo e denaro per procurarsi le informazioni che li pongono in una posizione di vantaggio.

La menzionata questione non è oggetto del presente lavoro, eppure può a riguardo ricordarsi il contributo del Professor Anthony Kronman¹⁹⁸, risalente alla fine Anni '70 del XX secolo, secondo cui sarebbe in generale possibile diffondere le informazioni, e rendere

¹⁹⁷ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II.

¹⁹⁸ A. KRONMAN, *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, 7, in *The journal of legal studies*, 1978, p. 7.

quindi edotti i consumatori degli elementi cui esse fanno riferimento, salvo però che si tratti di elementi particolarmente costosi¹⁹⁹.

Successivamente è stata elaborata un'altra soluzione, basata sulla distinzione tra vizi del bene venduto, da un lato, e qualità positive del medesimo, dall'altro²⁰⁰. Ebbene, l'obbligo di informazione riguarderebbe unicamente i vizi del bene venduto, e non anche le relative qualità positive, o i pregi: *“così come un tempo venivano risarciti solo i danni alle cose ed alle persone e non anche i danni conseguenti alla lesione del credito o di interessi legittimi, così un tempo venivano configurati doveri di informazione solo con riferimento ai vizi del proprio bene o della propria persona e non anche con riferimento ai pregi o alle qualità positive del bene acquistato”*²⁰¹.

2. Il “diritto all’informazione” come principio di ordine generale: la distinzione tra obblighi informativi tipici e obblighi informativi atipici.

La necessità per i consumatori di essere informati assume ormai una valenza portante nell'ambito del rapporto di consumo.

Più in generale, a tale categoria di soggetti è riconosciuto il diritto *“fondamentale”* ad una *“adeguata informazione”*²⁰² e *“le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore.”*²⁰³.

La previsione di obblighi informativi pre-contrattuali è alla base di una politica legislativa nuova, la quale mira a permettere al consumatore di maturare un consenso informato prima della stipula, per cercare di ridurre il rischio della conclusione di contratti diversi dalle aspettative. Pertanto, si passa da una tutela dell'integrità del consenso operante in via

¹⁹⁹ In senso contrario vedi V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2004, p. 755.

²⁰⁰ P. GALLO, *Errore sul valore*, cit., p. 672.

²⁰¹ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 654.

²⁰² Art. 2, comma 2, lett. c), Cod. cons.

²⁰³ Art. 5, comma 3, Cod. cons.

indiretta e *a posteriori* (diritto di recesso) ad una modalità di tutela *a priori* e consistente nella predisposizione di obblighi pre-contrattuali di informazione²⁰⁴.

Invero, proprio in tema di educazione e informazione del consumatore, già prima della approvazione della Legge 30 luglio 1998, n. 281, intitolata alla “*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*”²⁰⁵, le politiche europee²⁰⁶ avevano prospettato la possibilità di elaborare un principio generale di informazione del consumatore (quanto all’ordinamento interno, nello specifico, l’art. 1, comma 2, lett. c), Legge n. 281/1998 afferma che ai consumatori e agli utenti sia “*riconosciuto come fondamentale*” il diritto “*ad una adeguata informazione*”).

La stessa Corte di giustizia dell’Unione europea ha evidenziato lo stretto rapporto esistente tra la protezione e l’informazione dei consumatori: “*il diritto comunitario in materia di protezione dei consumatori considera l’informazione di questi ultimi come una delle esigenze principali, sì che una normativa nazionale che neghi l’accesso dei consumatori a talune informazioni non potrebbe essere giustificata da esigenze imperative attinenti alla loro protezione.*”²⁰⁷.

Tale diritto all’informazione, così come riconosciuto ai consumatori, non trova sempre corrispondenza in uno specifico obbligo informativo imposto ai professionisti. Ed infatti, più in generale, assumono importanza sia la disciplina della pubblicità commerciale sia quella riservata ad altre forme comunicative, anch’esse al di fuori di una diretta relazione pre-contrattuale tra le parti, e idonee a trasferire informazioni dal professionista al consumatore.

Se in astratto questo è il ruolo demandato alle informazioni, e al conseguente “diritto all’informazione”, in concreto sarà il contratto ad avere il compito di rendere edotto il consumatore circa il contenuto del regolamento²⁰⁸.

²⁰⁴ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all’informazione*, cit, p. 35; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, pp. 35 ss.

²⁰⁵ Pubblicata in G.U. 14 agosto 1998, n. 189.

²⁰⁶ Si ricordino anche l’attuale art. 169 T.F.U.E (ex art. 153 T.C.E., che aveva a sua volta sostituito il precedente art. 129 A), nonché la Risoluzione del 13 luglio 1992, pubblicata in G.U.C.E. n. C 186 il 23 luglio 1992.

²⁰⁷ Corte di giustizia dell’Unione europea, 7 marzo 1999, C-362/88.

²⁰⁸ Circa la funzione informativa dello stesso contratto, v. G. ALPA, *La “trasparenza” del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, pp. 412 ss.; G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, pp. 710 ss.

Peraltro, va comunque ricordato che un fondamentale ruolo assumono, come già accennato, gli obblighi informativi, in quanto tali posti a carico della controparte forte a tutela del consumatore.

Ebbene, è necessario ivi concentrare l'attenzione. Anzitutto, risulta possibile operare una classificazione degli obblighi informativi, in base a ciascuna delle caratteristiche che li connotano, ossia a seconda: delle fonti da cui derivano, del tipo contrattuale al quale essi sono riferiti, a seconda della natura delle parti, nonché del rapporto istituito tra il professionista e il consumatore, che può essere pre-contrattuale, contrattuale o extra-contrattuale.

Ancora, la classificazione può essere fatta in base al momento in cui gli obblighi vadano rispettati e le informazioni comunicate, a seconda del contenuto degli obblighi medesimi, o della sanzione irrogata al professionista in caso di inadempimento, a seconda della loro derogabilità o meno, trattandosi nella gran parte di obblighi *ex lege*, cui si possono affiancare obblighi assunti volontariamente dal professionista.²⁰⁹

Per vero, una distinzione di notevole rilevanza ai fini del presente lavoro è quella tra obblighi informativi “tipici” e obblighi informativi “atipici”.

I primi sono espressamente previsti da una norma di legge, la quale impone, durante la trattativa, obblighi di informazione a contenuto qualitativo e quantitativo predeterminato dalla norma medesima. E' proprio questo il caso della maggior parte dei rapporti asimmetrici, *in primis* del contratto tra consumatore e professionista. Ciò permette di sottolineare come la posizione di debolezza in capo al consumatore sia ben nota al Legislatore, il quale, al fine di ri-equilibrarla, ivi tipizza obblighi informativi: si tratta quindi delle fattispecie in cui è maggiormente sentita la necessità di precisare (in modo però espresso e chiaro) quali informazioni siano intese capaci di colmare il *gap* tra consumatore e controparte.

In siffatti casi la fonte dell'obbligo informativo non è direttamente la clausola di buona fede: quando l'obbligo informativo pre-contrattuale è previsto dalla Legge, ed è quindi qualificato come “tipico”, la fonte dell'obbligo è direttamente la norma di legge.

²⁰⁹ L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., pp. 8 – 9.

Tuttavia, quest'ultima comunque affonda le proprie radici sul principio di solidarietà sociale, sia pure indirettamente, essendo infatti volta a ri-equilibrare un rapporto asimmetrico.

Invece, quanto agli obblighi informativi “atipici”, essi prescindono da una norma di legge che direttamente li preveda: di conseguenza, durante le trattative le parti sarebbero tenute ad adempiere obblighi di informazione anche altri rispetto a quelli tipizzati.

L'obbligo di buona fede pre-contrattuale si sostanzia, in relazione alle circostanze del caso concreto, in un obbligo informativo adeguato ai rilievi emersi durante le trattative, volto a consentire alla controparte, nell'ottica della reciprocità e della solidarietà, l'esercizio pieno e libero dell'autonomia privata *sub specie* di libertà negoziale.

Pertanto, è l'impiego del concetto di “buona fede” a ritenere sussistenti doveri di informazione anche ove manchi una precisa disposizione normativa in tal senso, posto che tale principio generale è tradizionalmente considerato insito in ogni ordinamento moderno. È evidente come la tematica sugli obblighi di informazione sia strettamente connessa a quella inerente alla clausola di buona fede: la generalità del precetto che la introduce nel nostro ordinamento, insieme ai non frequenti richiami codicistici espressi al dovere di informazione, permette di comprendere i tentativi di utilizzarla per pervenire in modo sufficientemente informato alla conclusione dell'affare. Ebbene, specificamente quanto alla fase pre-contrattuale, è l'art. 1337 cod. civ. a tradurre tale tensione entro una norma, appunto prevedendo che nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti debbano comportarsi secondo buona fede.

Ciò detto, quanto ai riferimenti normativi per gli obblighi di informazione *de quibus*, in primo luogo guardando al codice civile, essi sono, in generale, gli artt. 798, 1338, 1759, 1812, 1821, 1892, 1893, mentre altri risultano specificamente all'interno della fase successiva alla conclusione del contratto, *ex artt.* 1710, 1713, 1746, 1749.

In secondo luogo, è bene considerare anche le leggi speciali ove si faccia menzione di obblighi informativi, soprattutto nel settore dei contratti del consumatore²¹⁰. È innegabile che la previsione di siffatti obblighi sia necessaria con riguardo a situazioni connotate dalla

²¹⁰ A. NERVI, *La nozione giuridica di informazione e la disciplina di Mercato. Argomenti di discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, pp. 843 ss.; G. MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 751; V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747.

presenza di forti asimmetrie informative, appunto per eliminare (o quantomeno ridurre) il divario tra le parti coinvolte. A titolo esemplificativo, come sarà maggiormente approfondito nel prosieguo²¹¹, attenzione particolare meritano le recenti modifiche al testo del Codice del consumo (ai sensi degli artt. 48 e 49), quanto alle informazioni pre-contrattuali per i contratti stipulati da consumatori, in generale ed altresì conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali.

Tra gli atti sovranazionali che menzionano gli obblighi pre-contrattuali di informazione si ricordino anche la Direttiva 85/577/CEE, sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali; la Direttiva 90/314/CE su viaggi, vacanze e circuiti “tutto compreso”; la Direttiva 94/47/CE, concernente la tutela dell’acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

Inoltre, si rammenti altresì la disciplina in materia di commercio elettronico: nello specifico, infatti, l’art. 7, D.lgs. n. 70/2003²¹² inerisce proprio alle informazioni obbligatorie entro tale ambito.

Invero, numerose altre sarebbero le discipline da menzionare, ad esempio in materia bancaria, di intermediazione finanziaria, o di multiproprietà.

A riguardo, significativo è il riferimento ai Principi di diritto europeo dei contratti (PECL), ossia il risultato dei lavori della Commissione presieduta dal Professor Ole Lando. In particolare, l’art. 4:106, specificamente relativo alle “*Informazioni inesatte*”, così recita: “*1)La parte che ha concluso il contratto fidando su informazioni inesatte dell’altra parte ha diritto al risarcimento del danno in conformità con l’art. 4:117 2) e 3) anche quando le informazioni non abbiano causato un errore essenziale ai sensi dell’art. 4:103, salvo che la parte che le ha fornite avesse ragione di credere che le informazioni fossero esatte.*”.

²¹¹ Cap. IV del presente lavoro.

²¹² L’art. 7 del D.lgs. n. 70/2003 così recita: “*Informazioni generali obbligatorie. Il prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, deve rendere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, ai destinatari del servizio e alle Autorità competenti le seguenti informazioni: a)il nome, la denominazione o la ragione sociale; b)il domicilio o la sede legale; c)gli estremi che permettono di contattare rapidamente il prestatore e di comunicare direttamente ed efficacemente con lo stesso, compreso l’indirizzo di posta elettronica; d)il numero di iscrizione al repertorio delle attività economiche, REA, o al registro delle imprese; e)gli elementi di individuazione, nonché gli estremi della competente autorità di vigilanza qualora un’attività sia soggetta a concessione, licenza od autorizzazione; f)per quanto riguarda le professioni regolamentate: (..) h)l’indicazione in modo chiaro ed inequivocabile dei prezzi e delle tariffe dei diversi servizi della società dell’informazione forniti, evidenziando se comprendono le imposte, i costi di consegna ed altri elementi aggiuntivi da specificare; i)l’indicazione delle attività consentite al consumatore e al destinatario del servizio e gli estremi del contratto qualora un’attività sia soggetta ad autorizzazione o l’oggetto della prestazione sia fornito sulla base di un contratto di licenza d’uso. (..).*”.

Il successivo art. 4:107, rubricato “Dolo” prevede che “1) *La parte che sia stata indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall’altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto essere rivelata, può annullare il contratto.*

2) *I raggiri o la mancata rivelazione costituiscono dolo quando hanno lo scopo di trarre in inganno.*

3) *Ai fini di stabilire se la buona fede e la correttezza imponevano a una parte la rivelazione di una determinata informazione, deve aversi riguardo a tutte le circostanze, e in particolare:*

a) alla specifica competenza della parte;

b) al costo al quale ha potuto conseguire l’informazione in questione;

c) alla capacità dell’altra parte di conseguire da sé l’informazione;

d) all’importanza apparente dell’informazione per l’altra parte.”²¹³.

Ai sensi del comma 1, è fonte di dolo ogni fattispecie di mancata informazione che si sarebbe dovuta trasmettere secondo buona fede e correttezza.

Altrettanto interesse suscita il Codice europeo dei contratti, progetto seguito e coordinato dal Professor Gandolfi²¹⁴. L’art. 7, sui “Doveri di informazione”, così recita: “1. *Nel corso delle trattative ogni parte ha il dovere di informare l’altra di ogni circostanza di fatto o di diritto, di cui sia o debba essere a conoscenza, che consenta a quest’ultima di rendersi conto della validità e convenienza del contratto.*

2. *In caso di omessa informazione o di dichiarazione falsa o reticente, se il contratto non è stato concluso o è affetto da nullità, la parte che ha agito in modo contrario a buona fede risponde nei confronti dell’altra nei limiti di cui al comma 4 dell’art. 6, mentre se il contratto è stato concluso, è tenuta alla restituzione del corrispettivo versato o al pagamento di una somma di denaro, a titolo di indennità, nella misura che il giudice*

²¹³ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., p. 660, secondo cui l’art. 4:107 “*si limita a porre una clausola generale in base alla quale costituisce dolo qualsiasi mancata informazione che secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto essere rivelata: in modo tale da consentire un’evoluzione spontanea e graduale dei doveri di informazione, al pari del resto di quanto è avvenuto in materia di ingiustizia del danno.*”.

²¹⁴ L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. impr./Europa*, fasc. 2, 2000, pp. 683 ss.; G. GANDOLFI, *Il progetto “pavese” di un codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2001, pp. 455 ss.; ID., *Sul progetto di un “codice europeo dei contratti”*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, pp. 105 ss.

ritenga conforme a equità, salvo il diritto della controparte ad annullare il contratto per errore.”.

In entrambi i testi citati non sono indicati tassativamente i casi in cui sono previsti obblighi di informazione, ma è solo posta una clausola generale in base alla quale costituisce dolo qualsiasi mancata informazione che, secondo buona fede e correttezza, avrebbe dovuto essere rivelata.

Ciascuna delle parti coinvolte nella operazione contrattuale deve portare l'altra a conoscenza di qualsiasi circostanza di fatto o di diritto di cui sia a conoscenza: in tal modo è possibile rendersi conto non solo della validità ma anche della convenienza economica del contratto.

Ancora. All'interno del *Draft Common Frame of Reference*²¹⁵ gli artt. 2.3.101 e seguenti disciplinano gli obblighi informativi²¹⁶, essi rientrando nella Sezione I, “*Information duties*”, del Capitolo 3 “*Marketing and pre-contractual duties*”.

In generale si può sottolineare come l'informazione abbia lo scopo di consentire al destinatario la comprensione dell'oggetto della negoziazione, per pervenire all'ulteriore obiettivo di permettere la formazione di una corretta volontà contrattuale.

Attualmente il consumatore necessita del diritto dell'informazione. Ed anzi, la politica *Consumer Rights* si dirige sempre più verso una tutela intesa a predisporre attività e a definire azioni da intraprendere per ridurre le asimmetrie che affliggono la domanda.

Trasmettere informazioni rappresenta un importante strumento di perequazione, come tale volto a ri-equilibrare situazioni asimmetriche tra loro.

Data la rilevanza della funzione, allora, non si considererà più il solo contratto, bensì anche le fasi precedente e successiva al momento di formalizzazione delle scelte, quali aspetti di una operazione unitaria.

È però necessario salvaguardare un equilibrio nella diffusione delle informazioni ai consumatori: una asimmetria può essere causata non soltanto dalla carenza informativa, ma anche da un eccesso di dati e informazioni.

Pertanto, dovrà essere correttamente vagliata l'esigenza ravvisata in capo ai consumatori di ricevere un adeguato livello di protezione, secondo le caratteristiche della categoria, in

²¹⁵ C. VON BAR – E. CLIVE – H. SCHULTE-NOLKE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Berlin, 2009.

²¹⁶ P. GALLO, *Il contratto*, cit., pp. 308 ss.

generale, le specifiche competenze e capacità del singolo nel caso concreto, ed in relazione all'ambito entro cui si svolge l'operazione negoziale, che può anche essere connotato da profili innovativi o tecnologici.

Invero, si reputa che il diritto all'informazione pre-contrattuale, insieme al diritto all'educazione, sia tra i diritti fondamentali riconosciuti in capo ai consumatori, così come previsto dal Legislatore sovranazionale nei testi di diritto derivato *ad hoc* emanati nel settore dei contratti dei consumatori.

Il Codice del consumo dedica a “*Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*” la Parte II: l'art. 4 è intitolato specificamente all’“*Educazione del consumatore*”, e il Titolo II (artt. 5 ss.) è rubricato “*Informazioni ai consumatori*”, queste ultime consistenti nella informazione accompagnatoria dei prodotti, ed il cui Titolo III afferisce alle pratiche commerciali scorrette nonché alla pubblicità (artt. 18 – 32).

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo²¹⁷, una recente modifica al Codice del consumo ha portato l'attenzione sugli obblighi informativi in caso (soprattutto) di contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali. Ebbene, l'elenco di informazioni elencate agli artt. 48 e 49 Cod. cons. permettono di comprendere la portata della tematica. Se ne può forse dedurre un generale obbligo di informazione, che si affianca alle ipotesi specificamente previste dal Legislatore, adatto a qualunque operazione economica, a prescindere dalle caratteristiche sue proprie.

Gli obblighi generali di informazione sono disciplinati all'art. 5, Capo I, Titolo II, il cui (già citato) comma 3 afferma che le informazioni, qualunque ne sia la fonte, devono essere espresse chiaramente ed in modo tale che il consumatore le comprenda appieno.

È il secondo comma però a specificare il contenuto essenziale degli obblighi informativi, costituito dalle notizie concernenti sicurezza, composizione e qualità dei prodotti.

Con l'avvento delle discipline in materia, ad esempio, di pubblicità commerciale, contratti conclusi a distanza e fuori dei locali commerciali, commercio elettronico, il tema del diritto all'informazione si è evoluto al punto da prevedere sul professionista financo un “obbligo di consiglio” verso il consumatore, mediando quindi tra le informazioni relative al prodotto o al servizio e gli indici esterni percepibili dal pubblico.

²¹⁷ V. Cap. IV, parr. 2 ss.

Ebbene, nell'educazione si individua un nuovo diritto (ed anzi, come prima accennato, un diritto fondamentale) del consumatore, necessario affinché lo stesso diritto all'informazione non si tramuti in una mera clausola di stile.

Fermi i rilievi che precedono, tuttavia, più l'informazione è ampia, più essa si può prestare a diverse interpretazioni.

Nella fase procedimentale dell'*iter* di conclusione di un contratto specifici obblighi di comunicazione rispondono all'esigenza di correttezza e di tutela dell'affidamento della controparte: si pensi all'art. 1326, comma 3 cod. civ., o, ancora, al dovere di pronto avviso dell'iniziata esecuzione del contratto nel caso di prestazione che, su richiesta del proponente, per la natura dell'affare o secondo gli usi, debba eseguirsi senza una previa risposta nel caso del contratto concluso mediante inizio di esecuzione di cui all'art. 1327 cod. civ.

La giurisprudenza ha spesso fornito elementi a favore della centralità degli obblighi di informazione in ambito contrattuale, fino ad arrivare a considerare anche il dolo omissivo quale fonte di possibile annullamento del contratto *ex art.* 1439 cod. civ., quantomeno ove si accompagni ai raggiri e sia consistito nel tacere circostanze, che, in quanto fondamentali nella determinazione negoziale, avrebbero dovuto essere rese note a controparte in base al principio di buona fede.

Ebbene, in tale contesto, la Legislazione speciale comunitaria è stata dirimente: essa infatti ha mutato i caratteri degli obblighi di informazione nella materia contrattuale così come tradizionalmente conosciuti.

Nello specifico, sono stati fissati alcuni aspetti fondamentali sul piano della costruzione del regolamento negoziale al fine di pervenire ad una trasparente e corretta contrattazione con il consumatore: tra questi è possibile menzionare l'inderogabilità *in peius* della disciplina legale, a pena di nullità attivabile dal solo contraente debole e limitata alle sole clausole fonti dello squilibrio, ed altresì il riconoscimento *ex lege* di un diritto di recesso di pentimento senza doverne specificare le motivazioni o, per questo, subire alcuna penalità. Pertanto, è registrabile un rinnovato interesse per gli obblighi di informazione nella fase pre-contrattuale, che mira a ri-equilibrare la posizione del consumatore sotto il profilo delle informazioni disponibili.

2.1. Il contenuto degli obblighi di informazione.

Una volta sottolineata la rilevanza assunta dall'informazione, e dai conseguenti obblighi informativi, è necessario vagliare i contenuti di questi ultimi.

Nell'opera di selezione delle circostanze che devono essere oggetto di comunicazione sono stati infine impiegati criteri distintivi molto generici, tra cui la qualità dei contraenti, la natura del contratto²¹⁸, o ancora le circostanze in cui quest'ultimo è stato stipulato, posto che in alcuni casi *“la maggiore competenza e specializzazione di una parte rispetto all'altra, la necessità di speditezza, la frequenza sempre crescente di contrattazioni a distanza e la conseguente difficoltà di effettuare controlli e accertamenti di persona, sono tutti elementi che concorrono a creare situazioni di evidente sperequazione”*²¹⁹.

Ebbene, gli obblighi di informazione riguardano essenzialmente l'oggetto del contratto, l'identità del professionista, i diritti di competenza del consumatore ed il costo complessivo dell'operazione.

In merito all'oggetto del contratto, è necessario descrivere in modo analitico e dettagliato il bene o il servizio considerato, e questo in particolare per le contrattazioni in cui, per la natura del bene o per la modalità di contrattazione, il consumatore acquista “alla cieca”.

Ulteriori obblighi informativi riguardano l'identità del professionista, l'ubicazione della sede legale dell'operatore commerciale, determinate notizie sulla sua professionalità (ad esempio sulla eventuale iscrizione in albi o in elenchi).

Ancora. Il consumatore deve conoscere il prezzo del bene o del servizio e tutti gli altri oneri accessori a suo carico (quali tasse e contributi di spesa). In proposito, il prezzo del bene, di per sé, è scarsamente indicativo, potendo infatti essere affiancato da altri importi in grado di condizionare il giudizio sulla convenienza dell'operazione. Proprio per esigenze di chiarezza sul punto, in tutte le normative di settore a livello eurounitario sono previsti specifici obblighi di informazione ante-stipulazione: ai sensi dell'art. 2, lett. c), Cod. cons., infatti, la parte professionale deve fornire una completa informazione circa il costo effettivo dell'operazione, comprensivo del prezzo e delle voci di spesa (di ogni natura e specie) previste dal contratto.

²¹⁸ Esemplificativamente, i contratti di tipo gestorio sembrano richiedere uno scambio di informazioni di tipo e intensità differenti rispetto a quelli di scambio.

²¹⁹ M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1088.

Come già sottolineato, il Codice del consumo dedica particolare attenzione al tema dell'informazione ai consumatori, all'interno del Titolo II, Parte II. Ed infatti, sul piano normativo, il Titolo II introduce la disciplina delle informazioni ai consumatori: nello specifico, l'art. 5 ha carattere generale (appunto rubricato "*Obblighi generali*"); il Capo II (artt. 6 ss.) contiene norme relative alla indicazione dei prodotti; infine, il Capo successivo include norme sull'indicazione dei prezzi per unità di misura.

Ebbene, se ne ricava che lo scopo della disciplina sulle informazioni consista nel ridurre le asimmetrie informative sussistenti tra le parti del rapporto di consumo.

Del resto, la trasparenza del (e sul) Mercato, così come il consenso informato delle parti, sono fondamentali per l'efficienza economica. Per raggiungerla, i consumatori che operano in tale contesto devono avere a disposizione le informazioni necessarie a permettere loro di confrontare le offerte e poi scegliere la migliore tra queste.

Costoro devono essere resi edotti dei termini dello stipulando rapporto contrattuale, e poiché, spesso, procurarsi tali informazioni risulta oneroso e costoso per il consumatore, egli normalmente conclude il contratto di consumo senza prima aver acquisito una piena consapevolezza in ordine a tali elementi.

Se questo è vero, il consumatore non potrà realmente confrontare le offerte e scegliere la migliore, ossia, in definitiva, non sarà in grado di effettuare un acquisto consapevole e razionale.

Per tale motivo il diritto all'informazione costituisce un pilastro essenziale del diritto dei contratti e dell'organizzazione del Mercato medesimo. Si comprende, pertanto, che gli obiettivi di tutela del Mercato e della parte debole del rapporto contrattuale coincidano: l'informazione è strumentale alla concorrenza, in quanto i consumatori sono in grado di premiare le imprese più efficienti solo se posti a conoscenza di tutti i fattori di qualità e di prezzo, nonché di tutte le condizioni contrattuali.

In tal modo si perviene ad una riduzione delle asimmetrie informative, che di per sé tutela l'autonomia negoziale del contraente debole ed altresì la sua libertà di scelta, così riequilibrando le posizioni contrattuali²²⁰.

Considerando nello specifico gli articoli sopra citati, ed *in primis* l'art. 5, comma 2, esso individua il contenuto essenziale degli obblighi informativi, tuttavia afferenti al prodotto

²²⁰ G. TADDEI ELMI, Art. 6, in G. VETTORI (a cura di) *Codice del consumo*, Padova, 2007, pp. 76 ss.

oggetto del contratto: è possibile definire “difettoso” un prodotto che non offra la sicurezza legittimamente prospettabile in virtù di determinati requisiti quali le caratteristiche evidenti *prima facie*, le avvertenze fornite, l’uso al quale il prodotto è ragionevolmente destinato, nonché i (prevedibili) comportamenti dei destinatari del prodotto.

Quanto alle informazioni sulla qualità “*queste appaiono marcatamente facoltative dal momento che è interesse dell’impresa renderle note. (..) Il comma 3 dell’art. 5 impone in via generale l’obbligo di fornire le informazioni in modo chiaro e comprensibile, al fine di assicurare la consapevolezza del consumatore. (..) l’informazione deve essere adeguata, cioè non solo in grado di orientare il consumatore nella sua scelta, ma anche completa, comprensibile, non fuorviante. Inoltre la pubblicità, intesa come tecnica di comunicazione deve essere corretta, espressione quest’ultima, più ampia di quella di ‘non ingannevole’ con conseguente necessità di un controllo non circoscritto al solo potenziale decettivo del messaggio e della sua veridicità, ma esteso alla conformità delle indicazioni offerte, alla realtà del prodotto o del servizio e alle modalità di diffusione del messaggio.*”²²¹.

Le informazioni devono essere trasmesse al consumatore in modo chiaro (sotto l’aspetto del modo in cui si presentano) e comprensibile (quanto alla loro intelligibilità), caratteri questi da valutare in relazione alla tecnica di comunicazione impiegata, alle modalità di conclusione del contratto stesso ed alle caratteristiche del settore.

Il comma 3 non individua specificamente il soggetto sul quale ricade l’obbligo informativo ma individua una responsabilità diffusa di “chiunque” fornisca informazioni. “*Si tratta di una norma di chiusura, che individua un principio generale che sta alla base di tutte le norme in tema di informazione e che indica la loro finalità essenziale. Essa, pertanto, in primo luogo può servire come guida interpretativa nell’applicazione delle altre norme specifiche e, in secondo luogo, potrebbe trovare applicazione diretta quando manchi una disciplina puntuale.*”²²².

Invece, con riguardo all’art. 6, rubricato “*Contenuto minimo delle informazioni*”, è bene riportarne il testo poiché si tratta dell’elenco minimo di informazioni sul prodotto necessario affinché questo possa essere commercializzato. Infatti, il Codice del consumo statuisce che “*i prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore,*

²²¹ F. CASTELLOTTI, Art. 4, in F. CAMILLETTI (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Roma, 2008, pp. 43 – 44.

²²² F. CASTELLOTTI, *cit.*, p. 44.

commercializzati sul territorio nazionale, devono riportare in modo chiaramente visibile e leggibile almeno le indicazioni relative a:

a- la denominazione legale o merceologica del prodotto;

b- il nome o la ragione sociale o il marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea;

c- il paese di origine se situato fuori dall'Unione europea;

d- l'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente;

e- i materiali impiegati e i metodi di lavorazione ove questi siano determinati per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto;

f- le istruzioni, le eventuali precauzioni e la destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto.”.

Anzitutto, deve essere indicata la denominazione legale o merceologica del prodotto (lett. a)), indicata in disposizioni normative oppure da usi e consuetudini.

Altrimenti, il prodotto deve essere descritto con riferimento alla sua natura e all'uso cui è destinato.

Le lett. b) e c) sopra citate prevedono come necessario indicare il produttore o l'importatore del prodotto, se stabilito nell'Unione europea, oppure il Paese d'origine, se situato all'estero.

Le rimanenti lettere si riferiscono ad altre informazioni (ad esempio in caso di sostanze o di materiali pericolosi, o qualora siano utilizzati particolari materiali o metodi di lavorazione) nonché ad istruzioni e precauzioni laddove utili ai fini della fruizione e sicurezza del prodotto²²³.

Pertanto, da quanto sopra esposto si ricava come sia la disciplina su educazione e pubblicità sia le norme relative all'informazione (che per vero si differenziano da quelle in materia di pubblicità in quanto impongono al professionista obblighi positivi di comunicazione) tendano all'obiettivo di ottenere una maggiore trasparenza sul Mercato. Come già detto, siffatta condizione sul Mercato, e il conseguente consenso informato delle parti che ivi operano, costituiscono elementi essenziali per giungere ad una condizione di efficienza economica.

²²³ G. TADDEI ELMI, *Art. 6, cit.*, p. 87.

3. Le asimmetrie informative quale situazione fisiologica tipica all'interno dei contratti tra consumatori e professionisti.

Fino ad ora è stato fatto frequente riferimento alle asimmetrie di tipo informativo, che connotano le relazioni contrattuali tra soggetti inquadrabili nelle categorie dei “consumatori” e degli “operatori professionali” (imprenditori o professionisti)²²⁴, e che, come tali, presuppongono una distribuzione diseguale delle informazioni.

Più precisamente, se da un lato sono senza rilievo giuridico informazioni non pertinenti, dall'altro le parti sovente risultano prive delle informazioni invece qualificabili come “rilevanti”.

A differenza di quanto accade per i soggetti operanti professionalmente sul Mercato, per i soggetti che effettuano operazioni soltanto occasionalmente, procurarsi informazioni presenta un costo (spesso) proibitivo, e di difficoltà superiore per il consumatore.

Ne consegue che la stessa distribuzione delle informazioni sia strutturalmente asimmetrica. Ed infatti, i costi che la parte debole (perché) meno informata deve affrontare al fine di colmare il *gap* che la distingue dalla controparte sono tali da rendere pressoché teorica la possibilità che il contratto sia concluso tra soggetti che siano davvero pari tra loro.

Ne consegue un evidente *vulnus* al principio di eguaglianza, il quale costituisce un inderogabile principio di ordine pubblico nell'ordinamento interno: del resto, le asimmetrie informative sono qualificabili come ostacoli di ordine economico-sociale che limitano la libertà e l'eguaglianza dei consociati, così impedendo il pieno sviluppo della persona umana.

Se questo è vero, contro le asimmetrie informative devono necessariamente concentrarsi gli sforzi non solo del Legislatore, bensì anche, da un lato, delle *Authorities* in funzione di regolazione del Mercato, e, dall'altro, della stessa Autorità giudiziaria.

Inoltre, se non ogni distribuzione asimmetrica delle informazioni deve essere valutata in modo negativo, l'espressione “asimmetria” è però generalmente sinonimo di “squilibrio”

²²⁴ In Italia, tra gli altri, v. A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova, 2003, pp. 499 ss.

all'interno dell'operazione negoziale: pertanto, è necessario (tentare di) prevenirne la formazione. In questo senso, proprio le prescrizioni sulla trasparenza delle contrattazioni e sull'informazione del contraente non professionale intendono eliminarla.

Altresì, a causa della condizione di debolezza ravvisata in capo ai consumatori (che si configura come fisiologica e intrinseca per siffatti scambi economici), costoro sono oggi connotati da uno *status* di protezione²²⁵.

Ebbene, la debolezza di una delle parti nell'economia della stipulazione del contratto si ripercuote sull'equilibrio dello stesso, determinandone una alterazione. Ed è proprio siffatta debolezza a comportare la necessità di prevedere obblighi informativi che, nella fase pre-contrattuale, sono finalizzati a evitare ipotesi di asimmetrie (e quindi di squilibrio contrattuale) tra le parti.

Le regole dell'informazione sono imperative e, di conseguenza, l'informazione sui parametri principali non è rimessa alla disponibilità delle parti.

Ciò detto, sono astrattamente ipotizzabili diverse tipologie di condotta integranti la violazione degli obblighi informativi. A fini descrittivi si può distinguere tra:

- a) omissione (pura) delle informazioni dovute,
- b) reticenza, e
- c) comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o false.

In ognuno di tali tre casi sussiste una lesione della libertà negoziale. Ciò è quindi tanto più grave quando si sia in presenza di un contratto asimmetrico, ove il contraente forte deve fornire all'altro tutte le informazioni necessarie affinché possa determinarsi consapevolmente alla stipulazione del contratto.

Anzitutto, ci occupiamo della semplice mancata comunicazione di un dato che si sarebbe dovuto invece comunicare. In questo senso in dottrina si è sostenuto che la sola condotta del tacere dovrebbe essere accompagnata da un artificio affinché si possa fuoriuscire dal solo mendacio, e quindi parlare di dolo. *“E' doloso il comportamento (che, a ben vedere, mal si presta ad essere qualificato come 'puramente omissivo') di chi occulta, di chi cela o nasconde callidamente ad altri notizie e/o informazioni di determinante importanza, al precipuo scopo di indurre in inganno; analogo giudizio non appare*

²²⁵ A partire dalla celebre formula di Henry Maine, *“from status to contract”*, si è parlato di un *“ritorno agli status”*.

estendibile, invece, al semplice contegno ‘negativo’ di chi tace, di chi si astiene dal rivelare – senza l’intenzione, con ciò, di carpire l’altrui consenso – fatti o circostanze anche influenti sulla determinazione del partner precontrattuale.’²²⁶.

In secondo luogo, con il termine “reticenza” si intende la volontaria omissione relativa a elementi che si dovrebbero o potrebbero rivelare, e quindi lo stato soggettivo di chi ha consapevolezza che il mezzo ingannatorio di cui intenzionalmente si serve sia volto a sorprendere ed aggirare la buona fede di controparte, e che agisce sapendo che l’inganno perpetrato è in concreto tale da condizionare la formazione della volontà del *deceptus*.

Pertanto, così intesa, la reticenza ha posto la questione sul suo possibile inquadramento all’interno della figura del dolo: si ritiene che la fattispecie di omessa informazione sia da connettere alla tematica sul dolo contrattuale, in quanto, a riguardo, il dibattito dottrinale è piuttosto acceso, in specie animato da una forte contrapposizione tra chi intende assecondare istanze etiche di tutela della buona fede e chi, per contro, intenderebbe concentrare l’attenzione sul rispetto dei limiti tecnico-giuridici²²⁷.

In terzo luogo, quanto al caso della comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o false²²⁸, la normativa eurounitaria (ma anche interna) prevede la disciplina delle “pratiche negoziali sleali”, oggetto della Direttiva 2005/29/CE e, in Italia, del conseguente D.lgs. n. 146/2007 (foriero degli artt. 18 – 27 Cod. cons.).

La *ratio* di tale direttiva ha avuto riguardo alla tutela del consumatore affinché costui possa assumere decisioni commerciali consapevoli. L’espressione “pratica commerciale” indica qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, compresi la pubblicità e il *marketing*, posta in essere da un operatore professionale (prima, durante o dopo l’operazione commerciale stessa), direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura ad un consumatore di un qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni.

La pratica commerciale è falsa (o idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore) laddove sia tale da alterare sensibilmente la capacità dei

²²⁶ G. GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 282.

²²⁷ M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, pp. 402 – 407.

²²⁸ A. GIANOLA, (voce) *Pratiche negoziali sleali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, agg., 2009, pp. 381 ss.

consumatori di prendere decisioni consapevoli, forzandoli a scelte commerciali che, altrimenti, non avrebbero effettuato.

Invero, è da sottolineare la non influenza della vessatorietà (dello squilibrio) del contratto stipulato dal consumatore laddove sia posta in essere una pratica sleale, in quanto già di per sé contraria alla diligenza professionale e influenzante la decisione commerciale del consumatore.

Ciò detto, quanto alle pratiche commerciali “ingannevoli”, si ritengono tali quei comportamenti accompagnati da informazioni false o inganni comunque idonei ad ingannare il consumatore medio in qualunque modo.

È altresì considerata ingannevole la pratica commerciale che, in concreto e tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, falsi in modo rilevante il comportamento economico del consumatore e includa strategie di *marketing* fonte di confusione con i prodotti o i segni distintivi di un concorrente o che implichi il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare.

Ancora. Oltre alla condotta ingannevole commissiva, la direttiva considera parimenti illecita la condotta ingannevole omissiva, consistente nell’omettere, occultare o presentare in modo ambiguo o incomprensibile informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in quel dato contesto, sempre al fine di assumere una scelta consapevole, così inducendolo ad una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

La valutazione avviene sulla base di tutte le circostanze del caso concreto. Nel caso di invito all’acquisto sono considerate informazioni rilevanti, qualora non già evidenti dal contesto, le caratteristiche principali del prodotto, i dati dell’operatore professionale (come identità, sede e denominazione sociale), il prezzo o la modalità di calcolo di esso, le spese aggiuntive di spedizione e di consegna o il criterio di calcolo di esse; le modalità di pagamento, consegna, esecuzione e trattamento dei reclami qualora esse siano difformi dagli obblighi imposti dalla diligenza professionale; l’esistenza di un diritto di recesso dal contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto.

Concludendo, con riguardo al caso della comunicazione di informazioni fornite da chi è obbligato a farlo, ma che si rivelino (anche *ex post*) false o ingannevoli, oltre alla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, è previsto anche il rimedio consistente nell’attribuire carattere vincolante all’informazione pre-contrattuale, in tal modo impedendo qualsivoglia

vantaggio per l'autore della scorrettezza, che altrimenti potrebbe pretendere di far valere un regolamento contrattuale divergente da quello precedentemente pubblicizzato e concordato con controparte.

Infine, il regolamento potrebbe essere respinto proprio dal consumatore leso dalla comunicazione di informazione inesatta, senza che sia necessariamente esercitato il diritto di recesso (e che quindi sopravvenga lo scioglimento dal rapporto negoziale), bensì mantenendo come efficaci le condizioni stipulate, sia pure da una delle parti non rispettate²²⁹.

4. Dall'informazione al processo decisionale prodromico alla stipulazione del contratto. Gli sviluppi più recenti sul tema.

*Scientia potentia est*²³⁰. In questo aforisma latino è contenuta la *ratio* dell'informazione, e il significato della necessità di una sua diffusione nel panorama delle sempre più numerose operazioni contrattuali odierne.

Negli obblighi informativi si ravvisa il canale per veicolare le informazioni, e conseguentemente la conoscenza stessa: la predisposizione di un obbligo *de quo* è necessariamente posto in capo a colui che detiene l'informazione, perché la produce o l'ha raccolta.

La previsione di siffatti obblighi avrebbe il pregio di comportare una maggiore competitività tra le imprese, rendendo così più confrontabili i beni prodotti e/o i servizi forniti, dovendo tali imprese rendere consci i potenziali consumatori in merito alle caratteristiche di quanto offerto. Riuscire a informare adeguatamente il consumatore indurrebbe l'impresa ad organizzarsi in maniera più competitiva nonché ad acquisire il favore della controparte, che, se soddisfatta, sarà quindi verosimilmente portata a rivolgersi nuovamente alla medesima impresa in futuro.

²²⁹ G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, 2007, pp. 591 – 592.

²³⁰ Si tratta di un aforisma latino traducibile con “sapere è potere”, solitamente attribuito a Francesco Bacone. In merito si ricordi la felice formula di un noto economista, secondo cui “*Non è necessario dover ricordare agli accademici che l'informazione è una risorsa preziosa: la conoscenza è potere*”: G.J. STIGLER, *L'economia dell'informazione*, in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994, p. 217.

Ebbene, ciò detto, la più rilevante distinzione da operarsi all'interno di una analisi che verta sull'informazione pre-contrattuale si concentra sulla finalità concreta in capo all'atto comunicativo.

Nello specifico, l'informazione pre-contrattuale rileva come strumento finalizzato a permettere ad entrambe le parti di un rapporto negoziale l'effettivo esercizio della libertà contrattuale, come tale espressione di autonomia privata.

Dunque, l'attività informativa appare come uno dei mezzi di creazione della conoscenza, al fine di favorire una scelta consapevole da parte del consumatore, che sia in grado di effettuare agevoli comparazioni con altre offerte analoghe presenti sul Mercato, tutte relative ad un prodotto il più possibile rispondente alle sue esigenze.

Ebbene, fino ad ora si è valorizzata l'importanza assunta dal bene giuridico informazione nel contesto del contratto asimmetrico stipulato tra consumatori e professionisti.

Tale rilievo ha portato a considerare come necessaria l'imposizione di un numero di dati e di informazioni sempre maggiore, concretata nella previsione di obblighi informativi in capo al professionista-parte forte nei confronti del consumatore-parte debole.

Eppure, detto ciò, l'aumento della quantità di informazioni a disposizione del consumatore non è stato accolto senza critiche e timori dalla dottrina. In particolare, si è osservato che non sempre la quantità di informazioni sia necessariamente a vantaggio del consumatore: infatti un numero eccessivo di obblighi informativi talora determina situazioni in cui il contraente, già inesperto della materia, diviene destinatario di numerosi dati estremamente dettagliati sul rapporto obbligatorio, non riuscendo a elaborarli (o a farlo in modo adeguato).

Siffatta situazione non comporta, allora, un vantaggio. Anzi: un quantitativo eccessivo di informazioni non acquisibili né ri-elaborabili equivarrebbe a non informare, o peggio, posto che il contraente debole non potrebbe valutare fruttuosamente tali informazioni, financo subendo un pregiudizio (invece di un beneficio) proprio a causa degli obblighi informativi. L'informazione, in sostanza, non è utile se il consumatore risulta cognitivamente incapace di analizzarla.

Di conseguenza, è evidente come il perseguimento degli scopi di tutela posti dal Legislatore (ossia la rimozione delle asimmetrie informative) non possa comportare la sola imposizione di obblighi informativi, dovendo invece accompagnarsi ad altri strumenti di intervento a

posteriori, quali il controllo sulle pratiche commerciali, il diritto di recesso e il controllo sul contenuto del contratto stesso.

Ebbene, come si avrà modo di considerare nel prosieguo²³¹, i comportamenti del consumatore possono essere analizzati tramite il filtro di discipline alternative al diritto, costituenti una vera e propria nuova frontiera. Si tratta della *Behavioural Law Economics*²³² e degli approdi delle stesse scienze cognitive.

La finalità di simili approcci consiste nell'individuare le modalità più efficaci attraverso cui fornire ai consumatori le informazioni di cui avrebbero bisogno, per permetter loro di assumere decisioni pienamente consapevoli.

Riprendendo quanto prima detto, occorre sottolineare come non esista una correlazione pacifica tra i concetti di informazione e consapevolezza: quindi, non sempre avere a disposizione il maggior numero di informazioni possibili consentirebbe ai consumatori di orientarsi verso la decisione migliore possibile per i propri interessi. Esplicativi in tal senso sono gli studi condotti dalla dottrina americana in tema di *information overload*²³³, con la cui espressione si intende “*la situazione di eccesso di informazione a disposizione del consumatore, dal punto di vista della varietà di stimoli attesa al momento del compimento della scelta*”²³⁴.

Sembra quindi evidente che la capacità umana di processare le informazioni risulti limitata²³⁵: fornire ai consumatori un quantitativo di informazioni impossibile da valutare personalmente, rapportandole ai propri bisogni in modo razionale, potrebbe avere conseguenze disfunzionali sul medesimo processo decisionale.

²³¹ Specificamente v. Cap. IV.

²³² R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008.

²³³ V., tra gli altri: N.K. MAHLOTRA, *Information Load and Consumer Decision Making*, in *The Journal of Consumer Research*, 8, iss. 4, 1982, pp. 419 – 430; ID., *Reflections on the Information Overload Paradigm and in Consumer Decision Making*, in *The Journal of Consumer Research*, 10, iss. 4, 1984; R. STAELIN – J.W. PAYNE, *Studies of the information-Seeking Behaviour of Consumers*, in *Cognition and Social Behaviour*, Hillsdale, 1976; J. JACOBY, *Perspectives on a Consumer Information Processing Research Program*, in *Communication Research*, 2, 1975, pp. 203 – 215; ID., *Information Load and Decision Quality: Some Contested Issues*, in *Journal of Marketing Research*, 14, 1977, pp. 569 – 573; J.E. RUSSO, *More information is Better: a Re-evaluation of Jacoby, Speller and Kohn*, in *Journal of Consumer Research*, 1, 1974, pp. 68 – 72.

²³⁴ D. L. SCAMMON, *Information Load and Consumers*, *The Journal of Consumer Research*, vol. 4, iss. 3, 1977, p. 148.

²³⁵ A. DIJKSTERHUIS & N.F. NORDRGRÉN, *A Theory of Unconscious Thought*, in *Perspective on Psychological Science*, 1, iss. 2, 2006; A. DIJKSTERHUIS, *Think Different: The Merits of Unconscious Thought in Preference Development and Decision Making*, in *The American Psychological Association, Journal of Personality and Psychology*, 87, iss. 5, 2004, pp. 586 – 598.

Fermi i rilievi descritti, è evidente allora che il Legislatore debba interrogarsi su quale sia il metodo più utile alla valorizzazione delle informazioni nell'ambito della disciplina consumeristica: i rapidi sviluppi tecnologici dei prodotti aumentano rapidamente il patrimonio informativo che i professionisti potrebbero riversare sui consumatori.

Se questo è vero, è necessario che il Legislatore (a livello eurounitario e nazionale) si interroghi sull'opportunità di selezionare le informazioni maggiormente rilevanti da fornire al consumatore, così da evitare che una legislazione come quella in materia di obblighi informativi, anziché configurarsi nel solo interesse dei consumatori, e (di riflesso) del Mercato, risulti invece controproducente.

Un simile processo di valutazione potrebbe essere compiuto soltanto a livello legislativo (grazie all'opera degli interpreti e delle Autorità di settore), non potendosi invece assumere che il giudice sia tecnicamente idoneo a compiere tale controllo *ex post*.

È pur vero, tuttavia, che le informazioni non costituiscono l'unico parametro in base al quale i consumatori prendono le proprie decisioni: nel compiere le scelte, infatti, essi sono soggetti ad una pluralità di stimoli, esterni o interni, che ne condizionano soggettivamente le preferenze.

In conclusione, la problematica relativa alla condizione di asimmetria tra professionisti e consumatori travalica l'ambito dell'informazione, per approdare su profili ben più evanescenti²³⁶. A riguardo, sarebbe invero necessario operare controlli approfonditi nei confronti dei comportamenti stessi dei professionisti, per individuare il concreto disvalore e la capacità in grado di inficiare i processi decisionali dei singoli individui, a prescindere dalla concreta presenza di un'asimmetria informativa.

²³⁶ T. VORHEES – D. SPIEGEL – D. COOPER, *Neuromarketing: Legal and Policy Issues. A Convington White paper*, 2012 consultabile al sito www.cov.com; J. TRZASKOWSKI, *Behavioral Economics, Neuroscience and the Unfair Commercial Practises Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, pp. 377 – 392; M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2009, pp. 5 – 29.

CAPITOLO III

DALLA RILEVANZA DELLA INFORMAZIONE ALLA PROBLEMATICA DELLA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI PRE-CONTRATTUALI

1. Alla ricerca di un rimedio contrattuale, partendo dalla dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento: netta distinzione o possibile superamento del *discrimen*?

A questo punto della trattazione è bene recuperare la *quaestio* principale sul tema delle possibili conseguenze per i consumatori laddove sia concluso un contratto in violazione di norme prevedenti obblighi informativi.

Come noto, sono i cosiddetti “rimedi” gli strumenti finalizzati a riportare la vittima di un vizio collegato ad un abuso di debolezza contrattuale nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso il contratto difettoso²³⁷. Del resto, si rammenti che “*Il cuore del diritto civile è il contratto. E il cuore del contratto sono i rimedi contrattuali.*”²³⁸.

Di qui si ricava l’importanza di prevedere un rimedio a tutela della situazione giuridica soggettiva ritenuta lesa.

Ebbene, obiettivo della presente Prima Parte della tesi è quello di analizzare nello specifico quali siano i rimedi contrattuali possibili a fronte della violazione di norme contenenti obblighi informativi pre-negoziali, a partire dall’intenso dibattito sviluppatosi in merito, fino alle modifiche operate dalla Direttiva 2011/83/UE, quantomeno negli auspici e, più in concreto, secondo il nuovo assetto dei riformati artt. 48 – 49 Cod. cons.

Una volta considerato il panorama dei rimedi *de quibus*, così come articolato tra dottrina e giurisprudenza, sarà necessario concentrarsi sui testi delle due attuali norme del Codice del consumo appena citate, rilevando se di vero e proprio “*restyling*” della tutela consumeristica sia effettivamente possibile parlare.

²³⁷ A. GIANOLA, (voce) *Unconscionability*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 2010, p. 1007.

In questo senso, è evidente la funzione riparatoria della responsabilità civile nel nostro ordinamento.

²³⁸ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’amaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 898.

Il termine “rimedio” deriva dal latino *remedium*, letteralmente consistente in uno strumento volto a riparare una situazione negativa. Traslato sul piano della disciplina giuridica consumeristica, il rimedio è quindi approntato al fine di proteggere il contraente debole-consumatore che abbia subito un danno nel complesso ambito del rapporto negoziale. E’ uno strumento di reazione ad un difetto del contratto che lede interessi meritevoli di tutela.

Tale può essere una definizione generale, onnicomprensiva dei rimedi in ambito contrattuale. Nello specifico, come noto, tentando una tassonomia di tali strumenti, è possibile impiegare diversi criteri, quali il modo di attivazione del rimedio, la natura dell’interesse tutelato, il momento di verifica del difetto, o anche distinguerli in base alle conseguenze che ne derivano.

I rimedi, quindi, rappresentano il mezzo su cui è incentrata la protezione della (*rectius*, dalla) debolezza connotante i consumatori nell’ambito dei rapporti negoziali *B2C*.

Ebbene, la problematica relativa ai rimedi deriva dall’esatta riconduzione degli obblighi informativi pre-contrattuali alla categoria delle “regole di validità” oppure a quella delle “regole di comportamento o di condotta”. Infatti, più precisamente, il quesito verte sul se sia qualificabile appunto come “regola di validità” la norma che impone un siffatto obbligo informativo.

Si comprende, allora, come appaia preliminarmente necessario vagliare il tema del *discrimen* tra le due tipologie di regole²³⁹.

Ebbene, le regole di validità sono norme tipicamente formali, quindi espressamente “formalizzate” dal Legislatore: esprimono criteri attinenti alla struttura del fenomeno

²³⁹ La distinzione risale a V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963. Si vedano inoltre: C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, cit.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pp. 599 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., pp. 111 ss.; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 38 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, pp. 46 ss.; G. D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; G. GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 270; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 68; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, pp. 202 ss.

negoziale²⁴⁰. Si tratta di regole che riguardano il contratto inteso come atto, relative dunque alla sua struttura.

Invece, le regole di responsabilità o di correttezza “*si atteggianno (almeno apparentemente) come tipiche ‘clausole generali’, il cui contenuto precettivo non è direttamente indicato dalla legge, ma si desume da forme sociali tipizzate alla stregua di standards comportamentali dai contorni per lo più abbastanza ampi.*”²⁴¹.

Si tratta di regole che si atteggianno come clausole generali finalizzate al rispetto di determinati modelli comportamentali: “*Le regole di validità vedono nell'atto di autonomia un dato oggettivo di valutazione e di qualificazione, laddove le regole di responsabilità richiedono che la condotta sia imputabile al soggetto e che sia sorretta da un preciso elemento psicologico. Si è pertanto indotti a riflettere su una necessaria autonomia dei due tipi di regole. Autonomia che ha portato sicuramente la dottrina tradizionale ad affermare l'esclusione dell'influenza delle regole di responsabilità sulle regole di validità.*”²⁴².

A questo punto è possibile introdurre un ulteriore criterio distintivo per il contratto, sotto il profilo cronologico: oltre ad essere inteso come atto o come rapporto, il contratto è differentemente considerato in base alla fase di riferimento: quella antecedente la formazione del vincolo, quella in cui è ormai un accordo formato, ed infine la fase in cui il contratto è un rapporto da eseguire.

Ciò detto, le regole di validità sono regole di struttura attinenti al contratto come accordo formato, mentre le regole di responsabilità si inquadrano nella fase che precede la formazione dello stesso.

Sul piano del principio generale di buona fede, allora, i riferimenti normativi saranno gli artt. 1337 cod. civ. (buona fede nelle trattative) e 1375 cod. civ. (buona fede nell'esecuzione del contratto).

Ebbene, speculando sul punto, generalmente si ritiene che l'obbligo di *bona fides* (una delle tre clausole generali presenti nel nostro ordinamento) si declini solo in regole di comportamento, con conseguente configurazione di una responsabilità pre-contrattuale da

²⁴⁰ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pp. 156 – 157: “(..) La struttura (..) risulta da quel complesso di disposizioni che contengono la disciplina del negozio, ponendo i requisiti perché esso sia vincolante, in concreto, fra le parti: norme rispetto alle quali si giustifica ancora una costruzione di carattere logico-formale (..)”.

²⁴¹ G. D'AMICO, *Regole di validità*, cit., p. 10.

²⁴² C. CICERO, cit.

contratto valido (come si avrà modo di argomentare più precisamente oltre nel presente lavoro).

Pertanto, in tale ambito, sarebbe chiaro il netto discrimine tra regole di validità e regole di comportamento.

Invero, nonostante gli approdi cui è pervenuta la maggioranza degli Autori, è ancora oggi attuale la questione afferente all'autonomia propria di tali due tipi di regole, ed al conseguente principio di non interferenza tra regole di validità²⁴³, da un lato, e regole di comportamento, dall'altro, nonché al suo possibile superamento²⁴⁴.

²⁴³ Come si avrà modo di approfondire, il principio di non interferenza tra regole di validità del contratto e regole di correttezza è stato oggetto di particolare attenzione in giurisprudenza, soprattutto a partire dagli Anni '90, in special modo nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari.

²⁴⁴ A favore della netta distinzione, in dottrina: V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008, pp. 536 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 40 ss.; ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

In giurisprudenza, v.: Cass., civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 – 26725; Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024; Cass. civ., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contr.*, 2004, pp. 145 ss.; Cass. civ., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, pp. 1479 ss., con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*; Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, pp. 1296 ss.; Cass. civ., 18 ottobre, 1980, n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, pp. 133 ss.

A favore di una commistione tra le due tipologie di regole v.: A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, pp. 535 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, cit., pp. 241 ss.

In senso ancora più netto: G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., passim; V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 586, secondo cui "l'interferenza tra regole di comportamento e responsabilità da un lato e regole di validità dall'altro è presente nel codice e nella giurisprudenza"; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, pp. 418 ss. e 423 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 252: "L'autonomia dei due tipi di regole non ne esclude (...) la complementarità dal momento che non sempre la illiceità dell'atto di autonomia è imputabile in egual misura ai contraenti, costituendo spesso la sua imposizione il risultato della disparità di potere già esistente sul piano economico-sociale fra i soggetti contraenti."; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, pp. 21 ss.; F. PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in R. FAVALE – B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003, pp. 578 ss.; ID., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 953; T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle S.U.*, in *Giust. civ.*, I, 2008, pp. 2785 ss.; I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, pp. 95 ss.; A. FACHECHI, *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012, pp. 339 ss.; F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, pp. 224 ss.

Ed ancora, nel senso della necessità di superare la distinzione *de qua*, v.: F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009, pp. 73 ss., 157 ss.

Ancora. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., pp. 81 ss., spec. p. 81, pur da un lato aderendo alla distinzione prescritta dal principio di non interferenza, ravvisa la necessità di ripensarlo "alla luce sia di dati già da tempo presenti all'attenzione dell'interprete, sia soprattutto di dati nuovi che emergono dai più recenti sviluppi della giurisprudenza e ancor più della legislazione."; p. 82: "All'erosione della barriera che tradizionalmente separa regole di validità e regole di comportamento/risponsabilità concorrono poi certi

L'attualità del tema è determinata soprattutto dal contenuto dei più recenti atti di legislazione eurounitaria, in specie relativi agli obblighi di informazione.

Procedendo con ordine, la linea di demarcazione tra le due categorie di regole appena delineate sarebbe molto netta, e del resto tali differenze appaiono di rilievo, nonostante *“La questione dei rapporti tra i due tipi di regole appare all'interprete subito impervia, giacché riguarda la sensibilità necessariamente diversa e dunque soggettiva di ciascuno con riferimento alla concezione di autonomia negoziale.”*²⁴⁵.

Più precisamente, la dicotomia del sistema è netta, ma non assoluta. *“Affermare che la norma è di validità (e non di comportamento) qualora il Legislatore abbia previsto espressamente l'invalidità come conseguenza della sua violazione è tautologico e inutile. Viceversa il principio di non interferenza, se configurabile, dovrebbe in realtà operare soltanto là dove, in presenza della violazione di una norma imperativa, non è prevista una sanzione di invalidità. In tale ipotesi dovrebbe essere l'interprete, tramite il ricorso al suddetto principio, a scegliere tra risarcimento e invalidità. In altre parole, quindi, il criterio di non interferenza dovrebbe servire unicamente per risolvere i casi dubbi di invalidità virtuale.”*²⁴⁶.

Ebbene, proprio su tali considerazioni deve operarsi un ragionamento. Innanzitutto, è ben possibile affermare che, attualmente, sia qualificata come “norma imperativa”²⁴⁷ anche

sviluppi della giurisprudenza, relativi all'impiego del principio di buona fede contrattuale. (...) giurisprudenze recenti, accogliendo suggestioni dottrinali, cominciano a spostare la funzione del principio di buona fede sul diverso terreno del giudizio di validità/invalidità del contratto. (...) è di fine anni '90 la decisione che dichiara una certa clausola del leasing (che trasferisce a carico dell'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene) invalida, e precisamente nulla, semplicemente perché 'viola il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede' (Cass. n. 10926/1998).”

Autorevole posizione deriva anche da R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, Sacco, Torino, 1993, p. 498.

In giurisprudenza v.: Cass. civ., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.*, 2002, pp. 941 ss.

²⁴⁵ C. CICERO, *cit.*

²⁴⁶ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, 2013, p. 19.

²⁴⁷ In passato si riteneva che una norma potesse ritenersi “imperativa” laddove sia posta a tutela di un interesse generale-pubblico.

Laddove, invece, la tutela fosse rivolta ad un interesse individuale, si sarebbe dovuta negare la natura imperativa, e riconoscerne il carattere dispositivo.

Ciò detto, attualmente la distinzione non è più così netta, ma anzi si è progressivamente assistito ad un'evoluzione del concetto stesso di norma imperativa. Infatti, come si ricava dalla stessa legislazione speciale-consumeristica, le norme imperative sono ivi poste a tutela di interessi privati, determinandosi l'estensione della qualifica “imperativa” ad altre norme che sono dirette alla protezione del singolo contraente.

La tutela corrisponde alla nullità di protezione a favore dei consumatori.

quella volta a tutelare interessi propriamente privati, e non invece soltanto un interesse pubblico (come si riteneva in passato). In tal senso, un forte esempio deriva dalla disciplina consumeristica: in passato si riteneva che essa non avesse natura imperativa perché appunto prevista a favore del singolo contraente debole.

Tuttavia, le violazioni di queste norme giuridiche sono spesso sanzionate con la nullità: l'assunto tradizionale verrebbe dunque meno dinanzi ad alcuni strumenti elaborati dal Legislatore proprio a tutela dei consumatori.

Ed infatti oggi la concezione risulta invertita, e quindi ben possono essere considerate imperative le norme poste a protezione dei consumatori.

È evidente che il problema qualificatorio si ponga laddove per la violazione di una norma, pur imperativa, non sia espressamente previsto un rimedio demolitorio. È appunto in questi casi che l'applicazione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento appare utile: esso, infatti, sancirebbe la differenza tra norme imperative, cui dovrebbe ricollegarsi sempre un rimedio demolitorio, e norme che, pur essendo di carattere imperativo, conoscono, in caso di loro mancato rispetto, un differente rimedio, per lo più risarcitorio.

Tuttavia, nel diritto positivo non v'è norma che sancisca tale seconda affermazione: perfino l'art. 1418 comma 1 del codice civile prevede che il contratto è nullo se “*contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.*”.

Ciò detto, in relazione alla natura delle “norme imperative” ed altresì alla distinzione tra “regole di validità” e “regole di comportamento”, pare tuttavia corretto affermare che qualsiasi norma giuridica, a prescindere dal suo collocamento nell'una o nell'altra di tali ultime categorie, costituisca uno “*strumento di valutazione del comportamento dei consociati*”²⁴⁸. E questo è certamente ovvio per le cosiddette regole “di comportamento”, data appunto la relativa denominazione. Eppure, allo stesso modo si potrebbe dire per le regole di validità: *in primis*, la norma giuridica è elaborata per coordinare tra loro interessi, e quindi bisogni, di più soggetti. Siffatto coordinamento avviene attraverso il “riordino” delle posizioni dei soggetti (specie laddove in conflitto tra loro).

²⁴⁸ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 20.

Ne consegue che il vivere sociale sia, almeno in teoria, ordinato ed altresì controllato mediante le diverse norme giuridiche e le regole da esse derivanti²⁴⁹.

Di più. È stato in proposito rilevato anche che le due categorie di norme imperative non presenterebbero una struttura logica differente, ed anzi entrambe troverebbero fondamento unitario nel principio di buona fede²⁵⁰.

Lungo questa direzione, in dottrina, si è poi valorizzata la considerazione dell'assenza di una norma giuridica che *a priori* preveda come impossibile la conseguenza consistente nella invalidità del contratto concluso a fronte della violazione di una regola di condotta²⁵¹.

Più nello specifico, allora, si tratta di capire se, ed entro quali limiti, alla violazione del generale obbligo di comportamento secondo buona fede possa eventualmente seguire la invalidità del contratto stipulato.

Per vero, il confine tende talora a “scolorire” ad esempio nel caso (emblematico) del dolo determinante del consenso di controparte: anzitutto, laddove vi sia dolo, è delineata una scorrettezza nel comportamento, ma quel che più rileva è che se il dolo sussistente nella fase che precede l'accordo è determinante, esso comporta la violazione di una regola di comportamento che dà la stura al rimedio dell'annullabilità, dunque ad una delle forme di invalidità del contratto.

Ebbene, come noto, al dolo determinante²⁵² segue l'annullabilità del contratto inficiato a fronte del disposto di cui all'art. 1439 cod. civ., in presenza di raggiri tali da indurre la controparte a contrattare mentre, senza di essi, non avrebbe stipulato.

²⁴⁹ A riguardo v. G. D'AMICO, *Regole di validità*, cit., p. 12: “(..) si tratta di chiedersi se alle ‘regole di validità’ possa attribuirsi il significato di fissare (anche), sia pure indirettamente, la soglia della moralità e correttezza che l'ordinamento si preoccupa di garantire in fase di contrattazione, con la conseguenza che, restandosi al di qua di detta soglia, il comportamento sia per il diritto da considerarsi incensurabile (per quanto moralmente riprovevole).”.

²⁵⁰ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., pp. 104 ss. In specie p. 112: le regole di validità e di comportamento “si distinguono solamente per la diversa funzione”, ossia nel primo caso garantire la certezza sull'esistenza dei fatti giuridici, e nel secondo pervenire alla giustizia sostanziale, alla distribuzione di vantaggi e svantaggi derivanti dal contratto, secondo l'onestà di ogni parte.

Nel senso del fondamento unitario, ravvisato però nell'art. 1337 cod. civ., è R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, pp. 355 ss.

²⁵¹ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., pp. 21 ss.

²⁵² C.A. FUNAIOLI, (voce) *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964: “Il *dolus malus determinante (causam dans)* che è causa di annullamento dei negozi, si distingue dal *dolus incidens*, non perché si tratti di una diversa figura di dolo (o solo di una diversa intensità di questo), ma perché diverso è l'oggetto, su cui cadono le conseguenze dell'inganno: occorre infatti, per l'annullabilità, che il dolo (determinante della volontà) cada su un elemento o circostanza essenziale, nel senso che il comportamento o le dichiarazioni in mala fede

E lo stesso vale per l'art. 33 Cod. cons.: in caso di clausole vessatorie stipulate in violazione della buona fede oggettiva, quindi in violazione di una regola di comportamento, è previsto il rimedio della nullità della clausola medesima.

Pertanto, ivi la regola di comportamento comporta le medesime conseguenze di una regola di validità, ed anzi la prima effettivamente diviene una regola di validità. Il Legislatore transcodifica la regola di comportamento pre-contrattuale in regola di validità, ma, se così non fosse stato, essa sarebbe stata una regola di responsabilità.

Tuttavia, in generale, senza una previsione legislativa che qualifichi una regola di comportamento come regola di validità, la norma dovrebbe essere, appunto, una regola di responsabilità, ciò comportando la (persistente) validità del contratto e l'(eventuale) configurarsi di una responsabilità pre-contrattuale.

Ricapitolando, quindi, se anche il Legislatore prevede ipotesi in cui regole di comportamento si tramutano in regole di validità, il principio di non interferenza sarebbe confermato: infatti dall'eccezione si giunge così alla regola.

La questione ha visto coinvolte dottrina e giurisprudenza, tese a valutare se i confini delle due categorie di norme, e soprattutto se i rimedi prevedibili come conseguenza per la loro violazione siano così rigidi e nettamente distinti l'uno dall'altro.

Ad esempio, risposta negativa in merito è stata data, a fine Anni '90 (e come già prima di allora), dalla Suprema Corte di Cassazione²⁵³, intervenuta sulla validità di una clausola inserita in un contratto di *leasing* finanziario, tramite cui l'utilizzatore finale era gravato del rischio della mancata consegna del bene da parte del finanziatore.

In tale occasione il Collegio ha ravvisato una violazione del principio di esecuzione del contratto in buona fede, principio quest'ultimo considerato inderogabile e limitativo dell'autonomia privata: essa sola avrebbe determinato la nullità della clausola inserita *ex art. 1418, comma 1, cod. civ.*, o la inefficacia del contratto o ancora, *ex art. 1419 cod. civ.*,

del deceptor costituiscano in concreto la ragione unica o principale per cui è posto in essere il negozio (il che invece non è richiesto nell'art. 1429 c.c. per l'essenzialità dell'errore)."

²⁵³ Cass. civ., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3081, con nota di A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede, cit.*, p. 24, e di F. SEBASTIO, in *Giust. civ.*, fasc. 12, 1999, pp. 3385 ss.

di singole sue clausole, così trasferendo il principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto²⁵⁴.

Ebbene, su tali disposizioni si articolano le argomentazioni di chi sostiene la sostanziale autonomia tra regole di validità e regole di buona fede²⁵⁵.

Invero, già nella stessa disciplina del Codice del consumo è riscontrabile una certa sovrapposizione tra le due tipologie di regole: ad esempio, *ex art. 33 Cod. cons.*, come testualmente riporta la norma, la buona fede è intesa quale criterio in riferimento al quale deve essere valutata la vessatorietà di una clausola. Nello specifico, la formula adottata dal Legislatore ("*malgrado la buona fede*") è stata oggetto di diverse interpretazioni: una prima tesi (minoritaria) ha sostenuto che una clausola comportante un significativo squilibrio contrattuale sarebbe reputata vessatoria pur se al proponente non fossero imputabili comportamenti contrari alla buona fede pre-contrattuale²⁵⁶. Altro orientamento, invece, ha ritenuto che siffatta disposizione dovesse valutarsi nel senso che la clausola è "vessatoria" laddove il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi si mostri contrario a buona fede, comportando la possibilità di dichiarare la nullità (di protezione) delle clausole *ex art. 36 Cod. cons.*

Se questo vale nell'ambito consumeristico, si deve più specificamente trattare del contesto giuridico in cui maggiore è stato dibattuto il tema delle regole di validità e di condotta: quello dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari.

Nel solco degli scandali avvenuti negli Anni '90 (relativi ai *bond* argentini e alle obbligazioni Cirio e Parmalat), l'attenzione è stata concentrata sulla posizione di investitori e risparmiatori che all'epoca subirono ingenti danni economici, e le cui pretese si fondavano proprio sulla asserita nullità dei contratti di intermediazione ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ.

La responsabilità era ravvisata in capo agli intermediari finanziari, che non avevano rispettato il T.U.F. e il Regolamento Consob 1° luglio 1998, n. 11522, attuativo del primo.

²⁵⁴ V. ROPPO, *Contratti di diritto comune, del consumatore, con asimmetria di potere contrattuale*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 82.

²⁵⁵ Vedi, fra tutti, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit.; M. MANTOVANI, "*Vizi incompleti*" del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 2.

²⁵⁶ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 543.

Ai sensi dell'art. 21 del T.U.F. si ricavano gli obblighi a carico degli intermediari, i quali devono *in primis* comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nonché acquisire le informazioni necessarie dai clienti, e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati (lett. b)).

Su queste premesse si è mossa la maggior parte della successiva giurisprudenza di merito, formandosi però un variegato ventaglio di rimedi.

Ciò fa comprendere come la questione, nonostante la connotazione marcatamente finanziaria, in realtà abbia in sé complesse implicazioni sul fronte civilistico, e implichi conseguenze da considerare entro il contesto del contratto medesimo e dei rimedi contrattuali²⁵⁷.

Le menzionate complesse questioni hanno, com'era evidente, richiesto infine l'intervento della Corte di Cassazione, di cui si devono ricordare (quantomeno) tre pronunce, tutte comprese tra gli Anni 2005 e 2007.

In primo luogo, con la sentenza n. 19024/2005²⁵⁸, il Collegio ha affrontato temi quali la nullità virtuale per contrarietà a norme imperative, il principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento, al contempo analizzando l'area della responsabilità pre-contrattuale e dell'entità del danno risarcibile.

In questa occasione si è colta l'occasione per chiarire, anzitutto, i confini di operatività della nullità "virtuale" ex 1418, comma 1, cod. civ., affermando che tale rimedio postula che la contrarietà a norme imperative "*attenga ad elementi 'intrinseci' della fattispecie negoziale,*

²⁵⁷ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'"ambaradan" dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 898.

²⁵⁸ Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, pp. 1105 ss.; in *Danno e resp.*, 2006, 1, pp. 25 – 36, con commento di V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *I contratti*, 2006, 5, pp. 446 – 459, con commento di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897 – 916, con commento di E. PASSARO, *"Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897 – 916; con nota di GENOVESI, in *Corr. giur.*, 2006, p. 670, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*.

Conf. nella giurisprudenza di merito: Trib. Trani, 6 marzo 2007; Trib. Bergamo, 26 giugno 2006, su *ilcaso.it*; Trib. Foggia, 30 giugno 2006, in *Contratti*, 2007, p. 423, con nota di SCALZO, *La responsabilità precontrattuale dell'intermediario per violazione degli obblighi di informazione*.

In realtà la Cassazione aveva già implicitamente fatto proprio il principio in Cass. civ., 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 89; in *Contratti*, 1999, pp. 329 ss.; in *Danno e resp.*, 1999, pp. 419 ss.

In dottrina, a favore della soluzione qui prospettata, si erano già schierati anche A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974, p. 19; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, in part. pp. 258, 450, 587.

che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, comma 2 c.c.). I comportamenti tenuti dalla parte, invece, rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal Legislatore."²⁵⁹.

Conclusivamente, secondo tale pronuncia, solo la violazione delle regole di validità può giustificare il ricorso alla nullità.

È però necessario, a questo punto, approfondire il significato delle parole impiegate dal Collegio, al fine di comprenderle appieno. Ed infatti, gli "elementi intrinseci della fattispecie negoziale" che, laddove violati, comportano nullità virtuale, sono relativi tanto alla struttura quanto al contenuto del contratto²⁶⁰.

Nello specifico, si deve analizzare il riferimento al "contenuto" del contratto, posto che le violazioni influenti sulla "struttura" darebbero luogo a nullità appunto strutturale (art. 1418, comma 2, cod. civ.)²⁶¹, così finendo per erodere l'ambito delle nullità virtuali²⁶². È pur vero però che *"la vicinanza tra le disposizioni del comma 1° e del comma 2° dovrebbe portare ad escludere che tra il contratto contrario a norme imperative ed il contratto con causa ed oggetto illeciti vi possa essere identità di nozione, dal momento che una ripetizione di norme in successione apparirebbe anche quanto mai illogica"*²⁶³.

Al contempo, la distinzione tra le due nullità di cui al comma 1 e al comma 2 dell'art. 1418 cod. civ. assume rilievo non solo a livello astratto ma anche sul piano della disciplina: infatti, il comma 2, omettendo l'inciso *"salvo che la legge disponga diversamente"* di cui

²⁵⁹ La pronuncia della Suprema Corte si pone, pertanto, in netto contrasto con quei suoi stessi precedenti in cui, invece, aveva ammesso la configurabilità della nullità del contratto per contrasto con regole di buona fede (Cass. civ., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151 e Cass. civ., Sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926).

²⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536.

²⁶¹ V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 32; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 540. Al riguardo anche G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., p. 732.

²⁶² La *ratio* delle nullità virtuali è comminare l'invalidità per violazioni di norme imperative quando ciò non sia esplicitato dal Legislatore.

²⁶³ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 126. Al riguardo, A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO – G.B. FERRI – M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, nel Tratt. Dir. Priv., diretto da M. Bessone, Vol. XIII, t. VII, Torino, 2002, p. 74.

al comma 1, non permette all'interprete di escludere la conseguenza della nullità. Se, invece, si ricade nell'ambito di applicazione del comma 2, il contratto è sempre nullo.

Tale differenza nell'offrire autonoma rilevanza all'interpretazione del comma 1 dell'art. 1418 cod. civ. conferma l'opportunità di distinguere il caso in cui il contratto sia contrario a norme imperative da quelle ipotesi in cui il contratto risulti nullo per illiceità della causa o dell'oggetto.

Inoltre, la disciplina del contratto illecito può essere peggiore rispetto alla disciplina riservata al negozio nullo ma non illecito, come confermato da diverse norme quali gli artt. 1972, 2126 o 1417 cod. civ.

Il contrasto con una norma imperativa (da cui scaturisce nullità di tipo virtuale) dovrebbe riguardare altri elementi del regolamento contrattuale, non la causa o l'oggetto (il riferimento è ad esempio alla situazione in cui il contratto sia proibito solo entro certi limiti o entro certe condizioni).

Specificamente, in relazione allo spazio applicativo del rimedio della nullità virtuale²⁶⁴, si deve ricordare come in dottrina si sia sostenuto che *“l'art. 1418, co. 1, c.c., è comunque in grado di assolvere la funzione, a esso storicamente assegnata dai suoi compilatori, di norma generale di chiusura volta a disciplinare le conseguenze della violazione di divieti legali privi di un'espressa comminatoria circa la sorte del contratto vietato, attraverso la previsione di una «ragione autonoma» di nullità, diversa da quelle già riconducibili ai concetti di illiceità della causa e/o dell'oggetto”*²⁶⁵ ed inoltre che *“il contrasto con norme imperative può riguardare anche altri elementi del regolamento contrattuale come ad esempio avviene nel caso in cui le parti abbiano violato un divieto soggettivo di contrarre che proibisca un determinato assetto negoziale non in termini assoluti, ma solo in quanto ad esso prendano parte soggetti privi di determinati requisiti ed abilitazioni”*²⁶⁶.

Successivamente, la Corte di Cassazione²⁶⁷ ha opinato in senso differente, sostenendo che nella legislazione speciale si possa assistere ad un progressivo superamento della netta distinzione tra regole di responsabilità e regole di validità, posto che, spesso, a fronte della

²⁶⁴ V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, pp. 29 ss., in *Danno e Resp.*, 2006, 1.

²⁶⁵ A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 1, 2008, pp. 107 – 122, ma anche la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite si esprimerà nello stesso senso nella sentenza 19 dicembre 2007, n. 26724.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Cass. civ., (ord.) 16 febbraio 2007, n. 3683.

violazione di doveri di comportamento è dalla legge previsto il rimedio della nullità dell'atto.

In seguito, nel 2007, le Sezioni Unite sono state sollecitate sul contrasto tra gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, in relazione alla configurabilità o meno della nullità virtuale a fronte della violazione degli obblighi di informazione. Il Collegio si è pronunciato a riguardo, nel suo più autorevole consesso, il 19 dicembre 2007 con le due sentenze gemelle nn. 26724 e 26725²⁶⁸.

Le decisioni *de quibus* assumono come punto di partenza la previa Cass. civ. n. 19024/2005, sostanzialmente confermando quanto da questa affermato, ossia che “(..) *il dovere di buona fede e i generali doveri di comportamento sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.*”.

Infine, una evidente prova del superamento della rigida linea di demarcazione tra regole di validità e regole di correttezza può essere offerto dalla *quaestio* inerente al tema della caparra confirmatoria²⁶⁹. Ivi è stato attribuito al giudice il potere di sindacare l'equilibrio della stessa, *ex art.* 1418 cod. civ. e per il tramite dell'art. 2 Cost.

La Corte costituzionale ha appunto precisato che tale ultima disposizione entri direttamente all'interno del contratto, in combinato con la clausola generale della buona fede stessa.

In proposito, e specificatamente quanto al tema sulla meritevolezza delle clausole *claims made*²⁷⁰, le Sezioni Unite della Cassazione sono state parimenti sollecitate a intervenire.

²⁶⁸ Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Diritto fallimentare*, 2008, pp. 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*; in *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 2785 ss., con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2008, pp. 604 ss., con nota di F. BRUNO, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*; in *Le Società*, 4, 2008, pp. 455 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Foro it.*, 2008, pp. 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2, 2008, pp. 104 – 108.

²⁶⁹ Si tratta dell'ordinanza della Corte costituzionale, 2 aprile 2014, n. 77, in *Contratti*, 2014, pp. 927 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*.

²⁷⁰ Cass. civ., Sez. III, ord. 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 3, 2018, pp. 901 ss., con nota di P. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*.

Ebbene, il richiamo al principio di solidarietà sociale nella clausola di buona fede pare contrastare con il pacifico orientamento che riconosce la netta alternatività tra regole di validità e regole di condotta, relegando il parametro della correttezza alla seconda di tali categorie.

Se questo è lo stato dell'arte sul piano giurisprudenziale quanto alla violazione delle regole di comportamento, è comunque possibile anticipare un dato che sarà in seguito ripreso e ulteriormente approfondito: sembra potersi sostenere che anche in presenza di chiare regole di invalidità testuale si ponga l'esigenza di considerare il caso concreto, non essendo possibile prescindere dalla concretizzazione e dal controllo di conformità del rimedio rispetto all'interesse che tale rimedio deve soddisfare²⁷¹.

In conclusione, la possibilità che la violazione di una regola di comportamento dia luogo a nullità parrebbe essere stata addirittura implicitamente riconosciuta.

Pertanto, a fronte di tale ultima considerazione, è necessario vagliarne la fondatezza (constatata l'assenza di norme *ad hoc* che vi si riferiscano), mantenendo fermo il bisogno di argomentare una simile eventuale conclusione, soprattutto al fine di confermarla, pur prospettandone i limiti, o di negarla, aprendo ad altre considerazioni, ed infine sempre guardando ai futuri approdi prospettabili a livello legislativo, tanto eurounitario quanto interno.

2. Introduzione alle diverse tesi elaborate a fronte della violazione di norme contenenti obblighi informativi.

Fermi i rilievi di cui sopra, una considerazione risulta fondamentale: infatti, nonostante l'autorevolezza della sopra richiamata pronuncia a Sezioni Unite²⁷², essa non solo per questo deve essere *ipso facto* accolta. Piuttosto, sono fondamentali analisi ragionate (financo eventualmente sfocianti in critiche) che ne confermino, o meno, l'orientamento.

²⁷¹ In questo senso vedi G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., pp. 36 ss.

²⁷² Si tratta, come ormai già ribadito, di Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

Pertanto, in tale prospettiva, dottrina e giurisprudenza dovrebbero oggi evitare di seguire siffatto percorso argomentativo ciecamente confidando nella bontà della relativa decisione. Soprattutto, in specie a fronte del recente intervento in tale ambito da parte del Legislatore eurounitario²⁷³, risulta evidente la rilevanza attuale del tema.

Quindi, oltre alle conseguenze prospettabili in caso di norma di comportamento violata durante le trattative, dovrà altresì prendersi in considerazione l'ipotesi in cui tale contrasto (appunto nei confronti di una regola di condotta) non resti relegato alla fase pre-contrattuale ma anzi penetri l'area del valore, "colorando" l'assetto del regolamento di interessi stabilito tra le parti, così andando ad alterare struttura e funzione del contratto medesimo²⁷⁴.

Ciò detto, appare evidente l'utilità di analizzare, in primo luogo e singolarmente, le diverse tesi sostenute in merito al possibile rimedio da attivare per violazione di una norma imponente un obbligo di informazione pre-contrattuale.

Con riferimento specifico ai paragrafi 2.1. e 2.2., si precisa che, pur non avendo l'ordinamento giuridico predisposto una disciplina di parte generale dedicata alla invalidità del contratto, l'appartenenza di nullità e annullabilità ad un *genus* comune si giustifica in quanto entrambe costituiscono rimedi ad una anomalia genetica del contratto: rispettivamente, la nullità risponde ad un vizio strutturale o funzionale della fattispecie; la annullabilità, invece, alla probabile assenza dell'interesse di un soggetto al negozio.

Nel paragrafo 2.3., in contrapposizione quanto a *ratio* ed effetti rispetto a tali prime due tesi, sarà approfondito l'orientamento oggi dominante, imperniato sul rimedio del risarcimento del danno subito, in ottica riparatoria, previsto al fine di eliminare le conseguenze lesive dell'asimmetria informativa contrattuale.

2.1. Il rimedio della nullità: configurabilità di una nullità di protezione virtuale.

²⁷³ Cap. IV del presente lavoro.

²⁷⁴ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 47; ID., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 102.

Da quanto premesso, attualmente risulta sempre più necessario operare un controllo giudiziale incisivo sul regolamento negoziale concluso tra soggetti dotati di diverso potere contrattuale nella fase delle trattative.

Ratio ultima è quella di impedire che assumano effetti giuridicamente vincolanti clausole frutto di un esercizio abusivo dell'autonomia privata da parte del contraente più forte coinvolto nell'operazione negoziale: con ciò, infatti, si confermerebbe l'ammissibilità di un controllo sulla cosiddetta "giustizia" del contratto²⁷⁵.

Il riferimento normativo è all'art. 1337 cod. civ., di cui è evidente il progressivo rilievo assunto quale meccanismo di controllo dell'equità delle contrattazioni, in specie tra soggetti dotati di differente potere economico.

In merito, l'approdo che sembra più di ogni altro quivi utile sottolineare è quello afferente alla nuova frontiera della norma *de qua*: infatti, se da un lato si è abbandonata la posizione sulla (presunta) incompatibilità tra responsabilità pre-contrattuale e conclusione di un contratto valido, dall'altro si è anche sostenuto che la violazione della buona fede nella formazione del contratto sia non solo fonte di responsabilità pre-contrattuale (con conseguente diritto al risarcimento del danno) ma che possa financo rilevare sul piano della validità del contratto.

*** o ***

A partire dalla fine degli Anni '90 del XX secolo, il Legislatore ha iniziato ad applicare la nullità del contratto in caso di violazione di regole di comportamento²⁷⁶. In questo senso possono ricordarsi l'art. 30, comma 7, T.U.F., l'art. 2, D.lgs. n. 122/2005, l'art. 7, comma 3, D.lgs. n. 427/1998, l'art. 16, comma 4, D.lgs. n. 190/2005, l'art. 76, D.lgs. n. 206/2005; ed infine l'ex art. 52 Cod. cons., che prevedeva la nullità del contratto qualora "*l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata*" non fossero dichiarati "*in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore*".

²⁷⁵ In dottrina, tra gli altri, v. R. SACCO, (voce) *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, I, Torino, 2012, pp. 534 ss.; F. VOLPE, (voce) *Contratto giusto*, *ibidem*, *agg.*, I, 2007, pp. 384 ss.

²⁷⁶ P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002, pp. 219 ss., e p. 275 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*.

Ad oggi, per vero, dottrina e giurisprudenza prevalenti continuano ad affermare che qualsiasi violazione di un obbligo di correttezza mai possa comportare, senza un'espressa previsione di legge in tal senso, la invalidità del contratto.

Tuttavia, come già accennato²⁷⁷, spesso si registra una adesione “cieca” a tale ultimo orientamento, rischiando così di dar vita ad “*un atteggiamento pericoloso: quello di chi, pur di fronte a certe spinte del diritto europeo già pienamente riscontrabili, rimane legato ad alcune risalenti soluzioni per comodità o per un culto del passato, dimostrando così un immobilismo ermeneutico lesivo della dinamicità del diritto del sistema giuridico.*”²⁷⁸.

La tesi che reputa ammissibile il rimedio della nullità²⁷⁹ afferma che una regola di condotta possa talvolta intervenire sul processo di formazione del regolamento di interessi tra le parti (e cioè su struttura e funzione del contratto), alterandolo²⁸⁰.

Ebbene, laddove non esistano norme *ad hoc* in tal senso, per confermare o meno l'assunto dovrà chiaramente operarsi in base ai principi generali dell'ordinamento²⁸¹.

Le Sezioni Unite del 2007 hanno negato tale posizione²⁸² sostenendo che anche ad ammettere che la violazione degli obblighi informativi, previsti in fase pre-contrattuale, sia idonea ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, non sembra possibile ritenere del tutto mancante tale consenso (viziato). Di conseguenza, al più, e

²⁷⁷ V. parte finale del previo par. 1.

²⁷⁸ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 19.

²⁷⁹ In dottrina v. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pp. 489 ss.; F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 193 e 214 ss.

²⁸⁰ In dottrina v. A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, pp. 21 ss., in part. pp. 21 e 25; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”: verso la rilevanza della “congruità dello scambio contrattuale”?*, ibidem, 2001, pp. 611 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 241 ss., in part. pp. 248 e 249; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 787 ss.

In giurisprudenza tale tesi è stata sostenuta quanto all'obbligo di informazione al cliente *ex art. 21, D. lgs. n. 58 del 1998* da: Trib. Mantova, 1° dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 614 ss.; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, *ivi*, pp. 618 ss.; Trib. Parma, 6 luglio 1995, su *ilcaso.it*.

In senso contrario, esemplificativamente, si vedano: Trib. Roma, 25 maggio 2005, su *ilcaso.it*; Trib. Parma, 16 giugno 2005; Trib. Milano, 25 luglio 2005.

²⁸¹ A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 4, 2008, pp. 393 ss.

²⁸² E così anche: Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Guida dir.*, 29/2000, pp. 47 ss.; in *Corr. giur.*, 2000, pp. 1479 ss., con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*; in *Foro it.*, 2000, I, pp. 3495 ss.; in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 2875 ss.; in *Dir. fall.*, 2001, II, pp. 699 ss., con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario, in materia di abuso del diritto di recesso*, e Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, pp. 145 ss., con nota di A. FRANCHI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*.

sempre qualora ricorrano le condizioni *ex artt.* 1427 ss. cod. civ., potrà essere domandata (soltanto) la annullabilità²⁸³.

Pertanto, secondo il ragionamento della Cassazione, in una situazione simile, nonostante il consenso disinformato, il contratto sarebbe voluto comunque, poichè dalla prospettazione della fattispecie emerge che il consumatore avrebbe concluso il contratto, anche se a condizioni diverse (più favorevoli). Di conseguenza, il contratto non deve essere caducato, bensì mantenuto.

La Corte, quindi, applica pedissequamente la tesi secondo cui vi è nullità ove manchi del tutto il consenso (mentre si delinea annullabilità ove il consenso sussista, pur se viziato).

In ogni caso, se gli argomenti delle pronunce a Sezioni Unite di cui si discorre hanno per certo escluso la nullità assoluta, per vero altrettanto non può dirsi, invece, della nullità relativa del contratto viziato da disinformazione, o dell'annullabilità per errore essenziale indotto o per conflitto di interessi.

Tale nullità relativa è, specificamente, una nullità di protezione, la cui ben nota funzione consiste nel proteggere la parte contrattuale ritenuta dall'ordinamento più debole.

Dunque, se ne deduce che, per individuare la più corretta sanzione da applicare, non sia sufficiente accertare la natura imperativa della norma, ma che occorra anche valutare la ragionevolezza del rimedio applicabile in relazione agli interessi in gioco.

La nullità di protezione si iscrive nell'ambito di rapporti asimmetrici tra parti caratterizzate da disparità di forza contrattuale, tutelando un interesse individuale, cioè l'interesse della parte debole del contratto. Pertanto, sotto questo punto di vista, al di là del *nomen* tale rimedio è assimilabile all'annullabilità.

Tuttavia, al contempo, la nullità di protezione è prevista a favore di tutti gli appartenenti alla medesima categoria di soggetti deboli. Pertanto, la nullità *de qua* persegue anche un interesse di tipo generale, ossia l'uguaglianza sostanziale tra i soggetti dell'ordinamento giuridico (art. 3, comma 2, Cost.).

Dalle suddette considerazioni si ritiene possibile affermare che la nullità di protezione, tutelando i soggetti deboli, tenda a pervenire ad un corretto funzionamento del Mercato (art. 41, comma 1, Cost.), ossia tale rimedio tutela la concorrenza, che di per sé costituisce

²⁸³ Della soluzione dell'annullabilità si parla al successivo par. 2.2.

un interesse generale. In questo senso, allora, si può constatare che la nullità “di protezione”, tutelando un interesse generale, sia assimilabile (anche) alla nullità.

È dunque possibile giungere alla seguente affermazione: la categoria della nullità si presenta oggi “frantumata”, essendosi infatti passati “dalla” nullità “alle” nullità.

Il *discrimen* tra nullità codicistica e nullità di protezione è ravvisabile all’interno dei contrasti giurisprudenziali.

Infatti, nel 2012 la Corte di Cassazione si è occupata della rilevabilità d’ufficio della nullità²⁸⁴: è ivi stato affermato che il giudice del merito, se investito della domanda di risoluzione contrattuale, avesse il potere-dovere di rilevare ogni forma di nullità, ad eccezione però di quelle a regime speciale, quindi delle nullità di protezione. L’esclusione è stata giustificata affermando che quest’ultima tipologia di nullità sanzionasse solo situazioni in contrasto con interessi individuali, non generali.

Tale principio di diritto è stato però superato dopo due anni, con le sentenze gemelle nn. 26242 – 26243/2014, le quali hanno stabilito il principio di doverosa rilevabilità d’ufficio della nullità (anche di protezione) in qualsivoglia ipotesi di impugnativa negoziale, e quindi nei casi tanto di patologie funzionali presupponenti la validità del contratto (inadempimento e risoluzione) quanto di patologie genetiche (rescissione e annullamento).

La diversa funzione tra nullità, annullabilità e nullità di protezione spiega il differente regime della causa, che porta a considerazioni utili ai nostri fini.

Anzitutto, le cause di annullabilità sono intese come tipiche e tassative, in relazione alla capacità di agire ed ai vizi della volontà: il sistema delle cause di annullabilità è un sistema chiuso e si tratta di un rimedio soltanto testuale. Dovrebbe ricavarsene quindi che laddove il Legislatore non intervenga *ex ante* predeterminando la causa di annullabilità in modo preciso, essa non possa essere invocata.

Per vero, anche la nullità è testuale, ma se da un lato è testuale in quanto “strutturale” (e quindi tipica e tassativa, al pari della annullabilità), dall’altro essa può presentarsi anche

²⁸⁴ Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *NGCC*, 2013, I, pp. 15 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*; in *Foro it.*, 2013, I, pp. 1238 ss., con nota di A. PALMIERI, *Azione risolutoria e rilevabilità d’ufficio della nullità del contratto: il via libera delle sezioni unite (con alcuni corollari)*; in *Contr.*, 2012, pp. 869 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle sezioni unite: “eppur si muove”?*; in *Diritto e Giustizia online*, 2012, pp. 765 ss., con nota di G. TARANTINO, *Le Sezioni Unite sulla rilevabilità d’ufficio della nullità: sì, anche se è stata chiesta la risoluzione del contratto*.

sotto-forma di nullità “virtuale”. In tale ultimo caso, allora, la nullità non è tipica e tassativa, ma anzi elastica, e configura un sistema “aperto” in quanto il contenuto delle clausole di ordine pubblico e buon costume (come lo stesso concetto di “norma imperativa”) possono mutare. Queste essendo, infatti, clausole generali, incarnano concetti duttili e mutevoli nel tempo.

Ciò detto, si deve considerare più nello specifico la “nullità di protezione”.

Giova rammentare subito che essa, come la annullabilità, si presenti come un rimedio testuale. Di conseguenza, sotto questo punto di vista, il sistema delle cause di nullità di protezione assimila la nullità di protezione alla annullabilità. Dovrebbe ricavarsene quindi che laddove il Legislatore non intervenga *ex ante* predeterminando la causa di nullità di protezione in modo preciso, essa non possa essere invocata. Eppure, parte della dottrina è favorevole alla configurabilità di una “nullità di protezione virtuale”²⁸⁵: tale nullità potrebbe essere assimilata alla nullità sotto il profilo delle cause, dando luogo anche ad una nullità speciale extra-codicistica di protezione virtuale.

Come evidente, fondamento di tale prospettazione è la *ratio* protettiva della disciplina sulle operazioni negoziali concluse dai consumatori.

Fermi i rilievi appena indicati, proprio il tema della nullità di protezione virtuale si lega a quello degli obblighi informativi pre-contrattuali. Spesso, infatti, il Legislatore prescrive obblighi pre-contrattuali ma non commina la nullità per la violazione di questi obblighi: non sussiste una nullità di protezione testuale.

Ebbene, in tali casi, ossia quando il Legislatore stabilisce le regole di un settore, ma non prevede espressamente la nullità di protezione per la violazione di quelle regole, ci si chiede se possano quelle regole essere considerate quali norme imperative, con conseguente possibile applicazione di una nullità di protezione virtuale.

L'ostacolo maggiore alla configurazione di una nullità di protezione virtuale è rappresentato dal fatto che mentre il codice civile *ex art.* 1418, comma 1 prevede la nullità virtuale, la

²⁸⁵ S. PAGLIANTINI, *Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. “Cresci Italia”*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2012, pp. 76 ss.; F. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, pp. 145 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 173.

Contra G. D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. V, Milano, 2006, pp. 1002 – 1003; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, pp. 88 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1 – 4, 1999, pp. 90 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

legislazione speciale di settore non prevede espressamente la nullità virtuale per la nullità speciale di protezione.

Sarebbe forse possibile superare la problematica operando in via analogica, e quindi estendendo alle nullità di protezione la previsione dell'art. 1418, comma 1, cod. civ.

Del resto, sotto il profilo della funzione, anche la nullità di protezione tutela interessi generali. Quindi, da questo punto di vista, la seconda è assimilabile alla nullità codicistica: di conseguenza, se per la nullità codicistica è prevista la nullità virtuale, per analogia quest'ultima sarà riconosciuta anche in caso di nullità di protezione.

In tal senso si ricordi come sul piano sovranazionale sia stata riconosciuta la possibilità di configurare una nullità di protezione virtuale: pertanto, la nullità virtuale è ivi configurabile anche nel caso di nullità di protezione.

Si parla di “possibilità”, non di “obbligatorietà”, ma la posizione è di tipo sostanzialistico: gli Stati membri possono prevedere la nullità di protezione virtuale, utilizzabile laddove rappresenti la soluzione più efficiente nell'ottica della tutela della parte debole del rapporto. In conclusione, se, per la protezione della parte debole la nullità virtuale di protezione appare essere la soluzione più efficiente, allora potrà configurarsi (anche) l'ipotesi di nullità di protezione virtuale.

Pertanto, laddove il Legislatore prescrivesse norme prevedenti obblighi informativi, che sono regole di comportamento pre-contrattuale, ma al contempo non collegasse alla loro violazione una nullità (testuale) di protezione, non sarebbe eccessivo configurare una nullità di protezione virtuale per ri-equilibrare l'avvenuta violazione della regola di comportamento pre-contrattuale.

Solo per questo non sarebbe scardinata la distinzione tra regole di comportamento-regole di responsabilità e regole di struttura-regole di validità, ma anzi tale assetto sarebbe temperato e adeguato rispetto all'evoluzione economico-giuridica dei tempi attuali, in conformità con gli approdi eurounitari. In sostanza, il diritto dell'Unione Europea modifica le discipline interne, facendole evolvere.

È forse possibile sostenere che la distinzione classica tra regole di comportamento e regole di validità, alla luce dell'istituto della nullità di protezione virtuale e degli approdi della giurisprudenza comunitaria, tenda oggi a sfumare.

Di conseguenza, attualmente sembrerebbe possibile sostenere la tesi per cui in caso di violazione di una regola di comportamento pre-contrattuale, la sanzione prevista e applicata sia la invalidità del contratto *sub specie* di nullità di protezione.

Anche senza accogliere in modo netto tale orientamento, la rilevanza del tema richiede comunque di analizzarlo criticamente: infatti, in dottrina è stato rilevato come proprio le previsioni normative a tutela del contraente debole, che impongono vincoli di trasparenza e obblighi di informazione, determinerebbero il superamento definitivo della distinzione tra le due categorie di regole²⁸⁶.

Del resto, a fronte delle argomentazioni di certa dottrina e giurisprudenza, e, soprattutto, del recente rinnovamento della produzione legislativa di derivazione eurounitaria, le categorie tradizionalmente oggi conosciute risultano spesso inadeguate a fornire soluzioni utili alle fattispecie di volta in volta venutesi formando.

Esemplificativamente, la concezione unitaria dell'invalidità, articolata nelle due sottospecie della nullità e dell'annullabilità, appare oramai inadatta a fronteggiare le eterogenee e complesse situazioni concrete, nonostante l'emersione di nuove ipotesi di nullità speciale²⁸⁷, le quali tuttavia sono per lo più previste da leggi extra-codicistiche, con un regime che molto differisce rispetto a quello ordinario della nullità²⁸⁸.

In conclusione, sembra possibile opinare nel senso di ammettere la vigenza di un principio di flessibilità del sistema rimediale a favore del soggetto che sia vittima di una condotta pre-contrattuale scorretta, per cui il giudice può applicare un rimedio demolitorio, anche parziale, cumulabile con quello di tipo risarcitorio²⁸⁹.

Infine, è fin da ora utile anticipare che ragionare in una differente prospettiva sia possibile, soprattutto considerando le potenzialità insite nei principi generali dell'ordinamento giuridico, in specie della clausola di buona fede, ed altresì il progressivo espandersi del

²⁸⁶ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., pp. 48 ss., e pp. 82 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, pp. 241 ss.

²⁸⁷ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, pp. 1332 ss.; R. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 2001, pp. 1143 ss.; S. POLIDORI, *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, 2001; ID., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 837 ss.

²⁸⁸ Sul tema si veda, tra gli altri, P. GALLO, *Il contratto*, cit., pp. 879 ss.

²⁸⁹ F. SCAGLIONE, *Responsabilità civile – “Responsabilità precontrattuale e flessibilità del sistema rimediale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7 – 8, 2016, pp. 1063 ss.

campo di applicazione delle figure tradizionali dei vizi del consenso, fino a “erodere” lo stesso principio di tipicità delle cause di annullabilità del contratto.

2.2. La tesi dell’annullabilità e i nuovi vizi del consenso.

Giunti al bivio tra nullità e annullabilità, al fine di analizzare l’orientamento che accoglie tale secondo rimedio come soluzione al caso di violazione di obblighi informativi pre-contrattuali, è utile vagliare rapidamente le differenze che ai nostri fini interessano tra le due forme di invalidità.

Infatti, le cause di annullabilità del contratto, al contrario di quelle di nullità, sono, per tesi prevalente, tipizzate dal Legislatore, e come tali consistono nell’incapacità di agire e nei vizi del consenso (errore-vizio/motivo, dolo e violenza).

Inoltre, la nullità tutela un interesse generale, ossia l’interesse alla regolarità dei traffici giuridici (i relativi vizi infatti attengono alla struttura del contratto inteso come atto) ed inoltre opera contro l’autonomia privata, poichè quest’ultima ha dato vita ad un negozio lesivo di un interesse appunto generale.

All’opposto, l’annullabilità tutela un interesse particolare, o individuale, ossia posto in capo alla parte errante o alla parte che abbia subito il dolo o la violenza perpetrati dall’altra, e questo perché i vizi del volere hanno causato un *deficit* nel processo di formazione della volontà contrattuale.

Ebbene, proprio a fronte del verificarsi dei suddetti difetti, a seguito della violazione di norme prevedenti obblighi informativi pre-contrattuali, è previsto il rimedio dell’annullamento del negozio. In questa direzione, a riprova della commistione più volte menzionata tra regole di validità e regole di comportamento, possono essere citate diverse ipotesi. Anzitutto, il riferimento è al contratto di assicurazione, ove, in caso di dichiarazioni inesatte o di reticenza con dolo o colpa grave, si delinea l’annullabilità (art. 1892, comma 1, cod. civ.): *“Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l’assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave.”*

In secondo luogo, *ex art.* 1971 cod. civ., in tema di transazione su pretesa temeraria, è previsto l'annullamento se una parte, in mala fede, sia consapevole della temerarietà della pretesa.

Altro esempio è ascrivibile al caso dell'annullabilità del contratto di *franchising*, qualora una parte abbia fornito false informazioni (art. 8, L. n. 129/2004).

Se da un lato è evidente che si tratti pur sempre di previsioni *expressis verbis* predeterminate dal Legislatore, al contempo, e ciononostante, va nuovamente rammentato come nell'attuale ordinamento non vi sia alcuna norma a stabilire *a priori* che alla violazione di una regola di condotta mai possa conseguire l'invalidità del contratto.

In generale, seguendo la tesi prevalente, in presenza di vizi del consenso non integranti gli specifici presupposti previsti dal Legislatore, si dovrebbe escludere che il contratto possa essere configurato come invalido (tanto nella forma della nullità quanto in quella della annullabilità).

Tuttavia, è forse possibile ragionare diversamente e, a tal proposito, il diritto consumeristico appare costituire un banco di prova rilevante.

Anzitutto, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo²⁹⁰, la clausola generale di buona fede è da intendere quale norma imperativa dotata di eterogenee funzioni, costituente anche un inderogabile principio limitativo dell'autonomia privata.

Inoltre, e soprattutto, ai difetti del consenso tradizionalmente considerati si dovrebbero ritenere affiancati i cosiddetti "nuovi vizi del volere", non integranti i presupposti previsti per i primi, ma tuttavia accomunati a questi dalla sussistenza di un abuso (commissivo oppure omissivo), tramite cui la controparte debole è indotta a concludere un contratto condizionato nell'*an* e nel *quantum*.

Ebbene, proprio i contratti stipulati in presenza di asimmetrie informative, se considerati nella loro generalità, rientrano nelle fattispecie *de quibus*.

Del resto, come è già stato evidenziato, nemmeno le sentenze a Sezioni Unite del 2007 hanno escluso la possibilità di una funzione invalidante delle infrazioni perpetrate rispetto a norme di comportamento, nelle forme tanto della nullità relativa quanto dell'annullabilità²⁹¹.

²⁹⁰ Cap. IV, par. 4.

²⁹¹ A. GENTILI, *Disinformazione*, *cit.*, p. 401.

In questa prospettiva, tuttavia, il punto di maggiore importanza attiene al possibile superamento della tipicità delle cause di annullabilità del contratto tramite la costruzione dei nuovi vizi del consenso²⁹².

Al fine di valutare se tali difetti possano permettere di applicare il rimedio dell'annullabilità in caso di violazione degli obblighi informativi pre-contrattuali, è bene partire dall'analisi dei vizi classici e tradizionali, perimetrandone i confini, conseguentemente poi valicandoli. Come noto, è annullabile l'atto che sia espressione di un processo decisionale formatosi in maniera non corretta poiché falsato da circostanze esterne o interne al suo autore, quali la incapacità di intendere o di volere, l'ignoranza o la falsa conoscenza, l'inganno, i raggiri, e le gravi minacce.

È anzitutto da considerare il vizio-errore *ex* artt. 1427 ss. cod. civ.²⁹³: perché l'errore determini l'annullamento del contratto la legge richiede due presupposti, ossia l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore stesso da parte dell'altro contraente.

Dati i presupposti, nonché le conseguenze, dell'errore in materia contrattuale, si deduce come la legge in definitiva tuteli tanto la parte caduta in errore, quanto il secondo soggetto coinvolto: il negozio, infatti, non è annullabile se non è possibile qualificare l'errore come essenziale e riconoscibile usando la normale diligenza.

Ebbene, l'errore è essenziale quando sia riconoscibile da parte di un paciscente normalmente diligente e quando al contempo, in sua assenza, il soggetto errante non avrebbe concluso il negozio: tale elemento quindi riguarda un aspetto fondamentale dell'operazione in esame, quale la natura del negozio, l'oggetto di esso, oppure ancora una qualità dell'oggetto della prestazione o della parte contraente. *Ratio* di siffatta disciplina è stata individuata nel principio di affidamento, ossia nell'esigenza di tutelare la buona fede dell'altro contraente.

Qualora si tratti di un elemento la cui ignoranza non sia idonea a integrare gli elementi dell'errore essenziale, l'annullamento del contratto potrebbe comunque fondarsi sulla

²⁹² Il quesito è stato recentemente oggetto di indagine: A. GENTILI – V. CINTO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr.*, 1, 2018, pp. 148 ss.

²⁹³ L'errore può essere di fatto o di diritto. Il primo consiste nella falsa percezione di una situazione (di fatto) che spinge il soggetto a stipulare un contratto che, invece, non avrebbe stipulato, o che avrebbe stipulato in modo diverso. L'errore di diritto, invece, consiste nella inesatta percezione della portata, dell'esistenza di norme giuridiche, e nell'applicazione della norma giuridica ad una situazione che essa non disciplina.

riconduzione dell'omessa informazione alla fattispecie del dolo negoziale quale inganno che abbia determinato nella parte errante la scelta di concludere il contratto²⁹⁴.

Come tale, il dolo consiste in artifici e raggiri con cui un soggetto induce un altro in errore, spingendolo a stipulare un negozio cui, altrimenti, non sarebbe pervenuto (o cui sarebbe giunto ma a condizioni diverse).

Tra i comportamenti dolosi rientra la menzogna, se usata per nascondere o negare l'esistenza di elementi decisivi ai fini della negoziazione.

Si è discusso relativamente alla *quaestio* sulla rilevanza ai fini della configurazione del dolo omissivo del contegno reticente in capo ad uno dei contraenti, che consiste nel tacere volutamente aspetti che avrebbero indotto la controparte a non stipulare. In merito, dottrina e giurisprudenza sono giunte a soluzioni ondivaghe, ma l'orientamento prevalente e dominante sembra favorevole, pur se ne condiziona l'ammissibilità a determinati presupposti: l'esistenza di un obbligo informativo, la intenzionale violazione di esso, nonché il conseguente errore che abbia indotto la controparte a contrarre.

Quanto al loro accertamento, le difficoltà maggiori sembrano appuntarsi in ordine al secondo requisito, sulla intenzionalità della omessa informazione, la cui ricorrenza potrà comunque essere desunta da una adeguata considerazione delle circostanze concrete.

Tale soluzione si espone ai rilievi solitamente formulati riguardo all'adeguatezza del rimedio dell'annullamento nell'ambito della contrattazione per condizioni generali ai fini di un'efficace tutela del contraente aderente. In particolare, l'esperibilità del rimedio dell'annullamento pone al contraente l'alternativa tra la rinuncia al contratto o l'accettazione delle condizioni stabilite da controparte.

Tuttavia, per evitare siffatta conseguenza (nel caso in cui sussista un prevalente interesse alla conservazione del contratto) potrebbe valere la configurabilità del "dolo incidente"²⁹⁵, che, in quanto fonte di responsabilità *ex art. 1440 cod. civ.*, rende possibile, a titolo di risarcimento del danno, una correzione del contenuto economico dell'operazione.

Fermi i rilievi che precedono, la disciplina sugli obblighi informativi considera il concetto di errore non tanto come vizio del consenso quanto come situazione di fatto in cui si sia trovata la parte al momento della conclusione del contratto, situazione caratterizzata da una

²⁹⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 811.

²⁹⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 169; A. TRABUCCHI, (voce) *Dolo (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, 1960, p. 151; C.A. FUNAIOLI, (voce) *Dolo (dir. civ.)*, *cit.*

falsa rappresentazione della realtà²⁹⁶. Occorre pertanto distinguere le ipotesi in cui la parte sia spontaneamente caduta in errore da quelle in cui, invece, vi sia stata indotta dalla controparte, così da individuare i rimedi esperibili, e quindi, esemplificativamente, l'annullamento del contratto e/o il risarcimento del danno. Pertanto, un ruolo fondamentale è ivi assunto dal requisito della colpevolezza.

Ciò detto, è possibile considerare le seguenti quattro prospettive²⁹⁷.

Anzitutto, se l'errore è scusabile e non riconoscibile secondo il criterio della normale diligenza²⁹⁸, i contraenti non potranno essere ritenuti in colpa, e le conseguenze negative, pertanto, dovranno ricadere su ciascuna di esse in base al principio di auto-responsabilità per il quale *ubi commoda, ibi incommoda*.

In secondo luogo, se l'errore è inescusabile e non riconoscibile, la non riconoscibilità dell'errore impedisce all'errante di chiedere l'annullamento del contratto (art. 1428 cod. civ.), poiché l'ordinamento tutela l'affidamento della controparte, che non avrebbe potuto riconoscere l'errore, nella validità del contratto.

Nella terza ipotesi, le parti sono entrambe colpevoli, posto che l'errore è inescusabile e riconoscibile da controparte. L'errante potrà domandare solo l'annullamento *ex art.* 1428 cod. civ., e non anche il risarcimento del danno, suddiviso tra loro.

Infine, nell'ultima fattispecie l'errante risulta essere del tutto incolpevole: l'errore è infatti scusabile e riconoscibile. Ivi pertanto, oltre all'annullamento del contratto, la parte potrà domandare il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1338 cod. civ., per cui *“la parte che conoscendo, o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto”*.

²⁹⁶ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 162.

²⁹⁷ G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, Padova, 2009, pp. 736 ss.

²⁹⁸ Ai sensi dell'art. 1431 cod. civ., l'errore è riconoscibile quando *in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alle qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo*. Sullo stretto nesso che lega il requisito di riconoscibilità al principio di tutela dell'affidamento, vedi M. MANTOVANI, *“Vizi incompleti” del contratto*, cit., pp. 202 – 203, per la quale *“se infatti la regola di riconoscibilità trova la sua ratio nell'esigenza di accordare protezione all'affidamento del destinatario della dichiarazione, tale esigenza viene meno ove quest'ultimo, pur potendolo, non abbia saputo rilevare l'errore. L'equazione in tal modo stabilita tra riconoscibilità e conoscenza ha poi condotto ad accentuare le assonanze con l'art. 1338 c.c., fino a configurare a carico di chi riceve la dichiarazione non tanto un onere di diligenza quanto un vero e proprio dovere di rilevare l'errore riconoscibile, la cui violazione troverebbe sanzione sul piano dell'annullamento oltre che su quello risarcitorio (ex art. 1338 c.c.)”*.

Ebbene, la differenza sostanziale tra l'errore e il dolo come vizi del consenso consiste nel fatto che in tale ultimo caso l'errore in cui cade la parte non è spontaneo ma è anzi indotto dalla controparte, tramite raggiri: il Legislatore non ha ivi ritenuto necessario tutelare l'affidamento della controparte nella validità del contratto, né richiedere l'elemento della essenzialità ai fini dell'annullamento. Il contratto è infatti annullabile anche nell'ipotesi in cui il dolo abbia causato un errore sui motivi.

Nell'ipotesi in cui i raggiri non siano stati tali da determinare il consenso, benché senza di essi la parte avrebbe concluso il contratto (che pertanto resta valido) a condizioni diverse, si delinea il dolo incidente (art. 1440 cod. civ.), che si differenzia dal dolo determinante esclusivamente per l'oggetto su cui cadono le conseguenze dell'inganno, oggetto che in tal caso sarà una qualche circostanza non essenziale ai fini della conclusione del contratto, e non, invece, per la natura o l'intensità dell'inganno.

Di estrema rilevanza è l'ultimo inciso della norma, laddove espressamente riconosce (ed è l'unica ipotesi in tutta la disciplina dei vizi del consenso) il risarcimento dei danni. Proprio tale disposizione ha costituito l'addentellato normativo per riconoscere la coesistenza tra responsabilità pre-contrattuale e persistente validità del contratto, obbligando il contraente in mala fede a risarcire i danni pur in presenza di un contratto valido.

La figura del dolo si estrinseca sia come vizio del volere (che comporta l'annullamento), sia come comportamento illecito, in quanto tale contrario alla regola di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (giustificando il risarcimento dei danni). Di conseguenza, la stretta connessione con il dovere pre-negoziale di buona fede è di fondamentale rilevanza al fine di individuare i rimedi di volta in volta configurabili.

La connessione tra dolo incidente e comportamento secondo buona fede induce a ripensare le possibili conseguenze derivanti da un contegno meramente omissivo della controparte. Si tratta di stabilire entro che limiti la "reticenza dolosa" su alcuni elementi del contratto possa essere ricondotta all'art. 1440 cod. civ.

Ebbene, a fronte della introduzione dell'art. 1337 nel codice civile, il ruolo del dolo omissivo è stato necessariamente rivalutato, essendo ormai pacifica la sua rilevanza giuridica quale comportamento contrario a buona fede.

Si deve pertanto considerare la sempre più diffusa consapevolezza nella dottrina circa l'esigenza di coordinare la normativa sui vizi del consenso, rapportandola alla disciplina

della responsabilità pre-contrattuale e senza trascurare il principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento.

Ad ammettere, infatti, che tra le due categorie di regole vi sia uno stretto collegamento, ben potrebbe affermarsi la possibilità che la reticenza “dolosa” assuma rilievo sul terreno dell’annullamento, e perché ciò avvenga, però, occorrerà accertare il nesso causale tra il contegno diretto a trarre in inganno e la conseguente induzione in errore di controparte.

Qualora, invece, non si giunga all’accertamento di tali elementi (carattere doloso del contegno e nesso di causalità), la reticenza potrà rilevare sul piano risarcitorio, secondo quanto previsto dall’art. 1337 cod. civ.: un esempio si ha nel caso del semplice silenzio, che favorisce il mantenimento in errore della controparte, facendole concludere un contratto che non avrebbe concluso a quelle condizioni. Tale eventualità pone la problematica di individuare il punto di equilibrio tra il dovere di informare e l’onere di informarsi, da un lato, e tra il dovere di informare e il diritto di sfruttare a proprio vantaggio l’informazione acquisita.

Ebbene, conferendo all’elemento dell’informazione la qualifica di bene economico, sembrerebbe più corretto attribuire a chi ha sostenuto dei costi rilevanti il diritto di tenere per sé le informazioni, ma è anche vero che un simile ragionamento avrebbe senso solo per contraenti in una posizione di perfetta simmetria informativa. Pertanto, quando una delle parti sia un professionista e l’altra un consumatore, è ragionevole ritenere che per il primo sia più semplice (e non per forza dispendioso) reperire determinate informazioni, poiché sul Mercato come operatore professionale di quello specifico settore.

Al contrario, il consumatore, pur agendo con la diligenza richiesta, dovrà confidare nell’esattezza e nella completezza delle informazioni ricevute dallo stesso professionista.

Concludendo, pertanto, si può sostenere che la parte vittima della violazione possa agire per domandare l’annullamento del contratto asimmetrico stipulato qualora vengano integrati gli estremi dei vizi del consenso ai sensi della disciplina di cui agli artt. 1427 – 1440 cod. civ., eventualmente insieme alla richiesta di risarcimento del danno.

Tuttavia, potrebbe accadere che il consumatore non sia nella posizione per chiedere l’annullamento: in questo caso l’ordinamento, in forza della reciproca autonomia delle due azioni, concede il diritto di scegliere di agire soltanto per il risarcimento dei danni, mantenendo in vita il contratto.

In caso di nuovi vizi del consenso, essi realizzano fattispecie solo affini a quelle previste dai vizi classici. Pertanto, ci si chiede se sia legittimo estendere ai primi gli effetti a questi ultimi relativi.

In merito, si sono contrapposte due tesi, una favorevole alla suddetta estensione, ed una, invece, contraria.

Per certo, dati i dubbi emersi in dottrina, è possibile sottolineare l'ampiezza e la conseguente trasversalità della categoria dei vizi del consenso, che pertanto potrebbero essere in grado di disciplinare qualsivoglia situazione dubbia: *“L'applicabilità dei vizi del consenso alle problematiche inerenti i bias percettivi del consumatore nei contratti standard non è, tuttavia, del tutto priva di difficoltà: in particolare, sullo sfondo si agita la questione – invero ampia – relativa ai rapporti tra diritto civile e diritto dei consumi, e alla possibilità di applicare gli istituti tradizionali del codice civile ai contratti dei consumatori. (...) il diritto dei contratti – e, precisamente, la disciplina dei vizi del consenso – ben può essere chiamato a svolgere un ruolo di «cornice» ai rimedi previsti dal diritto dei consumatori, operando in tutte quelle situazioni nelle quali il vizio (ossia l'errata rappresentazione della realtà da parte del consumatore) dipenda non da raggiri o minacce della controparte, ma dalle oggettive modalità di svolgimento dell'attività professionale, avendo altresì a riferimento le caratteristiche dei contratti proposti ai consumatori.”*²⁹⁹.

2.3. La tesi (prevalente) della responsabilità pre-contrattuale.

Infine, il rimedio contrattuale in dottrina e giurisprudenza attualmente dominante³⁰⁰, per violazione degli obblighi di informazione pre-negoziali, consiste nella previsione della responsabilità *ex art.* 1337 cod. civ. e del risarcimento del danno.

²⁹⁹ A. DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contr. impr.*, 2, 2017, pp. 637 ss.

³⁰⁰ Secondo M. MANTOVANI, *Violazione di norme penali e nullità virtuale del contratto*, in A. FLAMINI – L. RUGGIERI, *Contratto e reato*, Napoli, 2014, p. 117, il rimedio risarcitorio sanziona la condotta scorretta del contraente che abbia approfittato dello stato altrui, pur non sconfinando nella invalidità.

Nella recente giurisprudenza si vedano: Cass. civ., 15 marzo 2016, n. 14719; Cass. civ., 8 febbraio 2016, n. 2414; Corte d'appello Trieste, 18 dicembre 2014, n.730; Cass. civ., 6 agosto 2014, n. 17726.

La maggioranza degli Autori ha affermato che siffatta violazione del criterio di correttezza mai possa dar luogo a invalidità dell'atto, eccezion fatta per i casi in cui la sanzione sia stata espressamente comminata dal Legislatore³⁰¹.

Parimenti è stato in giurisprudenza, ed in tal senso si sono espresse anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁰².

Più precisamente, rispetto ai rimedi esperibili dal consumatore (per vero nella qualità specifica di investitore) non correttamente informato, la Corte ha distinto tra violazioni degli obblighi informativi che si collocano nella fase precedente alla stipulazione del contratto, generanti una responsabilità pre-contrattuale, e violazioni degli obblighi che si collocano in fase esecutiva, che invece possono dar luogo a responsabilità per inadempimento ovvero, laddove ricorrano i presupposti di gravità richiesti dall'art. 1455 cod. civ., possono condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione.

Come noto, durante la fase delle trattative le parti hanno l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e, quindi, di trattare correttamente.

Ebbene, proprio l'istituto della responsabilità pre-contrattuale tutela le libertà ravvisabili in capo al soggetto potenzialmente parte contraente, già in precedenza menzionate: la libertà negativa, la libertà soggettiva, la libertà positiva, ed infine la libertà di derogare alle norme che disciplinano un certo tipo negoziale (del resto, le norme civilistiche sono per lo più derogabili e dispositive).

Se però le parti si determinano liberamente a trattare (superando il limite della libertà negativa), esse hanno l'obbligo di farlo secondo buona fede.

³⁰¹ Tra gli altri, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., pp. 56 – 57: “tutte le volte che un divieto o un obbligo di comportamento, riconducibili al principio di buona fede in contrahendo, risultino violati senza che il Legislatore abbia esplicitamente previsto come sanzione di tale violazione l'invalidità dell'atto, unico rimedio (sul piano civilistico) non potrà che essere quello della responsabilità (precontrattuale), ricorrendone gli altri presupposti (nesso di causalità, prova del danno, ecc.).”.

Con riguardo alla disciplina della *culpa in contrahendo* v. L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 100; M. MANTOVANI, “*Vizi incompleti*” del contratto, cit., in part. pp. 15 ss., 162 e 288; G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, in part. pp. 77 e 82 ss. Da ultimo v. anche i rilievi svolti da E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, I, 2006, pp. 1108 ss.

In passato erano sorti dubbi sulla totale irrilevanza della violazione delle regole di correttezza nel caso di contratto validamente concluso: G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., pp. 112 ss. e 121, e F. BENATTI, (voce) *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, cit., pp. 1 ss. e 7 ss.

³⁰² Il riferimento è, ovviamente, a Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

Attualmente, nonostante sia noto che il recesso ingiustificato dalle trattative³⁰³ e l'inadempimento all'obbligo di informare la controparte circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto *ex art. 1338 cod. civ.* (trasposto in un obbligo legale di informare)³⁰⁴ costituiscano le due ipotesi più ricorrenti di responsabilità pre-contrattuale³⁰⁵, è ormai possibile individuare numerosi altri doveri di correttezza in tale fase, a contenuto concreto e specifico, sempre fondati sulla buona fede e la cui violazione conduce a responsabilità³⁰⁶. Tra questi, oltre agli obblighi di informazione, chiarezza, trasparenza e di collaborazione, si registrano anche gli obblighi di segreto ed altri volti a compiere gli atti necessari affinché il contratto sia valido ed efficace.

È stato infatti individuato un terzo modello di responsabilità pre-contrattuale, da contratto valido ed efficace, ma sconveniente³⁰⁷, in quanto concluso a seguito del comportamento contrario a buona fede tenuto da uno dei contraenti, il cui fondamento dogmatico-teorico è rappresentato proprio dalla distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità.

³⁰³ L'interruzione ingiustificata della trattativa lede l'affidamento legittimo, impedisce la conclusione del contratto. Tale tipo risponde al primo modello della responsabilità pre-contrattuale da mancata stipulazione.

³⁰⁴ L'art. 1338 cod. civ. individua un concreto e determinato obbligo di buona fede nelle trattative, ed è il secondo modello di responsabilità pre-contrattuale. Elementi costitutivi del suddetto modello sono: l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, la conoscenza o conoscibilità di siffatta causa di invalidità, l'omessa informazione circa l'esistenza della causa, ed infine la conseguente lesione dell'affidamento legittimo della controparte sulla validità del contratto.

³⁰⁵ In una prima fase si propendeva per una lettura restrittiva (confermata dal passo n. 612 della "Relazione al Re"), ritenendo sorgesse responsabilità *ex art. 1337 cod. civ.* solo nel caso in cui la violazione delle regole di correttezza e buona fede nel corso delle trattative avesse determinato la conclusione di un contratto invalido. In seguito, in giurisprudenza si impiegò l'istituto in esame per il recesso ingiustificato dalle trattative, nell'ipotesi in cui una parte, avendo ingenerato nell'altra un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, interrompa ingiustificatamente le trattative.

L'evoluzione dell'istituto della responsabilità pre-contrattuale è tuttora in atto: si ritiene che possa applicarsi anche a fattispecie ove la condotta scorretta tenuta, nel corso delle trattative, sia comunque sfociata nella conclusione di un contratto valido, solo influenzando negativamente sul contenuto del medesimo.

³⁰⁶ Pertanto, l'art. 1337 cod. civ. assurge al ruolo di norma di chiusura del sistema. In tal senso si veda, in giurisprudenza, Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, ove la Suprema Corte ha affermato che in caso di contratto valido ma sconveniente, il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al cosiddetto interesse positivo, vada ragguagliato al "*minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale della controparte*": F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *Contratti*, 2006, pp. 446 ss. e di V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, pp. 25 ss., e di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità*, cit., pp. 1107 ss.

³⁰⁷ Recentemente v. Cass. civ., 23 marzo 2016, n. 5762: anche in caso di contratto validamente concluso vige la responsabilità della parte che abbia omesso informazioni rilevanti nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto.

Il riferimento normativo è l'art. 1337 cod. civ., norma che prevede la sussistenza di obblighi di informazione anche al di là delle ipotesi specificamente regolate e previste³⁰⁸.

In dottrina si è sostenuto che il comportamento pre-contrattuale imposto dal Legislatore o dalle norme promananti dalle *Authorities* possa essere tanto specifico (come è il caso dell'obbligo di fornire informazioni circa un prodotto finanziario o un'autorizzazione al momento della stipula del contratto) quanto generico (l'osservanza dell'obbligo di buona fede e correttezza, *ex art. 1337 c.c.*, contempla in sé obblighi positivi e negativi, ma in particolare obblighi di informazione e avviso, di protezione, di custodia, di segretezza, di chiarezza e trasparenza)³⁰⁹.

Pertanto, da questa premessa appare rilevante ricordare la distinzione tra obblighi di informazione tipici e obblighi di informazione atipici: è già stato evidenziato come l'obbligo informativo pre-contrattuale "atipico" si sostanzia, in relazione alle circostanze del caso concreto, in un obbligo informativo adeguato secondo la trattativa, volto a consentire alla controparte l'effettivo esercizio della libertà negoziale.

Anzitutto, si veda come in alcuni settori il Legislatore abbia introdotto specifici obblighi informativi: si pensi agli artt. 21 ss. del D.lgs. n. 58/1998; artt. 27 ss. del Regolamento Consob n. 16190/2007, sulla intermediazione mobiliare; o ancora al D.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, attuativo della Direttiva Mifid 2004/39/CE.

Dette informazioni sono *ex lege* necessarie per un corretto instaurarsi della trattativa con il consumatore/cliente e possono assurgere a parametro di verifica della buona fede del professionista nella relazione prodromica al contratto. Ed infatti, gli obblighi informativi derivano direttamente dal principio generale di buona fede: tale dovere (in combinato disposto con il principio di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*) consente di identificare divieti e obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Legge, assolvendo alla funzione, quindi, di colmare le inevitabili lacune del diritto vigente.

Si ritiene d'uopo un approfondimento in relazione agli obblighi di informazione atipici.

È evidente, innanzitutto, che ciò che li caratterizza sia la mancata loro previsione entro una norma di legge, ossia la relativa mancata pre-determinazione.

³⁰⁸ F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1994, pp. 121 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 125 ss.

³⁰⁹ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., pp. 15 – 18.

Siffatti obblighi sono atipici in quanto il Legislatore non è stato in grado, o non ha voluto, prevederli *ex ante*, predeterminarli appunto.

Se è così, risulta ora fondamentale dunque considerare la nozione di “atipicità della tutela”, in quanto dietro ad essa “*si nasconde la necessità di fornire una tutela quanto più efficace possibile, cercando di svalutare le forme, che possono imprigionare in schemi precostituiti e non sempre del tutto soddisfacenti la tutela del privato.*”³¹⁰.

Il Legislatore prevede specifici obblighi soprattutto in sede di contrattazione asimmetrica, e, come già detto, questo è comprensibile: la posizione del consumatore deve essere riequilibrata, e il relativo *gap* informativo tra le parti colmato.

Eppure, per quanto preciso il Legislatore sia, non è possibile predeterminare ogni singola fattispecie, ossia considerare *ex ante* le diverse sfaccettature di quelle che saranno le operazioni di volta in volta poste in essere.

Di conseguenza, va considerato anche che il livello di tutela debba sempre essere adeguato alla realtà concreta: per questo che si delineano obblighi di informazione “atipici”.

Di più: fermi i rilievi che precedono, e data la rilevanza degli obblighi informativi tipici per le contrattazioni asimmetriche, a maggior ragione la presenza di obblighi informativi atipici avrà importanza proprio in questi casi. Il fatto quindi che siano tipizzati obblighi siffatti quando una delle parti è connotata da debolezza, deve far ragionevolmente presumere che obblighi invece atipici acquisiscano proprio in questi casi una maggiore centralità.

Lo scopo ultimo è sempre quello della tutela del consumatore-parte debole del rapporto contrattuale.

Proprio per questo, in mancanza cioè di una precisa individuazione della nozione di “obbligo informativo atipico” o, quantomeno, delle caratteristiche che devono essere sue proprie, sembra ragionevole ritenere che gli obblighi di informazione atipici incontrino alcuni limiti. Anzitutto, essi devono risultare proporzionali alla situazione da correggere e proteggere: infatti gli obblighi informativi atipici devono costruirsi, come si è più volte detto, in relazione alle circostanze della singola fattispecie considerata. Ciò può solo voler dire che siano i più adeguati al caso concreto.

Altro limite potrebbe forse essere riscontrato nella sua duttilità, o meglio nella caratteristica di essere rimovibile al mutare delle condizioni attuali sul Mercato che lo hanno giustificato.

³¹⁰ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, III ed., Torino, 2017, p. 615.

Da quanto premesso si ricava che la violazione della clausola di buona fede non consista in una violazione tipica, poiché essa assume contenuto variabile. La relativa violazione è anzi elastica, se non proprio atipica.

La responsabilità pre-contrattuale è considerata (impiegano lo stesso lessico proprio dei fatti illeciti *ex art. 2043 cod. civ.*) tendenzialmente atipica: qualsivoglia violazione della buona fede (e quindi qualunque fatto, comportamento pre-contrattuale violativo della clausola generale di buona fede) costituisce fonte di responsabilità pre-contrattuale.

Ebbene, se il rimedio azionabile consiste nell'istituto della responsabilità pre-contrattuale, come è stato affermato in dottrina ed anche in giurisprudenza, il riferimento normativo da cui iniziare l'analisi è, ovviamente, il più volte accennato art. 1337 cod. civ.

La formulazione aperta della norma lascia alla giurisprudenza il compito di determinare le fattispecie concrete nelle quali si sostanzia tale responsabilità, e le relative sanzioni.

La regola posta dall'art. 1337 cod. civ. assume il valore di una clausola generale che *“implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo a controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto.”*³¹¹.

A questo proposito, dunque, emerge lo stretto rapporto esistente tra l'obbligo di informazione e la buona fede pre-contrattuale.

Infatti, la fase delle trattative è deputata alla conoscenza dell'affare per consentire alle parti di valutarne la convenienza e, per questa ragione, dal generale precetto di buona fede derivano una serie di obblighi di informazione “atipici o innominati” che, come già detto, si definiscono di volta in volta, secondo le peculiarità del singolo caso concreto e la particolare forma di contrattazione.

Ebbene, tali obblighi impongono ai contraenti di comunicare tutte le circostanze giuridiche ed economiche che potrebbero incidere negativamente sull'equilibrio dello scambio³¹², ma se, da un lato, in alcuni casi è la Legge stessa a disporre precisi obblighi informativi (che sono quindi “tipici”), e soprattutto nelle contrattazioni caratterizzate da una forte

³¹¹ Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024.

³¹² F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 240: *“ciascuna di esse ha il dovere di dare notizia delle circostanze che appaiono ignote all'altra e che possono essere determinanti del suo consenso (tali per cui l'altra parte, sapendole, non avrebbe contrattato o avrebbe contrattato a condizioni diverse)”*.

asimmetria fra le parti, dall'altro invece ciò non avviene sempre. Di qui si può parlare di "obblighi informativi atipici".

Il Legislatore prevede espressamente un caso di responsabilità nonostante la validità del contratto *ex art. 1440 cod. civ.*: infatti, se i raggiri posti in essere da uno dei contraenti non sono tali da determinare il consenso, benchè senza di essi il contratto sarebbe stato concluso a condizioni diverse (ma, appunto, comunque concluso), il contratto è valido e si delinea l'obbligo di risarcire i danni. Pertanto, il dolo incidente è emblematico di questa situazione³¹³.

Peraltro, sono numerosi casi in cui, nonostante la validità del contratto, può porsi un problema di responsabilità: si pensi ad un errore determinante ma non essenziale, per esempio sui motivi, sul valore o sulla convenienza economica del contratto, riconoscibile con l'ordinaria diligenza da parte dell'altro contraente.

In dottrina si è parlato a questo proposito di "vizi incompleti del contratto"³¹⁴, così definiti in quanto privi di un qualche requisito richiesto dal Legislatore ai fini dell'invalidità del contratto, salvo il diritto al risarcimento del danno *ex art. 1440 cod. civ.*

Pertanto, tale norma, nella parte in cui considera valido il contratto affetto da dolo incidente, obbligando al risarcimento del relativo danno, rappresenta applicazione del modello della responsabilità pre-contrattuale *ex art. 1337*. Di conseguenza, esso è invocato per i vizi incompleti, espressione di un comportamento scorretto che abbia inciso, in violazione del canone di buona fede, sulla corretta determinazione a contrarre della controparte. Esemplicativamente, si pensi al caso del contratto frutto di violenza che non integri però gli estremi di una causa tipica di annullamento, e che sia al contempo idonea a concretare una lesione della libertà negoziale.

Ebbene, anche quando il vizio consistente nell'errore non sia tanto grave da annullare il contratto, potrebbe rilevare però in termini di *culpa in contrahendo*.

Analogo discorso sembrerebbe possibile per lo stato di bisogno *ex art. 1448 cod. civ.*, se la lesione non sia *ultra dimidium*.

³¹³ Cass. civ., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1192 ss.

³¹⁴ M. MANTOVANI, "Vizi incompleti del contratto", *cit.*

In tali ipotesi il contratto è valido ma il comportamento che lo ha preceduto è comunque fonte di risarcimento, poichè violativo delle regole di condotta ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.

Si precisa che parlare di responsabilità pre-contrattuale riconduce all'ambito delle trattative, ed è quindi bene sottolineare il rapporto sussistente tra le operazioni contrattuali dei consumatori e le trattative medesime: *“il dato costituito dalla assenza di trattativa individuale dovrebbe rimanere estraneo rispetto alla nozione di consumatore”*, posto che la debolezza contrattuale rispetto a cui si intende apprestare rimedio *“risiede non tanto nell'assenza di trattative e nella conseguente impossibilità di influire concretamente sul contenuto del contratto quanto nella indisponibilità di informazioni e conoscenze necessarie per valutare adeguatamente il rischio contrattuale e, dunque, nella c.d. asimmetria informativa tra professionista e consumatore.”*³¹⁵.

Come noto, ne deriva un obbligo di *disclosure* imposto al professionista-parte forte del rapporto al fine di superare la tipica asimmetria informativa ivi riscontrabile e così garantire una tutela adeguata della parte debole proprio a partire dalle fasi delle trattative e della conseguente formazione del contratto.

*“A rendere effettivo e consapevole il consenso è il possesso, da parte dei soggetti interessati all'affare, già nella fase delle trattative, di informazioni adeguate, esatte e sufficientemente complete. È ben difficile che all'acquisizione di questo bagaglio di conoscenze ciascuno pervenga grazie alla propria iniziativa o casualmente; tra l'altro, ci sono informazioni che non potrebbero essere apprese se ad altri non fosse imposto di trasmetterle. Un mix di autoinformazione ed informazione vale, dunque, a dar consistenza a quel bagaglio ed entrambe le voci hanno importanza nel rapporto (...).”*³¹⁶.

Infatti l'art. 1337 cod. civ. sancisce un reciproco obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle fasi precedenti e concomitante alla formazione del contratto.

*** o ***

³¹⁵ E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 1149 – 1183; V. FRANCHI, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. La tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, p. 862.

³¹⁶ G. GRISI, (voce) *Informazione (obblighi di)*, *cit.*, p. 599.

È stato infine sostenuto che gli obblighi legali di informazione siano regole di condotta destinate ad orientare il contegno del professionista proprio nel corso del rapporto. Pertanto, la loro violazione dovrebbe essere intesa come inadempimento, ossia come una vicenda propria del rapporto contrattuale, in conseguenza della quale la sanzione attivabile più adeguata sarebbe la risoluzione del contratto medesimo³¹⁷.

Ebbene, accogliendo tale tesi, il consumatore godrebbe di un'alternativa: domandare la risoluzione del contratto, e il connesso risarcimento del danno, essendo però tenuto alla restituzione di quanto eventualmente ricevuto da controparte in esecuzione del rapporto, oppure chiedere il solo risarcimento, trattenendo le prestazioni già eseguite (il cui valore verrà defalcato nella commisurazione del risarcimento all'interesse positivo).

Inoltre, posto che tra le parti di una trattativa è possibile riconoscere l'esistenza di un contatto sociale qualificato da un obbligo di comportamento secondo buona fede (ai sensi dell'art. 1337 cod. civ.), sarebbe preferibile affermare la natura contrattuale di una responsabilità sorta nella fase delle trattative.

Ne deriva una conseguenza importante sull'onere della prova. Se la violazione della correttezza, in questa fase, determina una responsabilità contrattuale, l'attore dovrà seguire il reparto probatorio fissato dai giudici di legittimità per la domanda di adempimento, risoluzione o risarcimento.

Sarà così sufficiente provare la fonte dell'obbligo (artt. 1337 o 1375 cod. civ.) e allegare l'inadempimento. Spetterà al debitore provare di aver adempiuto esattamente al dovere di buona fede.

“L'orientamento oggi prevalente ritiene che gli obblighi legali di informazione costituiscano regole di condotta destinate ad orientare il contegno del professionista nel corso del rapporto, tale per cui la loro violazione deve essere qualificata come inadempimento del rapporto contrattuale, sicché la sanzione viene individuata nella risoluzione del contratto e nella richiesta di risarcimento (Si vedono le fondamentali le sentenze gemelle delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione 19 dicembre 2007

³¹⁷ Tale orientamento è ravvisato da: Trib. Roma 31 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 2538 e ss. con nota di A. PALMIERI, *Prestiti obbligazionari, «default» e tutela «successiva» degli investitori: la mappa dei primi verdetti*; Trib. Genova, 15 marzo 2005, in *I Contratti*, n. 12, 2005, pp. 1102 ss., con nota di M. AMBROSOLI; Trib. Trani, 10 ottobre 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 5, 2007, pp. 621 e ss. con nota di A. TUCCI; Trib. Milano, 26 aprile 2006, in *Corr. giur.*, n. 11, 2006, pp. 1567 e ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*.

n. 26724 e 26725 sulla violazione dei doveri precontrattuali dei promotori finanziari, nonché, dai precedenti conformi, CC, sez. I, 29 settembre 2005 n. 19024).

In definitiva, la violazione degli obblighi di informazione dovrebbe essere trattata come la violazione di qualsiasi altro dovere di comportamento anche quando si verifichi nella fase delle trattative o durante lo svolgimento del procedimento di formazione del contratto e anche allorché tale violazione consista non nelle interruzione ingiustificata delle uno e dell'altro, ma in un comportamento che determina la conclusione di un contratto pregiudizievole per la parte Vittima del comportamento scorretto.

Nel solco di tale orientamento, si è evidenziato che gli obblighi informativi gravanti sui professionisti si collocano nella fase anteriore alla conclusione del contratto perché la loro violazione non può che integrare, a carico della parte inadempiente, una fattispecie di responsabilità precontrattuale.”³¹⁸.

Ebbene, se da un lato appare evidente come la risoluzione non sia sempre uno strumento proficuo per il consumatore (poiché comporta la rinuncia ai vantaggi connessi all'operazione contrattuale), dall'altro tale rimedio è di tipo giudiziale, e quindi si attiva con un atto di parte (il consumatore), la quale, in tal modo, esprime il proprio interesse a risolvere (e quindi a caducare) il contratto.

Invece, il risarcimento del danno appare conveniente quantomeno sotto il profilo della conservazione di tali vantaggi e della loro combinazione con il risultato dell'azione risarcitoria.

3. L'esigenza di riforma alla luce dei menzionati approdi in tema di rimedi.

A fronte delle analizzate teorie relativamente alla individuazione del rimedio più adeguato da esperirsi in caso di violazione di obblighi informativi pre-contrattuali, è possibile rilevare la fragilità del confine tra regole di validità e regole di condotta. Infatti, una scorrettezza *ante* stipulazione del negozio, consistente nella omessa informazione di un fatto determinante, può comportare la conformazione del contenuto dell'operazione,

³¹⁸ V. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2006, p. 411.

tramite il risarcimento, oppure essere il fondamento del vizio del dolo o dell'abuso dello stato di dipendenza, conseguentemente comportando l'invalidità del contratto.

Dall'ampliamento dell'ambito dei vizi del consenso deriva una minore distanza tra le due categorie di regole menzionate³¹⁹.

Ebbene, in precedenza si è cercato di comprendere appieno la rilevanza insita nell'approntare un livello di informazione adeguato in sede di trattative e di successiva stipulazione dei contratti tra consumatori e professionisti, altrimenti presentandosi una situazione di asimmetria (informativa)³²⁰.

In tali casi, l'intervento del Legislatore risulta necessario al fine di ri-equilibrare le contrapposte posizioni, ad esempio attraverso l'imposizione di limitazioni all'autonomia delle parti, consistenti nell'obbligo di rivelare le informazioni, nella previsione di un diritto di recesso a favore del consumatore o, ancora, nel divieto di determinate pratiche.

Una maggiore trasparenza nella fase pre-contrattuale dovrebbe permettere ai consumatori scelte più informate, il che a sua volta comporta un vantaggio a livello di circolazione dei traffici giuridici, con conseguente miglioramento del funzionamento del Mercato medesimo.

Così, infatti, potrebbero operare consumatori realmente informati, senza che vi sia il bisogno di sostituire, all'autonomia privata, processi decisionali di derivazione invece pubblicistica.

In questa direzione, fondamentale è stato il ruolo delle Istituzioni europee: precisamente, il fine ultimo delle politiche sovranazionali consiste nell'uniformare le regole riguardanti i rapporti tra professionisti e consumatori, per assicurare al Mercato interno regole precise (applicabili in ogni Stato membro) tanto ai rapporti transnazionali quanto a quelli interni.

Più nello specifico si ricordi che fin dal 2001 la Commissione europea sottolineava la mancanza di indicazioni chiare in merito alle sanzioni applicabili in caso di inottemperanza agli obblighi comunitari per l'informazione pre-contrattuale (il che comportava difficoltà

³¹⁹ Di ciò si ha una conferma considerando quanto avvenuto nell'ordinamento giuridico francese, ove l'ambito rimediabile è più esteso rispetto al nostro. Infatti, sono ivi riscontrabili da un lato il dolo omissivo ex art. 1137, comma 2, cod. civ.; dall'altro, la violenza, ex art. 1143 cod. civ. In tal senso v. A. GORGONI, *I vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. Merc.*, 1, 2018, p. 98.

³²⁰ *Id.*, 2015, p. 385: "Se poi si considera che nella contrattazione con il consumatore la fase della trattativa propriamente intesa tende sempre più a mancare a causa della sempre più diffusa standardizzazione del regolamento contrattuale, si comprende come cresca d'importanza la fase precontrattuale come unico momento prima della conclusione del contratto, in cui il consumatore deve essere adeguatamente informato sul contenuto del regolamento contrattuale stesso."

quanto all'opera di uniformazione del relativo settore)³²¹: ebbene, come si avrà modo di approfondire successivamente, nel 2014 il Codice del consumo è stato novellato proprio in tal senso.

La Direttiva 2011/83/UE (*Consumer Rights*)³²² rappresenta uno *step* di tale importante *iter*³²³: il progetto iniziale intendeva rivisitare quattro direttive³²⁴ preesistenti, ma ha infine conosciuto un ridimensionamento³²⁵, e questo soprattutto a fronte delle resistenze mosse all'attuazione di un'armonizzazione massima in materia consumeristica.

Infatti, secondo quanto già detto a riguardo in precedenza, tale tecnica intenderebbe pervenire ad un livello di tutela maggiore di quello attuale, mediante una normativa più uniforme tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione europea, operando sulla semplificazione e sulla razionalizzazione delle regole ivi previste. Tuttavia, ciò

³²¹ V. Allegato I (sull'*acquis* comunitario) alla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul Diritto contrattuale europeo dell'11 luglio 2001, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 20 del documento ufficiale.

³²² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica alla Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della Direttiva 99/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. È infine stata pubblicata nella G.U.U.E. il 22 novembre 2011, L. 304/64.

In dottrina, su direttiva e relativo decreto di attuazione (D.lgs. n. 21/2014) v.: V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 745 ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contr.*, 2014, pp. 796 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, II, pp. 311 ss.; G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, VII, 2012, pp. 611 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il neo formalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Leggi Civ. Comm.*, II, 2012, pp. 325 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La Direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in A. D'ANGELO – V. ROPPO (a cura di), *Annuario del Contratto*, Torino, 2011, pp. 30 ss.; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, *cit.*, pp. 861 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che resta*, in *Contr. Impr./Europa*, 2011, pp. 754 ss.

³²³ P. OCCHIUZZI, *Gli obblighi informativi*, in *Corriere Giur. -- Speciale*, 2014, p. 10: "si è tentato un concreto ravvicinamento delle legislazioni dei diversi Paesi europei, cercando di individuare un punto di equilibrio tra un livello elevato di protezione, nel rispetto del previsto principio di sussidiarietà, e la necessità, nel quadro del mercato unico transfrontaliero, di mettere finalmente a disposizione dei professionisti regole certe e uniformi, riducendo le significative differenze sussistenti tra le vendite nazionali e quelle transfrontaliere con una diminuzione dei costi di adempimento a carico dei commercianti garantendo nel contempo ai consumatori una corretta informazione e protezione."

³²⁴ Si tratta della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nel 2011 modificate, nonché della Direttiva 85/577/CEE del Consiglio e della Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nel 2011 abrogate.

³²⁵ In proposito si veda A. PALMIERI, *Quel che avanza dei diritti dei consumatori: una disciplina parziale e frammentaria (con qualche spunto interessante sul piano definitorio)*, in *La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011, n. 2011/83/UE)*, in *Foro it.*, 5, 2012.

determinerebbe al contempo un minore spazio in capo ai singoli ordinamenti nell'esercizio del potere discrezionale volto a individuare i rimedi più consoni a tale fine protettivo.

Trasponendo queste argomentazioni a livello pratico, il problema si concentrerebbe allora sui rimedi contrattuali esperibili dai consumatori in caso di violazione degli obblighi informativi pre-contrattuali. Ed infatti, ivi non può trascurarsi la mancanza di norme giuridiche che nell'ordinamento italiano specificamente si occupino dei rimedi previsti in siffatte circostanze, il che comporta la necessità di un'opera di interpretazione, nei formanti dottrinale e giurisprudenziale, attraverso il recupero di istituti di teoria generale.

Se questo è vero, deve anche considerarsi, tra gli obiettivi della Direttiva 2011/83/UE, quello volto proprio a incidere sui rimedi contrattuali³²⁶ in caso di violazione di norme prevedenti obblighi informativi nella fase pre-contrattuale.

Nel prosieguo si dovrà, pertanto, tentare una valutazione relativa all'influenza che il Legislatore europolitano ha avuto a livello interno, in specie sul piano delle modifiche introdotte nel Codice del consumo dal D.lgs. n. 21/2014 in punto di rimedi, anche per comprendere in quale direzione gli interventi futuri dovranno proseguire.

³²⁶ Pur nel rispetto di quanto previsto al Considerando n. 14.

CAPITOLO IV

I RECENTI INTERVENTI MODIFICATIVI SUL CODICE DEL CONSUMO NEL CONTESTO DELLA RIFORMA APPRONTATA DAL LEGISLATORE EUROUNITARIO

1. Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE e le modifiche apportate dal Decreto legislativo n. 21/2014.

La ormai più volte menzionata Direttiva 2011/83/UE è stata elaborata con finalità specifiche, tendenti ad incrementare alcuni aspetti problematici afferenti all'ambito della *Consumer protection*. È questa la ragione della sua denominazione "*Consumer Rights*": l'obiettivo ivi tendeva ad una tutela per i consumatori che fosse (una volta per tutte) adeguata, nonché ad "*un migliore funzionamento del Mercato interno tra imprese e consumatori.*"³²⁷.

Del resto, in una prospettiva generale, l'incipitario Considerando n. 2 solennemente prevedeva "*di semplificare e aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa*". In questo senso, la proposta di direttiva di per sé mirava financo a modificare e ad ampliare la disciplina del diritto contrattuale europeo, tramite il meccanismo di armonizzazione completa, dunque permettendo agli Stati membri di mantenere uno spazio di discrezionalità soltanto circoscritto a determinati aspetti, pur sempre in conformità alle disposizioni della direttiva, e su quanto non disciplinato da tale atto.

Per vero, la Direttiva 2011/83/UE è in definitiva risultata essere il frutto di una armonizzazione tanto totale quanto minima, così dando la possibilità di individuare il punto di equilibrio idoneo tra l'obiettivo eurounitario di un pieno sviluppo del mercato transfrontaliero, da un lato, e il bisogno dei Legislatori dei singoli Stati di applicare i propri tradizionali istituti, dall'altro.

³²⁷ Considerando n. 4 della Direttiva 2011/83/UE.

Attraverso il recepimento della Direttiva 2011/83/UE, avvenuto con il D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21³²⁸, il Codice del consumo è stato modificato³²⁹, sostituendo il Capo I, Titolo III della Parte III del Codice del consumo, limitatamente agli artt. 45 – 67.

Si è così inteso pervenire alla realizzazione di “*un effettivo Mercato interno dei consumatori, caratterizzato dall'equilibrio tra un elevato livello di tutela per costoro e la competitività delle imprese, così superando le disomogeneità tra gli attuali sistemi giuridici nazionali.*”³³⁰.

In specie, appunto, si intendeva operare sulla disciplina delle informazioni pre-contrattuali, volta a garantire una maggiore trasparenza e ad alimentare la fiducia degli acquirenti sul Mercato.

In origine il Capo I, Titolo III, Parte III del Codice del consumo era così articolato: gli artt. 45 – 49 disciplinavano i “*contratti negoziati fuori dei locali commerciali*”, e i seguenti artt. 50 – 61 i “*contratti a distanza*”.

Inoltre, ulteriori norme erano dirette a disciplinare la competenza territoriale per le controversie del consumatore (art. 63) e l'esercizio del diritto di recesso (artt. 64 – 67).

Il Legislatore, con il D.lgs. n. 21/2014, ha provveduto ad attuare la Direttiva 2011/83/UE, sostituendo integralmente il Capo I suddetto, facendo seguire agli artt. 45 – 47 quattro Sezioni, ospitanti gli artt. 48 – 67, ordinati secondo la struttura della direttiva, il cui art. 5 regola la informazione nei contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali; gli artt. 6 – 16 rivedono *funditus* la disciplina di quest'ultime due classi e del recesso, con le appendici degli artt. 17 – 22 e 23 – 27, relative rispettivamente agli “*altri diritti dei consumatori*” e alle “*disposizioni generali*”.

Procedendo con ordine, la Novella del 2014 riguarda, in particolare, il Titolo III della Parte III del Codice: il primo dei due Capi in cui tale titolo è distinto (rubricato “*Dei diritti dei consumatori nei contratti*”) ha subito le maggiori modifiche.

A parte l'aggiunta, *ex art.* 45, di definizioni ulteriori rispetto a quelle già da prima esistenti, l'ambito di applicazione del Capo I non è vasto come potrebbe sembrare dalla lettura

³²⁸ Decreto rubricato “*Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE*”, pubblicato in G.U. 11 marzo 2014, n. 58.

³²⁹ Nello specifico, l'art. 1 del D.lgs. n. 21/2014, rubricato “*Modifiche al Codice del consumo in attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*”, ha previsto la sostituzione del Capo I, Titolo III, Parte III del Codice del consumo, limitatamente agli artt. 45 – 67.

³³⁰ L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, cit., p. 325.

dell'art. 46, secondo cui le disposizioni delle quattro sezioni del capo si applicherebbero “a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore (...)”. In realtà, infatti, le nuove disposizioni si applicano anzitutto a quattro fattispecie contrattuali ben delineate, ossia ai contratti di vendita di beni mobili, ai contratti per la prestazione di servizi (non finanziari), ai contratti di somministrazione di gas, energia elettrica e teleriscaldamento, nonché ai contratti relativi a contenuti digitali non forniti su supporti materiali³³¹.

³³¹ L'estensione della categoria dei “contratti di vendita” si ricava dalle due definizioni di “bene” e di “contratto di vendita” rispettivamente contenute nelle lett. c) ed e) dell'art. 45 Cod. cons.: essa include qualsiasi contratto con il quale un professionista trasferisce o si impegna a trasferire al consumatore la proprietà di una o più cose mobili materiali (inclusi l'acqua, il gas o l'energia elettrica, se alienati in un volume delimitato o in una quantità determinata) ed il consumatore, per parte sua, si impegna a pagarne il prezzo. Sono pertanto senz'altro ricomprese in questa categoria tutte le compravendite in senso proprio di cose mobili, sia ad efficacia reale che ad efficacia obbligatoria (in particolare, le compravendite di cose generiche e di cose future), nonché i contratti di somministrazione periodica di cose mobili (art. 52, comma 2, lett. b), n. 3, Cod. cons.). Parrebbe invece doversi escludere che possano reputarsi ricompresi i contratti di permuta, stante la circostanza che la controprestazione contrattualmente posta a carico del consumatore viene indicata con il termine “prezzo”, normalmente impiegato per designare esclusivamente una controprestazione a contenuto pecuniario. Per contro, non vale ad impedire che un contratto traslativo della proprietà di un bene mobile debba qualificarsi come “vendita” la circostanza che il professionista, oltre a trasferire (o impegnarsi a trasferire) la proprietà (ed il possesso) della cosa, si obblighi altresì ad eseguire prestazioni aggiuntive ed accessorie di *facere*, ad esempio a fornire determinati servizi post-vendita (manutenzione, consulenza per l'utilizzazione del prodotto, ecc.).

La nozione dei contratti per la prestazione di servizi include qualsiasi contratto con il quale il professionista, verso il pagamento di un corrispettivo pecuniario, si impegna a fornire un servizio al consumatore (art. 45, lett. f, Cod. cons.): stante l'ampiezza della nozione di “servizi” accolta nel diritto UE, tale categoria deve ritenersi comprensiva di tutti i contratti a titolo oneroso con i quali il professionista si obbliga nei confronti di un consumatore ad eseguire una o più prestazioni di *facere*, materiale, giuridico e/o intellettuale, nonché dei contratti di locazione di cose mobili. Molti sono tuttavia i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi che vengono integralmente sottratti (dall'art. 47 Cod. cons.) all'applicazione delle disposizioni concernenti gli obblighi informativi pre-contrattuali inserite nelle Sezioni I-II del Capo I del Titolo III della Parte III del Codice del consumo: i contratti relativi ai *servizi sociali*, ed in particolare i servizi di assistenza all'infanzia e di sostegno alle famiglie e alle persone che si trovino in stato di bisogno (lett. a) dell'art. 47); i contratti aventi ad oggetto *servizi di assistenza sanitaria*, per tali dovendosi intendere i servizi prestati da professionisti sanitari a pazienti al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, ivi compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici (lett. b) dell'art. 47 Cod. cons.); i contratti con i quali il professionista, a fronte del pagamento di una posta in denaro, ammette il consumatore a partecipare a *scommesse e giochi di fortuna*, quali le lotterie e i giochi dei casinò (lett. c) dell'art. 47 Cod. cons.); i contratti per la prestazione di *servizi finanziari*, per tali dovendosi intendere i servizi bancari e di credito, i servizi di pagamento, le assicurazioni e i servizi di investimento (lett. d) dell'art. 47 Cod. cons.); i contratti (d'appalto) per la costruzione di nuovi edifici o la “trasformazione sostanziale” di edifici esistenti (lett. f) dell'art. 47 Cod. cons.); i contratti di locazione di alloggi destinati a scopo abitativo/residenziale (lett. f) dell'art. 47 Cod. cons.); i contratti aventi ad oggetto la prestazione di *servizi turistici*, rientranti nell'ambito di operatività della disciplina contenuta negli artt. 32 – 51 del Codice del turismo (lett. g) dell'art. 47 Cod. cons.); i “contratti di multiproprietà”, i contratti relativi ai “prodotti per le vacanze di lungo termine” e i “contratti di rivendita” e di “scambio”, che rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 69 – 81 Cod. cons. (lett. h) dell'art. 47 Cod. cons.); i contratti per la prestazione di *servizi di trasporto di persone*, ai quali si applica il solo artt. 51, comma 2, Cod. cons. (lett. m) dell'art. 47); i contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la prestazione di servizi di telecomunicazione che un consumatore conclude con un operatore per utilizzare un telefono pubblico a pagamento ovvero per utilizzare un singolo collegamento tramite *fax*, telefono o *internet* (lett. o) dell'art. 47 Cod. cons.).

In aggiunta, quanto al profilo oggettivo di applicazione della normativa, il successivo art. 47 del Codice indica le categorie dei contratti “esclusi” dalla disciplina, elenco in cui, ferme restando le previsioni della disciplina precedente (su contratti negoziati fuori dei locali commerciali e contratti a distanza), si ravvisano oggi ulteriori ipotesi, a prescindere dalla modalità di conclusione del contratto³³².

Ancora. La portata dell’art. 46 Cod. cons. dev’essere ridimensionata, anche a fronte della nuova normativa relativa al diritto di recesso (Sezione II del Capo I), che richiama soltanto le due categorie negoziali dei contratti a distanza e conclusi fuori dei locali commerciali (artt. 52 e 55).

Di conseguenza, si ricava che poche norme, tra quelle novellate dal D.lgs. n. 21/2014, possono vantare un carattere “generale”: si tratta delle disposizioni *ex* artt. 66 – 66 *quinquies*, incluse nella Sezione IV (appunto rubricata “*Disposizioni generali*”).

Discorso simile può essere fatto nella specifica materia degli obblighi di informazione, in cui il significato e la portata della “generalizzazione” appaiono più limitati di quanto, *prima facie*, potrebbe sembrare.

Sono infatti riscontrabili discipline tra loro differenziate, nonostante sia comunque possibile individuarne un nucleo (minimo) comune.

Proprio su tali aspetti l’analisi dev’essere concentrata, ed in particolare, nel prosieguo del presente paragrafo, ci si riferisce soprattutto sugli artt. 49 e 48 Cod. cons. (sostituiti dall’art. 1 del D.lgs. n. 21/2014).

Tali norme riguardano gli obblighi informativi imposti, da un lato, in caso di contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali e, dall’altro, per le altre fattispecie di contratti stipulati tra consumatori e professionisti.

Ex artt. 49 – 51 si ravvisano il contenuto e la forma di un obbligo informativo specifico “*a statuto forte*”³³³.

Si delineano dunque due regimi differenti dell’informazione *in contrahendo* al consumatore.

³³² G. D’AMICO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Padova, 2015, p. 4.

³³³ S. PAGLIANTINI, *La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I Contratti*, 8 – 9, 2014, p. 797.

Del resto, che l'informazione consumerista debba declinarsi al plurale, mancando una regola o un rimedio che funga da fattore agglutinante, è dato oramai pressoché pacifico. Ebbene, nell'ambito delle operazioni negoziali svolte “al di fuori dei locali commerciali”³³⁴, il venditore di norma si presenta al potenziale acquirente-consumatore in luoghi non deputati allo svolgimento di trattative commerciali. Da questa semplice affermazione deriva la statuizione per cui siano per forza contratti conclusi fuori dei locali commerciali tutti i “contratti a distanza”³³⁵.

Purtuttavia, sussistono determinate differenze. Infatti, in base al disposto dell'attuale art. 45, comma 1, lett. g), è qualificabile come “a distanza” *“qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso”*.

Invece, nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali si delinea la presenza fisica e contestuale della parte (potenziale) contraente che offre il bene o servizio, da un lato, e del consumatore medesimo, dall'altro. Ebbene, ciò contribuisce a creare il cosiddetto “effetto sorpresa”, che, a sua volta, genera una tipica potenzialità aggressiva.

Pertanto, da quanto rilevato, è evidente che proprio nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali sia riscontrabile quantomeno un margine di negoziazione e di documentazione scritta.

Non è così in caso di contratti stipulati a distanza³³⁶.

*** o ***

³³⁴ Prima dell'avvento del Codice del consumo, i contratti negoziati fuori dei locali commerciali erano disciplinati dal Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50, recante attuazione della Direttiva 85/577/CEE. Originariamente (*ante* riforma del D.lgs. n. 21/2014) la Sezione I, Capo I, Titolo III era rubricata “*Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*”.

³³⁵ Prima dell'avvento del Codice del consumo, i contratti a distanza erano disciplinati dal Decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, recante attuazione della Direttiva 97/7/CE. Originariamente (*ante* riforma del D.lgs. n. 21/2014), l'art. 50 Cod. cons. descriveva il “contratto a distanza” come “*il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso (..)*”.

³³⁶ V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 381.

Fatte tali brevi premesse in merito all'ambito di intervento della riforma del 2014, e al fine di procedere ad un loro corretto approfondimento utile, devono considerarsi i testi delle norme che saranno di seguito oggetto di approfondimento:

Art. 48, D.lgs. n. 206/2005: *“Obblighi d'informazione nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali.*

1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto diverso da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le seguenti informazioni in modo chiaro e comprensibile, qualora esse non siano già apparenti dal contesto:

a) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;

b) l'identità del professionista, l'indirizzo geografico in cui è stabilito e il numero di telefono e, ove questa informazione sia pertinente, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale egli agisce;

c) il prezzo totale dei beni o servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o dei servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se applicabili, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore;

d) se applicabili, le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare il servizio e il trattamento dei reclami da parte del professionista;

e) oltre a un richiamo dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, l'esistenza e le condizioni del servizio postvendita e delle garanzie commerciali, se applicabili;

f) la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni di risoluzione del contratto;

g) se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;

h) qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabili.

2. Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, si applicano anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale.

3. Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, non si applicano ai contratti che implicano transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione.

4. È fatta salva la possibilità di prevedere o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale per i contratti ai quali si applica il presente articolo.

5. Sono fatte salve le disposizioni di cui agli articoli da 6 a 12 del presente Codice.”.

Art. 49, D.lgs. n. 206/2005: “Obblighi di informazione nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

1. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta, il professionista fornisce al consumatore le informazioni seguenti, in maniera chiara e comprensibile:

a) le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi;

b) l'identità del professionista;

c) l'indirizzo geografico dove il professionista è stabilito e il suo numero di telefono, di fax e l'indirizzo elettronico, ove disponibili, per consentire al consumatore di contattare rapidamente il professionista e comunicare efficacemente con lui e, se applicabili, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista per conto del quale agisce;

d) se diverso dall'indirizzo fornito in conformità della lettera c), l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può indirizzare eventuali reclami e, se applicabile, quello del professionista per conto del quale agisce;

e) il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte o, se la natura dei beni o servizi comporta l'impossibilità di calcolare ragionevolmente il prezzo in anticipo, le modalità di calcolo del prezzo e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione,

consegna o postali e ogni altro costo oppure, qualora tali spese non possano ragionevolmente essere calcolate in anticipo, l'indicazione che tali spese potranno essere addebitate al consumatore; nel caso di un contratto a tempo indeterminato o di un contratto comprendente un abbonamento, il prezzo totale include i costi totali per periodo di fatturazione; quando tali contratti prevedono l'addebitamento di una tariffa fissa, il prezzo totale equivale anche ai costi mensili totali; se i costi totali non possono essere ragionevolmente calcolati in anticipo, devono essere fornite le modalità di calcolo del prezzo;

f) il costo dell'utilizzo del mezzo di comunicazione a distanza per la conclusione del contratto quando tale costo è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base;

g) le modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, la data entro la quale il professionista si impegna a consegnare i beni o a prestare i servizi e, se del caso, il trattamento dei reclami da parte del professionista;

h) in caso di sussistenza di un diritto di recesso, le condizioni, i termini e le procedure per esercitare tale diritto conformemente all'articolo 54, comma 1, nonché il modulo tipo di recesso di cui all'allegato I, parte B;

i) se applicabile, l'informazione che il consumatore dovrà sostenere il costo della restituzione dei beni in caso di recesso e in caso di contratti a distanza qualora i beni per loro natura non possano essere normalmente restituiti a mezzo posta;

l) che, se il consumatore esercita il diritto di recesso dopo aver presentato una richiesta ai sensi dell'articolo 50, comma 3, o dell'articolo 51, comma 8, egli è responsabile del pagamento al professionista di costi ragionevoli, ai sensi dell'articolo 57, comma 3;

m) se non è previsto un diritto di recesso ai sensi dell'articolo 59, l'informazione che il consumatore non beneficerà di un diritto di recesso o, se del caso, le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso;

n) un promemoria dell'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni;

o) se applicabili, l'esistenza e le condizioni dell'assistenza postvendita al consumatore, dei servizi postvendita e delle garanzie commerciali;

p) l'esistenza di codici di condotta pertinenti, come definiti all'articolo 18, comma 1, lettera f), del presente Codice, e come possa esserne ottenuta copia, se del caso;

q) la durata del contratto, se applicabile, o, se il contratto è a tempo indeterminato o è un contratto a rinnovo automatico, le condizioni per recedere dal contratto;

- r) se applicabile, la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto;
- s) se applicabili, l'esistenza e le condizioni di depositi o altre garanzie finanziarie che il consumatore è tenuto a pagare o fornire su richiesta del professionista;
- t) se applicabile, la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica;
- u) qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software, di cui il professionista sia a conoscenza o di cui ci si può ragionevolmente attendere che sia venuto a conoscenza, se applicabile;
- v) se applicabile, la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto e le condizioni per avervi accesso.

2. Gli obblighi di informazione precontrattuali, di cui al comma 1, si applicano anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o in quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale.

3. Nel caso di un'asta pubblica, le informazioni di cui al comma 1, lettere b), c) e d), possono essere sostituite dai corrispondenti dati della casa d'aste.

4. Le informazioni di cui al comma 1, lettere h), i) e l), possono essere fornite mediante le istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A. Il professionista ha adempiuto agli obblighi di informazione di cui al comma 1, lettere h), i) e l), se ha presentato dette istruzioni al consumatore, debitamente compilate.

5. Le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti.

6. Se il professionista non adempie agli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive o gli altri costi di cui al comma 1, lettera e), o sui costi della restituzione dei beni di cui al comma 1, lettera i),

il consumatore non deve sostenere tali spese o costi aggiuntivi.

7. Nel caso di utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale, le informazioni di cui al comma 1 sono fornite, ove il consumatore lo richieda, in lingua italiana.

8. Gli obblighi di informazione stabiliti nella presente sezione si aggiungono agli obblighi di informazione contenuti nel decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e successive

modificazioni, e nel decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni, e non ostano ad obblighi di informazione aggiuntivi previsti in conformità a tali disposizioni.

9. Fatto salvo quanto previsto dal comma 8, in caso di conflitto tra una disposizione del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, e successive modificazioni, sul contenuto e le modalità di rilascio delle informazioni e una disposizione della presente sezione, prevale quest'ultima.

10. L'onere della prova relativo all'adempimento degli obblighi di informazione di cui alla presente sezione incombe sul professionista.”.

Come si avrà modo di dire, le norme ivi riportate presentano alcune differenze sostanziali. In breve, ed in primo luogo, l'armonizzazione si è realizzata nella sua forma “massima” unicamente con riferimento ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza. Invece, al di fuori di tali settori permane una armonizzazione “minima”: è stata infatti demandata agli Stati membri la facoltà di “*emanare o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale*” (art. 5, par. 4, Direttiva 2011/83/UE e art. 48, Cod. cons.). Ebbene, il Legislatore italiano, in sede di recepimento, non si è avvalso di questa possibilità e, quindi, il catalogo di informazioni previsto dall'art. 48 solo riflette il contenuto dell'art. 5 della direttiva.

In secondo luogo, il novero di informazioni relative ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali risulta maggiormente dettagliato e, soprattutto, a differenza della disciplina generale (definita in dottrina “*a statuto debole*”³³⁷), in esso compaiono anche alcune indicazioni rimediali.

Al fine di comprendere appieno la portata della Novella del 2014, in materia di obblighi informativi nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti, nonché (soprattutto) quanto ai conseguenti rimedi esperibili, appare necessario approfondire i testi degli artt. 48 e 49 Cod. cons., comprenderne le specificità ed al contempo le più evidenti differenze.

Del resto, risulta ora fondamentale evidenziare quanto già enucleato dalla stessa dottrina sul punto: infatti, “*La «questione dei rimedi» si pone come la «questione cruciale» in tema di doveri d'informazione, dal momento che il forte accento posto dal diritto comunitario*

³³⁷ Specularmente allo statuto “forte” di cui ai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, per cui si veda S. PAGLIANTINI, *La riforma del Codice del consumo*, cit.

su questo strumento di tutela rischia di essere vanificato dalla incapacità di realizzare un sistema di sanzioni e rimedi evoluto e coerente.”³³⁸.

1.1. Analisi del riformato art. 48 Cod. cons.

L’art. 48, Cod. cons., collocato nella Sezione I (rubricata “*Informazioni precontrattuali per i contratti diversi dai contratti a distanza e dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali*”) tratta della disciplina degli obblighi informativi nei contratti in generale³³⁹, e prescrive il contenuto minimo degli obblighi di informazione pre-contrattuale in capo al professionista laddove costui concluda un contratto con un consumatore³⁴⁰, a prescindere dalle particolari modalità di conclusione del medesimo, come nel caso dei contratti a distanza e dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali, per i quali sono richieste informazioni *ad hoc* e aggiuntive.

Tali informazioni ineriscono al contratto di per sé, nonché agli obblighi che da questo discendono, e devono riguardare i principali elementi dell’offerta (quindi, ad esempio, le caratteristiche principali dei beni e servizi, l’identità del professionista e dell’eventuale intermediario, il prezzo, le eventuali modalità di pagamento), i diritti e le facoltà riconosciute al consumatore dalla legge (compresi quelli derivanti dalla garanzia legale di conformità).

La previsione di obblighi informativi minimi parimenti per i negozi non rientranti nella categoria dei contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali permette di parlare di una informativa pre-contrattuale “*generale a statuto debole*”³⁴¹, ed inoltre rappresenta una delle principali novità introdotte dal recepimento della Direttiva 2011/83/UE nell’impianto normativo a tutela del consumatore. Del resto, fino ad oggi, l’imposizione di precisi obblighi informativi nella fase pre-contrattuale era prevista solo per ben determinate

³³⁸ T. FEBBRAJO, *L’attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contr. impr./Eur.*, 2, 2015, p. 483.

³³⁹ Fino ad ora i professionisti che proponevano contratti siffatti potevano considerarsi gravati – in positivo – soltanto dall’evanescente e generico obbligo di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 5 Cod. cons., per la cui violazione non risultava peraltro comminata alcuna sanzione specifica, fermo restando naturalmente che ad essi trovava (e continua a trovare) applicazione il divieto generale di ricorrere a pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori sancito dall’art. 20 Cod. cons.

³⁴⁰ Sulla falsa riga di quanto già accade per i contratti di multiproprietà e di viaggio.

³⁴¹ S. PAGLIANTINI, *La riforma del Codice del consumo*, cit.

tipologie di contratto a seconda dell'oggetto (multiproprietà, pacchetti turistici,..) o delle tecniche di negoziazione adottate (il riferimento è qui ai contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali).

In passato, generalmente, comportamenti posti in essere dal professionista in fase pre-contrattuale erano sottoposti soltanto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, non potendosi considerare perseguibile l'omissione di informazioni non al contempo idonea ad incidere sulla decisione commerciale del consumatore.

Se questo è vero, oggi, in virtù della nuova disciplina derivante dalla modifica del Codice del consumo, anche queste attività oramai risultano censurabili in quanto tali.

L'art. 48 *de quo* assume quindi valore particolare, in quanto estende l'obbligo di una corretta informazione pre-contrattuale a tutti i contratti stipulati da consumatori, anche se diversi da quelli conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali.

Di conseguenza, la difficoltà principale posta da tale norma riguarda proprio la individuazione del novero di contratti da intendersi come inclusi entro la categoria dei contratti “diversi da quelli conclusi a distanza o fuori dei locali commerciali”.

Ebbene, secondo una prima lettura, ivi rientrano i contratti negoziati “nei” locali commerciali, ossia presso “*qualsiasi locale immobile adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita la sua attività*” sia “*su base permanente*” (art. 45, comma 1, lett. i, n. 1) sia “*a carattere abituale*” (art. 45, comma 1, lett. i, n. 2).

Sono importanti alcuni negozi rispetto ai quali le regole devono essere rispettate: le cosiddette aste *on line*; i contratti di somministrazione di “*acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento*” (anche se forniti da “prestatori pubblici”); i “*contratti di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale*”, con i quali sono così individuate le forniture *on line* di *software* o i prodotti fruibili in *streaming*, sino ad includere anche la messa a disposizione di spazi digitali.

Proprio rispetto a queste fattispecie contrattuali acquista particolare rilievo l'obbligo di fornire le informazioni di cui all'art. 48 Cod. cons.

La elencazione di informazioni ivi presente ha portata generale, poiché relativa ad ogni rapporto di consumo privo di una autonoma disciplina, e “*benchè non esaustiva, certamente*

concorre a dare consistenza oggettiva all'obbligo di correttezza già dettato in via generale dalla norma dell'art. 1337 c.c."³⁴².

*** o ***

Se l'art. 48 considera le informazioni per la generalità dei contratti dei consumatori, il successivo art. 49 è invece specificamente rivolto ai contratti negoziati a distanza o fuori dei locali commerciali: infatti *"Il Legislatore europeo, avendo tradizionalmente privilegiato regole informative con portata precettiva circoscritta a specifiche attività negoziali, aveva lasciato senza tutela il consumatore coinvolto in scambi privi di una propria regolamentazione e, tuttavia, connotati da asimmetria informativa.*

Le contrastanti opinioni dottrinali e giurisprudenziali rendevano, inoltre, insicuro ogni tentativo di configurare un obbligo generale di informazione fondato sul precetto della buona fede in contrahendo."³⁴³.

Le due norme condividono l'incipit, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da una corrispondente offerta: ecco la *ratio* di sottolineare la valenza propria di un'informativa pre-negoziale e del modo in cui fornirla (se è vero che l'informare deve avvenire in modo chiaro e comprensibile), mentre è significativamente diversa la parte finale, in quanto l'obbligo appena indicato, secondo cui l'operatore professionale deve fornire al consumatore una informazione che sia chiara e comprensibile, vincola il primo laddove le suddette informazioni *"non siano già apparenti dal contesto"* unicamente per i contratti retti dall'art. 48 Cod. cons.

Tuttavia, è pur vero che la formula ricorreva pure nella formulazione originaria della direttiva del 2008, ma per lo meno quella versione riconosceva alla suddetta informativa quella natura di parte integrante del contratto scomparsa viceversa nell'ultimo testo.

Tale problematica in passato era stata affrontata a seguito dell'attuazione della Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

³⁴² V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., XV.

³⁴³ F. RENDE, *Art. 48*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 110.

Tuttavia, il divieto di omissioni ingannevoli ivi non coincideva con la previsione di obblighi informativi³⁴⁴. Si tratta, infatti, di due strumenti eterogenei³⁴⁵. Il primo comporta un obbligo informativo plasmabile secondo le esigenze concrete della singola operazione, mentre dalla seconda derivano obblighi che devono essere adempiuti nel rispetto di determinati vincoli temporale e contenutistici.

Ai sensi dell'art. 22 Cod. cons. i dati da comunicare devono ricostruirsi in relazione alle circostanze che connotano la relazione di consumo e al rilievo da tali elementi eventualmente assunti quanto all'*an* e al *quomodo* dello scambio.

Laddove i suddetti dati siano indicati in un elenco tassativo, il professionista vi si dovrà certamente attenere, ma, com'è logico, problemi possono emergere laddove non vi sia un tale *numerus clausus*: pertanto, ivi l'operatore ha l'obbligo di comunicare, in tempo utile e opportuno, tutte le informazioni che nella fattispecie concreta siano decisive per permettere a controparte di decidere di stipulare consapevolmente.

Ebbene "(..) l'art. 22 Cod. cons., pur rivestendo un ruolo di rilievo precipuo all'interno del panorama delle regole informative, non si presta a fornire al professionista indicazioni sicure in ordine ai dati da mettere a disposizione del consumatore prima della conclusione dell'affare."³⁴⁶

Di talchè è spiegata la *ratio* sottesa all'attuale art. 48 Cod. cons.

In particolare, dal testo della norma si ricava che le informazioni debbano essere trasmesse al consumatore in modo "*chiaro e comprensibile*"³⁴⁷ (quindi semplice ed esaustivo³⁴⁸)

³⁴⁴ C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 784; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, *ibidem*, 2010, p. 418.

In chiave dubitativa: U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 74.

Di segno contrario: A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, pp. 324 ss.

³⁴⁵ Sui rapporti tra il novellato art. 48 cod. cons. e il divieto di omissioni ingannevoli, v. P. OCCHIUZZI, *Gli obblighi informativi*, in *Corr. giur.*, All. 1, 2014, pp. 10 ss.; S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, p. 12.

³⁴⁶ F. RENDE, *Art. 48, cit.*, p. 111.

³⁴⁷ L'espressione richiama quella già contenuta nell'art. 35 Cod. cons.: la "chiarezza" va intesa come "materiale leggibilità" delle informazioni e la "comprensibilità" è da intendersi come possibilità di accesso al significato del dato trasmesso (a titolo di esempio si veda il comma 3 dell'art. 51).

L'informazione, in definitiva, dovrà essere fornita con particolari accorgimenti di redazione che dovrebbero assicurarne l'immediata percettibilità da parte del consumatore. Tale funzione viene garantita anche dalla previsione della consegna di una informativa al cliente su modello di quanto predisposto per le istruzioni sul diritto di recesso (allegato I, parte A).

³⁴⁸ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva, cit.*, p. 54, spec. note 34 e 35.

prima che costui sia vincolato³⁴⁹, peraltro con esclusione delle informazioni che siano “già apparenti dal contesto”, ossia di quelle che il consumatore può conoscere con uno sforzo di diligenza minimo³⁵⁰. Esemplicativamente, il riferimento è alle caratteristiche immediatamente percepibili di un prodotto “semplice”, o al prezzo (se indicato in un listino utilizzabile per effettuare le ordinazioni o direttamente apposto al prodotto offerto): in definitiva, il riferimento è ad informazioni acquisibili quasi inconsapevolmente³⁵¹.

In mancanza di una previsione analoga a quella contenuta nell’art. 49, comma 10, Cod. cons.³⁵², in dottrina non vi è uniformità di opinioni nell’individuazione del soggetto gravato dall’onere di provare l’adempimento degli obblighi informativi (che in base alla norma *de qua* è il professionista)³⁵³.

Taluni ritengono impraticabile, nel caso di specie, una applicazione analogica.

Altra dottrina, invece, reputa che il comma 10 dell’art. 49 sia espressione di un principio generale enunciato anche *ex art.* 34, comma 5, Cod. cons.

Ebbene, nell’art. 48 manca un precetto che, come è nel caso dell’art. 49, comma 10, addossi al professionista l’onere probatorio relativo all’adempimento dell’obbligo informativo.

Tuttavia, il disposto dell’art. 34, comma 5, Cod. cons. è espressivo di una regola generale, sicché, nonostante l’art. 49 comma 10 faccia riferimento ad un onere probatorio del professionista relativo agli “*obblighi di informazione di cui alla presente sezione*”, non c’è

³⁴⁹ Altrimenti venendo a delinearsi una pratica commerciale scorretta.

La norma non richiede al professionista di adempiere gli obblighi informativi in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato dal contratto o dalla offerta, con ciò consentendo nel nuovo impianto normativo il rilascio di informazioni pre-contrattuali anche in una fase immediatamente precedente al perfezionamento del contratto. Questa scelta legislativa ha suscitato perplessità, in quanto rischia di pregiudicare la funzione degli obblighi informativi pre-contrattuali connessi alla ponderazione dell’operazione giuridico-economica che il consumatore si accinge a porre in essere, soprattutto se si considera che, nei contratti diversi da quelli conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore non ha la facoltà di liberarsi dal vincolo contrattuale con l’esercizio del diritto di recesso, in quanto non previsto per detta categoria di contratti.

³⁵⁰ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva, cit.*, p. 57; ID., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *NLCC*, 2014, p. 929.

Il presupposto è identico a quello contemplato nel comma 4 dell’art. 22 Cod. cons., recante l’elenco delle informazioni che, tutte le volte in cui un professionista rivolga a consumatori un “invito all’acquisto”, debbono – appunto se “non risultano già evidenti dal contesto” – considerarsi “rilevanti” (*rectius*: essenziali).

³⁵¹ F. RENDE, *Art. 48, cit.*, pp. 112 – 113.

³⁵² Art. 49, comma 10, Cod. cons.: “*L’onere della prova relativo all’adempimento degli obblighi di informazione di cui alla presente sezione incombe sul professionista.*”.

³⁵³ S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 867; F. SCAVONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, p. 470.

motivo per credere che quanto vige per i contratti fuori dei locali commerciali e per quelli a distanza non debba valere per gli altri contratti retti dalla Direttiva 2011/83/UE.

Il contenuto dell'obbligo *ex art. 48* attiene a informazioni in relazione alle caratteristiche principali dei beni o servizi offerti nella misura adeguata al supporto impiegato e/o alla natura dei beni o dei servizi stessi, all'identità del professionista, al prezzo totale dei beni, modalità di pagamento, alle informazioni sulla garanzia legale di conformità e eventuali garanzie commerciali; alla durata del contratto e ove applicabile, alla funzionalità del contenuto digitale e dell'interoperabilità dei *software* e *hardware*³⁵⁴.

Più nello specifico, considerando il contenuto delle informazioni pre-contrattuali, ai sensi dell'art. 48 Cod. cons., il professionista è tenuto a fornire tanto i principali elementi dell'offerta (caratteristiche principali dei beni e servizi, identità propria e dell'eventuale intermediario, prezzo,..), quanto i diritti e le facoltà riconosciute al consumatore dalla legge (compresi i diritti derivanti dalla garanzia legale di conformità).

Le informazioni preliminari, il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, vanno fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, in linea con il rispetto dei principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

Si tratta di una disciplina uniforme, talora connotata da inderogabilità assoluta, eccezion fatta per le informazioni addizionali e i procedimenti di conclusione del contratto previsti da altre normative “speciali” di derivazioni comunitaria.

I successivi commi 2 e 3 dell'art. 48 Cod. cons. prevedono l'applicazione di tali obblighi informativi anche per i contratti relativi alla fornitura di acqua, gas o elettricità, ma ne escludono le transazioni quotidiane ed eseguite immediatamente al momento della loro conclusione. Si tratta di una eccezione ampia, afferente in generale alle contrattazioni della vita quotidiana, connotate spesso da un contenuto economico non rilevante e per essere ad esecuzione istantanea, senza che vi sia bisogno di creare un rapporto pre-contrattuale (entro il quale avrebbero trovato spazio gli obblighi informativi *de quibus*)³⁵⁵. Peraltro, buona parte di tali operazioni risulta assistita da obblighi informativi il cui adempimento è

³⁵⁴ V. art. 48, comma 1, lett. a) – h).

³⁵⁵ G. D'AMICO, *Introduzione*, cit., p. 9.

demandato al produttore ad esempio per mezzo dell'etichetta, tramite cui il consumatore apprende direttamente le principali informazioni sul tipo di bene che intende acquistare.

Inoltre, a differenza di quanto previsto per i contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 48 non pone l'onere probatorio su l'assolvimento degli obblighi informativi a carico del professionista-controparte del consumatore in un'operazione negoziale che non rientri tra quelle di cui all'art. 49³⁵⁶.

Nello specifico, considerando più in particolare il terzo comma dell'art. 48, Cod. cons., l'obbligo generale di informazione non è dovuto nei contratti implicanti “*transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione*”.

Le operazioni minute di consumo, per soddisfare interessi familiari o personali, sono il prototipo degli scambi senza accordo: anche la mancata imputazione di obblighi informativi è *market oriented*, con il vantaggio concorrente di evitare un'esplosione di contenzioso per una miriade di operazioni bagatellari. Non è da escludere, anche se il dubbio rimane, che la vera esimente normativa sia in realtà costituita dal fatto di un'esecuzione istantanea coeva alla stipula: non a caso, interpretando *a contrario*, l'obbligo informativo risorge quando il contratto, seppur concluso per esigenze di vita quotidiana, sia di durata o sia ad esecuzione differita.

Se le eccezioni di cui agli artt. 47, comma 2 e 48, comma 3 non trovano una corrispondenza nell'area dei contratti a distanza, posto che il Legislatore ha voluto differenziare senza ritagliare un qualche sottoinsieme di privilegio per il professionista *online*, c'è anche da considerare che il corpo normativo della novella risulti caratterizzato da eccezioni. Esemplificativamente, *ex art. 47, comma 1, lett. m)*, Cod. cons., i contratti relativi al trasporto passeggeri sono esclusi dal campo di applicabilità delle disposizioni in oggetto, tranne che per il numero chiuso degli artt. 51, comma 2 (sul pagamento *online* contestuale alla stipula), 62 (sulle tariffe per l'utilizzo di mezzi di pagamento) e 65 (sui pagamenti supplementari).

Determinati ambiti di disciplina (art. 50, comma 2, 3 e 4 lett. a)) trovano poi applicazione soltanto su consenso espresso o su richiesta del consumatore. Talvolta il diritto di recesso è rinunciabile all'atto della stipula (art. 59, comma 1, lett. a)), mentre i commi 3 e 5 dell'art. 61 considerano un recesso di impugnativa azionabile nei casi di omessa o tardiva consegna

³⁵⁶ Eppure, tale lacuna è colmabile, tramite applicazione analogica del comma 1 dell'art. 49 Cod. cons.

per colpa del professionista, nonostante forse possa invocarsi anche nelle ipotesi di impossibilità sopravvenuta non imputabile.

Da quanto detto risulta evidente che il D.lgs. n. 21/2014 si presenti come un corpo normativo complesso.

Attualmente, grazie alla nuova disciplina, anche queste attività diventano censurabili in quanto tali. Ed inoltre, si evidenzia altresì come gli obblighi di informazione investano non solo la fase precedente la conclusione del contratto (fondamentale da considerare ai nostri fini) ma anche quelle relative al perfezionamento dell'accordo e alla successiva esecuzione del rapporto contrattuale, funzionali ad entrambi gli aspetti della consapevole formazione del consenso e della corretta gestione del rapporto contrattuale.

Infine, tra gli aspetti più rilevanti della disciplina vi sono quelli inerenti alla necessità di sottoporre alcuni atti negoziali a vincoli di forma ed inoltre quelli attinenti all'esigenza di una informazione pre-contrattuale molto dettagliata.

In ogni caso lo scopo perseguito consiste nel garantire al consumatore il massimo della trasparenza negoziale³⁵⁷.

1.2. Analisi del riformato art. 49 Cod. cons.

La previa disciplina dei contratti conclusi fuori dei locali commerciali impegnava il professionista a comunicare al consumatore soltanto i dati relativi a esistenza e modalità di esercizio del diritto di pentimento (art. 47, *ante* riforma).

Quanto invece all'ambito dei contratti conclusi a distanza, era predisposto un ben più articolato novero delle informazioni da trasferire al consumatore (art. 52, Cod. cons., *ante* riforma).

Era evidente, dunque, la differente tutela nell'uno e nell'altro caso. La *ratio* di ciò non era chiara: infatti, non poteva essere considerata come plausibile giustificazione la differente tecnica di contrattazione utilizzata, e, oltre a ciò, identica era (ed è) in entrambi i casi la condizione di asimmetria informativa in capo al consumatore.

³⁵⁷ Sul controllo di trasparenza nelle contrattazioni v.: L. DI NELLA, *La tutela dei consumatori, Il diritto della distribuzione commerciale*, a cura di L. DI NELLA – L. MEZZASOMA, Napoli, 2008, pp. 245 ss.

Di conseguenza, uguali erano le esigenze di tutela.

Attualmente, grazie alla riforma del 2014, è stata operata l'unificazione del trattamento normativo dell'informazione pre-negoziale, la quale quindi elimina la (evidentemente immotivata) disarmonia di disciplina sopra descritta tra le menzionate tipologie contrattuali.

Ai nostri fini l'attenzione deve essere concentrata, in particolare, sugli obblighi informativi³⁵⁸ prescritti dall'art. 49, che risultano dotati di un regime di vincolatività invece assente nelle norme prevedenti gli obblighi per i contratti "diversi" ex art. 48 Cod. cons.

Come già anticipato, l'art. 49 Cod. cons. contiene un elenco³⁵⁹ delle informazioni che il professionista deve fornire al consumatore prima della stipulazione e che dovrà essere integrato sia dal contenuto dei testi legislativi già esistenti (quali i D.lgs. nn. 59/2010 e 70/2003), sia da eventuali ulteriori obblighi informativi in futuro imposti dal Legislatore interno³⁶⁰. Scopo ultimo è quello di pervenire a contratti che siano efficienti³⁶¹.

Si tratta di elementi informativi estremamente vari, che riguardano le principali caratteristiche dei beni o dei servizi, nella misura adeguata non solo al bene o servizio, ma anche al mezzo con cui sono somministrati (lett. a); identità del commerciante (lett. b), e modi per entrare in contatto con lo stesso e, se necessario, fare reclami (c e d); informazioni dettagliate sul prezzo comprensivo di tasse (lett. e); le procedure e le date di pagamento e di consegna (lett. g); informazioni sulla garanzia e servizi post-vendita (lettere n e m); durata del contratto e le condizioni di conclusione (lett. q); cauzioni o garanzie finanziarie richieste (lett. s); informazioni sull'esistenza e l'esercizio del diritto di recesso, comprese le spese sostenute dal consumatore (lettere h, i, l), ed infine informazioni su adesione a codici di condotta (lett. p).

³⁵⁸ F. RENDE, *Art. 49, cit.*, p. 127: "L'attuale art. 49 cod. cons. ha (..) ampliato significativamente il novero dei dati da comunicare al consumatore prima della stipulazione: si introduce l'obbligo di comunicare anche informazioni concernenti elementi estranei al potere di controllo del professionista e, talvolta, esterni perfino al regolamento contrattuale. Si pensi, in proposito, alla necessità di inserire un promemoria sull'esistenza della garanzia legale di conformità per i beni, nonché alle comunicazioni concernenti: l'esistenza di codice di condotta pertinenti; la possibilità di servirsi di un meccanismo extra giudiziale di reclamo e ricorso cui professionisti è soggetto; l'eventuale esistenza dell'interoperabilità del contenuto digitale venduto con l'hardware e con il software o di misure di protezione tecnica del contenuto digitale."

³⁵⁹ Secondo quanto previsto dall'art. 6 della Direttiva 2011/83/UE.

³⁶⁰ Art. 6, par. 8, Direttiva 2011/83/UE.

³⁶¹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. I, pp. 459 ss., spec. p. 471.

Oggi, diversamente dal passato, i professionisti devono anche fornire in maniera chiara e completa informazioni di natura squisitamente tecnica nell'ipotesi di acquisti di prodotti digitali (art. 49, comma 1, lettere t) e u).

Ai sensi dell'art. 49 Cod. cons., gli obblighi informativi presentano contenuti ampi su *ius poenitendi*, diritti e facoltà ulteriori riconosciuti al consumatore dalla legge (come, ad esempio, i diritti derivanti dalla garanzia legale di conformità) o dalle clausole negoziali (l'esistenza, ove applicabile, di strumenti di soluzione extra-giudiziali delle controversie³⁶²), e sui principali elementi dell'offerta proposta dal professionista.

L'affidamento del consumatore sulle comunicazioni ricevute prima della conclusione del contratto è protetto con la previsione dell'obbligo per il professionista (desumibile con argomento a contrario, dall'art. 49, comma 5, Cod. cons.) di predisporre un programma negoziale che rispecchi i dati in precedenza divulgati.

Si assiste, in tal modo, alla cristallizzazione, in fase pre-negoziale, di una porzione del futuro regolamento contrattuale destinata ad integrare le eventuali lacune presenti nell'accordo e a prevalere sulle clausole difformi in esso contenute.

Il punto di rilievo della disciplina è individuato nel comma 5 dell'art. 49 Cod. cons., in base al quale: *“le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con un accordo espresso delle parti”*.

Si tratta della “contrattualizzazione delle informazioni pre-negoziali”. Tale regola, pur di per sé non nuova in quanto già prevista per i contratti di multiproprietà (all'art. 72, comma 4, Cod. cons.), ed attualmente estesa a tutti i contratti conclusi con particolari modalità, appare assai importante.

La previsione risponde all'esigenza di tutelare il consumatore da eventuali alterazioni causate dal professionista sugli elementi in base ai quali il consumatore forma la propria decisione di aderire alla proposta, in occasione del confezionamento del contenuto del contratto. In altri termini, si vuole evitare che l'informazione pre-contrattuale non trovi riscontro nel regolamento negoziale che è destinato a prevalere sul tenore delle affermazioni rese in fase pre-negoziale e che potrebbero legittimare unicamente,

³⁶² Su cui ci si concentrerà più specificamente nel Cap. VI.

ricorrendone i presupposti, l'azione da parte del consumatore di annullamento per dolo o errore oppure quella di risarcimento del danno per responsabilità pre-contrattuale.

In caso di difformità tra le informazioni pre-contrattuali fornite dal professionista e le clausole del contratto inserite nel regolamento contrattuale e consegnate al consumatore, le prime prevalgono: ed infatti, esse integrano di diritto il contenuto del contratto stipulato, sostituendosi alle clausole che risultino invece difformi, a meno che la modifica non sia stata espressamente pattuita tra le parti (come pure è consentito dallo stesso art. 49, comma 5). Conseguentemente, il *numerus clausus* di informazioni che l'art. 49 contempla in modo espresso al primo comma risulta derogabile soltanto pattiziamente e solo a condizione che le eventuali modifiche siano migliorative per il consumatore (art. 46, comma 3). Peraltro, se è vero che l'espressione “*se non con accordo espresso delle parti*” di cui al comma 5 dell'art. 49 non richiede che la modifica debba essere negoziata dalle parti con una trattativa individuale (si pensi alla previsione di cui all'art. 34, comma 4, Cod. cons.), si dubita che possa soddisfare tale requisito una semplice informazione sulla *variatio* che il consumatore abbia ricevuto all'atto della stipula, o tantomeno la sottoscrizione di condizioni generali di contratto che rimettano al professionista la modifica in fase di esecuzione per *facta concludentia*. Ne deriva che la mera difformità tra clausola contrattuale e contenuto dell'informazione pre-contrattuale non sia sufficiente a far ritenere raggiunto l'accordo sulla modifica, mentre è necessario un *quid pluris*, rappresentato dalla pattuizione esplicita con la quale il consumatore, avvertito (ed informato adeguatamente) della *variatio*, l'abbia espressamente accettata.

Altra questione rilevante in merito all'art. 49, comma 5, Cod. cons. attiene all'ipotesi di mancata informazione pre-contrattuale, ossia all'ipotesi in cui il professionista fornisca una informativa carente, omettendo alcune tra le informazioni di cui all'elenco dell'art. 49, comma 1.

Ivi si ravvisa una importante differenza tra le discipline *ex* art. 49 e 48 Cod. cons., posto che tale ultima norma non riporta la medesima contrattualizzazione delle informazioni pre-contrattuali prevista dalla prima.

Ebbene, la questione presenta evidenti ricadute sul piano delle tutele, dato che le informazioni pre-contrattuali dovute contribuiscono alla struttura nonché ai contenuti del contratto negoziato fuori dei locali commerciali o a distanza.

Disconoscere la impegnatività dei dati forniti ai sensi dell'art. 48 Cod. cons. impedisce la attivazione dei rimedi conformativi del regolamento contrattuale visti nelle ipotesi di difformità tra informazione pre-negoziale e testo dell'accordo, unicamente residuando, secondo l'orientamento prevalente, la tutela risarcitoria e (ove ne ricorrano i presupposti) l'eventuale azione di annullamento del contratto per vizio del consenso³⁶³.

È ivi necessario distinguere tra i diversi rimedi disponibili, dato che alcune omissioni sono direttamente sanzionate nelle norme del Codice del consumo³⁶⁴, come accade per gli obblighi informativi sul diritto di recesso di cui all'art. 53, o per alcuni specifici obblighi informativi *ex art.* 49, la cui violazione determina l'inefficacia della singola clausola (art. 49, comma 6) ovvero dell'intero contratto (art. 51, comma 2).

Invece, per altre omissioni varranno i rimedi generali diversamente graduati a seconda della gravità dell'inadempimento informativo, e quindi tanto il rimedio risarcitorio quanto quello della risoluzione.

Più precisamente, la previsione di specifici requisiti di forma tramite i quali fornire una adeguata e completa informativa pre-contrattuale risponde all'esigenza di rendere agevolmente disponibili le informazioni *ex lege* rilevanti prima della stipula di un contratto, pervenendo le parti a tale momento in modo consapevole.

L'insieme delle regole a tutela del consumatore rappresentano parte essenziale del *quomodo* in cui il professionista conduce le trattative per la stipulazione del contratto ed è fonte di affidamento per il contraente (parte debole del rapporto).

Non sembra quindi irragionevole ipotizzare che la violazione di siffatte regole, ove previsto, possano permettere al consumatore di esercitare azioni per chiedere ed ottenere il risarcimento danni a titolo di responsabilità pre-contrattuale.

Quanto alle modalità e ai mezzi con cui può e dev'essere adempiuto l'obbligo informativo contemplato dall'art. 49, è indispensabile che il professionista consegni o metta comunque a disposizione del consumatore un supporto cartaceo o un diverso supporto durevole contenente le informazioni dovute (art. 50, comma 1).

In capo al professionista è previsto un obbligo non solo di informazione ma anche di documentazione, prevedendo adempimenti specifici tanto nel contesto pre-contrattuale,

³⁶³ C. GRANELLI, "Diritti dei consumatori", *cit.*, p. 61; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva*, *cit.*, pp. 933 ss.

³⁶⁴ V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori*, *cit.*, p. 749.

quanto in quello relativo allo svolgimento stesso del rapporto contrattuale, regolando i contenuti delle informazioni da fornire al consumatore nella fase utile alla conclusione del contratto.

In particolare, l'art. 49 Cod. cons. stabilisce che il consumatore abbia diritto di ricevere, prima di essere vincolato da un contratto, una serie di informazioni relative al contratto. Per vero, nell'ambito dei contratti a distanza e quelli negoziati fuori dei locali commerciali il diritto europeo individua forme specifiche di tutela dei diritti dei consumatori, a fronte del contesto in cui avviene la relazione tra le parti.

Infine, deve ritenersi adempiuto l'obbligo informativo ogni volta in cui le informazioni siano fornite (o comunque possano essere ricavate dalle condizioni generali di contratto predisposte e utilizzate dal professionista), nonché da quest'ultimo rese adeguatamente conoscibili nei propri locali commerciali o, ancora, riprodotte nei moduli e formulari (contenenti il testo dell'accordo) sottoposti al consumatore, affinché quest'ultimo, sottoscrivendoli, manifesti il proprio consenso alla instaurazione del rapporto contrattuale. Una precisazione. La contrattazione a distanza, come noto, ha fatto emergere particolari criticità soprattutto in relazione alla consapevolezza del consenso da parte dei consumatori prestato alla conclusione del contratto.

È forse indubbio che le descritte modalità di negoziazione e di stipulazione (*inter absentes*) rappresentino la migliore possibilità per l'Unione europea di realizzare l'agognato obiettivo del Mercato unico pienamente integrato, eppure è altrettanto probabile che tali tecniche accentuino la posizione di debolezza dei consumatori rispetto alle controparti.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 49 Cod. cons., nel caso di omessa informazione sui costi addizionali e di restituzione, così come nel caso di spese aggiuntive non debitamente comunicate, il professionista sarà chiamato a sopportarne l'onere.

Inoltre, particolare attenzione merita anche la previsione dell'art. 51, comma 2, Cod. cons.: se la conclusione del contratto a distanza impone altresì il contestuale pagamento, alcune informazioni *ex art. 49, comma 1 (lett. a), e), q) e r))* devono essere comunicate al consumatore “*direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine*” e che il medesimo sia posto dal professionista nella condizione di riconoscere che l’*“ordine con obbligo di pagare”*.

Se è così, allora, la mancata osservanza di tali requisiti da parte del professionista non obbliga il consumatore ad alcun adempimento contrattuale.

Ancora. Nello specifico caso di un contratto concluso telefonicamente, resta immutato l'obbligo del professionista di informare il consumatore, proprio nel momento di inizio della conversazione telefonica: i dati da fornire concernono la propria identità; se del caso, l'identità della persona per conto della quale è effettuata la chiamata, ed infine l'intento commerciale nonché la natura stessa del contatto.

Sotto il profilo civilistico, a riprova dell'importanza attribuita dal Legislatore alla corretta dinamica della fase pre-contrattuale, è necessario segnalare che la violazione di taluni obblighi informativi sia tutelata non solo con la sanzione prevista per il *public enforcement*, ma anche tramite effetti diretti sul piano contrattuale. A riguardo, un esempio può essere utile: in base all'art. 53 Cod. cons., per la violazione dell'obbligo di informazione su condizioni, termini e modalità di esercizio del diritto di recesso, è esteso fino a dodici mesi il termine per l'esercizio dello stesso, misura questa di favore per il consumatore ma, allo stesso tempo, conforme all'esigenza di dare certezza giuridica al professionista.

Tuttavia, ai sensi del secondo comma dell'art. 53, l'operatore professionale ha anche la possibilità di porre rimedio a tale carenza informativa, nel corso dell'anno, dando le opportune informazioni sul diritto di recesso, in modo da limitare ai successivi 14 giorni la possibilità del consumatore di svincolarsi dal contratto.

2. Ratio legis e influenza effettivamente esercitata dalla legislazione eurounitaria nell'ordinamento interno.

Nonostante l'analisi delle descritte modifiche apportate al Codice del consumo, scaturite da un atto di diritto derivato, in seguito attuato sul piano interno, è bene ora considerare più in generale i propositi del Legislatore eurounitario, non solo di per sé intesi, ma anche nella prospettiva del loro (avvenuto) recepimento.

Il Legislatore sovranazionale ha infatti demandato agli Stati membri il compito di fissare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali, in attuazione della direttiva sui diritti dei consumatori, specificando, come si è già avuto modo di evidenziare, che tali misure debbano essere “*effettive, proporzionate e dissuasive*” (art. 24).

Tale ampio margine concesso alla discrezionalità degli ordinamenti interni fa sorgere seri dubbi in merito alla possibilità di raggiungere concretamente una reale armonizzazione

nell'ambito disciplinato dalla direttiva. È stato rilevato che soltanto per i diritti ravvisabili in capo al consumatore nonché agli obblighi del professionista l'armonizzazione auspicata dalla direttiva può dirsi completa, mentre così non è proprio sul tema dei rimedi e delle tutele³⁶⁵.

È quindi ormai evidente come, in relazione ai rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi informativi pre-contrattuali, sia oggi necessario vagliare anche l'apporto fornito dalla normativa eurounitaria.

A riguardo, in ambito eurounitario, la Direttiva 2011/83/UE (*Consumer Rights*), quantomeno nell'originaria prospettiva, intendeva operare un "restyling"³⁶⁶ generale della disciplina protettiva a favore del consumatore.

In tal senso, l'obiettivo era anche volto ad individuare con precisione la natura degli obblighi informativi pre-contrattuali ed altresì a dare una ferma soluzione alla questione tanto sul discrimine tra regole di validità e regole di comportamento quanto, soprattutto, sul rimedio conseguentemente esperibile.

L'auspicio in realtà ha origini risalenti. Nella maggioranza delle direttive in materia, infatti, l'unico obbligo previsto è sempre consistito (pur lasciando ampi margini di autonomia ai singoli Stati) nella predisposizione di meccanismi altri rispetto a quelli di iniziativa individuale³⁶⁷ per i singoli consumatori, esperibili da parte di uno o più organismi ed altresì diretti ad adire gli organi giurisdizionali o gli enti amministrativi competenti all'applicazione del diritto interno, secondo le previsioni di quest'ultimo, al fine di assicurare il rispetto delle normative sovranazionali.

Nonostante (e forse proprio per) la sopra ricordata ampia discrezionalità demandata ai singoli ordinamenti europei (e quindi anche a quello italiano, specificamente espressa dal

³⁶⁵ M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-20-2011 n. 83 e D.lgs. 21-2-2014 n. 21. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2015, p. 671.

³⁶⁶ Così S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 4, 2011, p. 861.

³⁶⁷ I rimedi in favore del consumatore possono essere tripartiti tra -rimedi individuali, -rimedi meta-individuali (c.d. rimedi collettivi), e -rimedi multi-individuali (che riguardano una pluralità di soggetti individualmente considerati, appartenenti tutti ad una stessa classe). Un esempio di tutela multi-individuale è costituito da una fattispecie di responsabilità di recente conio normativo, ossia la responsabilità per il danno *antitrust*. In proposito si vedano la Direttiva 2014/104/UE e il relativo Decreto di recepimento n. 3/2017. L'analisi sarà qui concentrata prettamente sui rimedi individuali esperibili dal consumatore.

D.lgs. n. 21/2014) non è stato espressamente previsto un rimedio idoneo nelle fattispecie di violazione degli obblighi di informazione pre-contrattuali.

Nello specifico, la disciplina del decreto di attuazione della Direttiva 2011/83/UE ha determinato un più ampio riconoscimento degli obblighi informativi, che mutano in ragione dell'operazione economica ma che hanno un fondamento comune relativo alle notizie determinanti per la scelta del consumatore.

Del resto, la finalità ultima della suddetta disciplina intendeva assicurare l'equilibrio di tipo normativo e di tipo economico nel contratto, attraverso la rimozione delle asimmetrie informative tra il consumatore e l'operatore professionale.

Tuttavia, in concreto è possibile rilevare come le modifiche apportate al Codice del consumo non abbiano risolto la questione afferente ai rimedi civilistici conseguenti all'inadempimento del generale obbligo di informazione del consumatore.

Peraltro, se è vero che in questo specifico contesto non sono state approntate norme in generale, è altrettanto rilevante considerare, sul piano specifico, la prevista sanzione del prolungamento dei termini del diritto di recesso in caso di inadempimento dell'obbligo informativo su di esso, e la predisposizione di un regime dell'onere probatorio in caso di violazione dell'obbligo informativo nell'ambito della disciplina dei contratti a distanza e di quelli conclusi fuori dai locali commerciali (art. 49, comma 10, Cod. cons.).

Come già ricordato, il Legislatore sovranazionale ha in merito solo statuito che, laddove l'operatore economico-professionale non rispetti le disposizioni adottate a livello nazionale in attuazione delle direttive di armonizzazione, gli ordinamenti dei singoli Stati membri abbiano il compito di stabilire tanto le relative sanzioni, purché effettive, proporzionate e dissuasive³⁶⁸, quanto la decisione sulla tipologia di rimedi da azionare e sulla natura, pubblicistica oppure anche (o soltanto) privatistica, di questi³⁶⁹.

In questo senso il Considerando n. 14 della direttiva richiede che tale testo non vada a pregiudicare la legislazione nazionale relativa al diritto contrattuale per gli aspetti di diritto contrattuale non disciplinati dalla direttiva medesima, né *“il diritto nazionale con riferimento ai rimedi generali previsti dal diritto contrattuale”*.

³⁶⁸ Considerando n. 57 e art. 24 (rubricato *“Sanzioni”*) della Direttiva 2011/83/UE.

³⁶⁹ Si noti come, quindi, in tal modo si sia riproposta la stessa elasticità già caratterizzante l'art. 13 della Direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali, ed al contempo anche già oggetto di critica in dottrina: si temeva infatti una conseguente frammentazione sul punto tra le diverse normative europee.

Di conseguenza, secondo quanto fin qui rilevato, data l'ampiezza della discrezionalità demandata dal Legislatore eurounitario a quello interno, quest'ultimo avrebbe dovuto porre in essere gli auspici della Direttiva 2011/83/UE.

Ebbene, sul piano del diritto interno, il Legislatore non ha in definitiva precisamente disciplinato la natura della responsabilità³⁷⁰ né gli effetti sul contratto dell'inadempimento degli obblighi pre-contrattuali di informazione in danno dei consumatori.

La Direttiva 2011/83/UE, pur intendendo operare una "armonizzazione massima", ha evidentemente (troppo) trascurato l'ambito dei rimedi contrattuali esperibili a fronte della violazione degli obblighi informativi pre-contrattuali, senza il coraggio di segnare una precisa strada agli ordinamenti degli Stati membri. Si è pertanto sostenuto che *"Forse il Legislatore della direttiva 83/2011/UE avrebbe fatto meglio a seguire l'esempio del (coevo) Regolamento sul diritto comune europeo della vendita, che all'art. 29 dell'Annex prevede per la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale, a parte il risarcimento del danno, una serie di altri rimedi (sostitutivi del risarcimento, o eventualmente con esso cumulabili), come ad es. l'esenzione dall'obbligo di sostenere spese o costi della cui esistenza non sia stata data dal professionista la dovuta informazione."*³⁷¹.

Il vuoto di disciplina proprio dell'intervento sovranazionale non è infatti stato colmato dal Legislatore italiano con il D.lgs. n. 21/2014, che avrebbe dovuto recepire appieno la direttiva.

Una simile situazione, di conseguenza, richiederà nuovamente l'intervento degli interpreti, in definitiva dovendo far riferimento alle diverse tesi ricostruttive già analizzate nei paragrafi precedenti.

³⁷⁰ Si rifletteva sulla contrapposizione tra responsabilità "contrattuale" e responsabilità "pre-contrattuale": recentemente in sede di legittimità è stata affermata la riconduzione della seconda alla prima. V. Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188, in *NGCC*, 2016, I, pp. 1451 ss., con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque...contrattuale?*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 283 ss.

³⁷¹ G. D'AMICO, *Introduzione*, cit., p. 11, nota 25.

3. L'attuale possibile assetto della disciplina normativa in tema di rimedi, alla luce del rapporto tra valorizzazione dell'interesse ravvisabile in capo al consumatore e azioni esperibili post-riforma del 2014.

Dopo aver analizzato le differenti tesi, dottrinali e giurisprudenziali³⁷² nel tempo elaborate per individuare il rimedio contrattuale più idoneo a fronteggiare i casi di inadempimento degli obblighi informativi pre-contrattuali, è bene forse concentrare l'attenzione sull'elemento centrale di tutta la disciplina di protezione, ed in specie, per i fini che ivi rilevano, dinanzi ad un contratto che sia qualificabile come "asimmetrico" per intervenuta violazione degli obblighi informativi: l'interesse del consumatore.

In questo senso infatti *"Si assume che i consumatori conoscano ciò che a loro piace e non piace e siano capaci di ordinare le disponibili combinazioni alternative di beni e servizi in rapporto alla capacità di queste di soddisfare le loro preferenze. Questo non comporta altro se non valutare le alternative come migliori, peggiori o uguali ad altre. alcuni economisti credono che le condizioni da loro imposte alla classificazione e valutazione delle preferenze del consumatore costituiscano ciò che l'economista intende con il termine "razionale". (...) È importante ricordare che le preferenze del consumatore sono puramente soggettive. Persone diverse hanno gusti e preferenze differenti e ciò si rispecchia nel fatto che esse possono avere una diversa classificazione Per i medesimi beni e servizi. Gli economisti lasciano ad altre discipline, come la psicologia o la sociologia, il compito di studiare l'origine di queste preferenze. noi consideriamo i gusti e le preferenze dei consumatori come dati o, come talvolta si dice, come esogeni, il che significa che sono determinati al di fuori del sistema economico."*³⁷³.

Per vero, certa dottrina³⁷⁴ ha evidenziato come non persuada la posizione che, invocando l'art. 1337 cod. civ., limita la tutela del consumatore alla sola misura risarcitoria. Proprio a partire da tale tesi (di particolare rilevanza ai fini che ivi interessano), sarà esaminata la questione sulle eventuali possibilità alternative esperibili dal consumatore.

³⁷² Cap. III, parr. 2 ss.

³⁷³ R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti*, Bologna, 2006, pp. 34 – 35.

³⁷⁴ Su tutti, si è particolarmente considerato il pensiero di PERLINGIERI, per cui si veda il già menzionato G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit.

Rispetto all'orientamento che fa capo alla responsabilità pre-contrattuale e al risarcimento del danno è quindi necessario argomentare in senso opposto, al fine di comprendere appieno la tematica sottostante ed altresì accogliere, o negare, l'approdo dominante.

Come evidente, devono essere trascurate soluzioni generalizzanti, posto che non sembra prospettabile una risposta univoca, essa dipendendo piuttosto dal contesto entro cui il consumatore si trova (di qui l'attenzione all'interesse suo proprio), e secondo la gravità della violazione perpetrata. Ed infatti, le dinamiche della conclusione del contratto non sono governabili esclusivamente da norme di dettaglio, ma anzi il diritto stesso deve essere capace di fronteggiare antiche e nuove problematiche, garantendo adeguatamente la vittima di una condotta incompatibile con i valori costituzionali che interessano il contratto, tra cui la libertà di contrarre, la quale costituisce espressione del più generale diritto di auto-determinarsi.

È però qui necessario un passaggio ulteriore. A prescindere dalle posizioni sostenute a riguardo (e parimenti di quella che, ad oggi, pare essere preferibile³⁷⁵), ci si deve domandare se davvero la violazione di una regola di comportamento, come quella in tema di obblighi informativi pre-contrattuali, mai possa incidere sul processo di formazione della regola negoziale, sulla struttura o sul contenuto del contratto stipulato (in quanto la regola *de qua* è strettamente connessa agli elementi essenziali del contratto), non potendo in questo modo giustificare il conseguente rimedio della invalidità.

Il quesito emerge soprattutto considerando la sempre maggiore attenzione devoluta agli specifici interessi del consumatore, vagliati secondo le diverse singole fattispecie, quindi caso per caso, e "illuminati" da una più ampia sensibilità mostrata nei confronti dei bisogni di tale categoria di soggetti e dei processi decisionali che giustificano una determinata scelta sul Mercato piuttosto che un'altra.

Altrimenti, rimanendo ancorati agli approdi di cui sopra, e ciecamente confidando nella bontà della tesi prevalente, talora forse anche in modo acritico, si dovrebbe giungere a considerare il solo rimedio della responsabilità pre-contrattuale per violazione di una regola di comportamento.

Invero, come si diceva, è possibile (quantomeno provare a) ragionare diversamente.

³⁷⁵ In proposito v. il precedente par. 2.3.

Sembra infatti opportuno accogliere soluzioni “vicine” alla fattispecie in concreto venutasi a porre in essere e all’interesse stesso del consumatore.

Se da un lato sembra che, per il nostro ordinamento giuridico, non sia di regola prospettabile una invalidità per mera violazione di norme di comportamento, dall’altro è pur vero che, di volta in volta, ci si dovrà anche domandare se la violazione di una regola di comportamento possa risultare lesiva di interessi ma al contempo senza riflessi sulla conformazione della regola, o se possa invece effettivamente incidere sul processo di formazione della regola, determinando quindi, oltre al pregiudizio nei confronti degli interessi altrui, anche una concomitante negativa incidenza sulla regola negoziale, che potrebbe giustificare l’invalidità del contratto stesso³⁷⁶.

Nel momento in cui il consumatore perviene alla stipulazione di un contratto con un professionista o un imprenditore in condizione di asimmetria informativa, è fondamentale valutare l’interesse del primo: se il consumatore è attento a mantenere il contratto, sarà necessario ri-equilibrare quest’ultimo, e cioè far sì che si ponga un rimedio alla asimmetria informativa. Ciò, allora, determinerebbe la conservazione del contratto, con previsione di una responsabilità pre-contrattuale, secondo il terzo modello di responsabilità da contratto valido ma sconveniente, ed il risarcimento del danno conseguente, che in tal caso riguarda l’interesse positivo differenziale.

Invece, nel caso in cui il consumatore mai avrebbe stipulato il contratto qualora a conoscenza della asimmetria informativa, non sussisterebbe una attuale intenzione volta a mantenere il negozio, e, pertanto, un rimedio quale la responsabilità pre-contrattuale non sarebbe in linea con il suo interesse.

Ed allora: perché impedire al consumatore di attivare il rimedio della invalidità?

Fin dalla stessa considerazione relativa alla distinzione tra dolo determinante e dolo incidente, è l’interesse medesimo del consumatore a rilevare: se il consumatore-vittima del

³⁷⁶ In tale direzione, contrapposta all’orientamento tradizionale, parte della dottrina ritiene che dalla violazione della clausola generale di buona fede possa derivare invalidità: in tal senso v. F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di “oggettivizzazione dello scambio”*, cit.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è dunque un limite generale all’autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, pp. 21 ss.; V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, cit.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, in spec. p. 423, secondo cui “*da quando la Cassazione ha equiparato il dolo omissivo al dolo commissivo (..) la violazione della buona fede precontrattuale può produrre effetto invalidante del contratto*”.

dolo non avrebbe altrimenti concluso quel contratto (dolo determinante), è giusto che esso sia annullato, con restituzioni ed eventuale risarcimento del danno.

Invece, in caso di dolo incidente, il contratto si sarebbe concluso comunque, anche se a condizioni diverse e più vantaggiose: in tal caso si delinea responsabilità pre-contrattuale, che come tale va a ri-equilibrare la situazione asimmetrica derivante dal dolo, espletando perfettamente la classica funzione riparatoria che le è propria.

Tuttavia, nel caso in cui non vi sia vero dolo (ma violazione di un obbligo informativo senza artifici o raggiri), si delinea una situazione di colpa in cui il soggetto avrebbe dovuto o potuto conoscere l'obbligo di informazione pre-contrattuale. Se sussiste la colpa, non c'è diligenza, ai sensi degli artt. 1175 – 1337 cod. civ.

Laddove il soggetto sia nella situazione in cui “non avrebbe potuto conoscere”, ciò vuol dire che non sussiste un obbligo di informazione pre-contrattuale prescritto. Questo è possibile, in quanto gli obblighi *de quibus* possono essere tipici o atipici. Ebbene, se sono tipici e non vengono rispettati, l'operatore professionale è in dolo, in quanto, pur conoscendo l'obbligo, non ha voluto informare il consumatore, oppure è in colpa. Comunque, in entrambi i casi, la norma che tipizza l'obbligo prevede il rimedio in caso di sua violazione.

Come evidente, il problema si pone, però, in caso di obblighi informativi atipici.

L'invalidità sarebbe certamente la risposta più radicale, a tutela dell'autonomia privata che risulti lesa dalla violazione di un obbligo informativo. Ed infatti il vincolo sorto dal contratto asimmetrico è stato liberamente ma non razionalmente assunto.

Una volta eventualmente accolta la tesi dell'invalidità, occorrerebbe altresì individuare il tipo di invalidità pertinente al singolo caso. Come evidente, la prima proposta possibile dovrebbe individuarsi nella nullità del contratto stipulato in difetto/altra mancanza nel panorama delle informazioni necessarie.

Tuttavia, la tesi più diffusa tra i fautori del rimedio invalidante è probabilmente quella del dolo omissivo, che per lo più assume la forma della reticenza, e conosce come conseguenza l'annullamento del contratto.

Ebbene, tutto ciò induce a ritenere che, in generale, sarebbe più saggio dubitare del fatto che esista un'unica regola di adempimento, e quindi un'unica sanzione che possa valere in tutti i casi di violazione di una regola prevedente obblighi informativi pre-contrattuali.

Se il consumatore avesse interesse a mantenere un contratto che è, comunque, viziato, il rimedio più consono sarebbe quello della responsabilità pre-contrattuale, con conseguente risarcimento del danno. Ed è questa, infatti, la soluzione prevalente ad oggi.

Ivi opera la clausola della buona fede con effetto conservativo.

Laddove, invece, il consumatore non fosse interessato a ciò, poiché non avrebbe concluso il contratto viziato dalla lesione di un obbligo informativo pre-contrattuale, ci si deve chiedere quale sarebbe il modo migliore per risolvere la situazione.

Pertanto, è possibile riassumere le situazioni prospettabili a seconda che la violazione di un obbligo di informazione pre-contrattuale sia o meno determinata da artifici e raggiri:

1) In caso di artifici e raggiri, si delinea lo stato soggettivo del dolo, determinante (art. 1439 cod. civ.) o incidente (art. 1440 cod. civ.).

Se il dolo è determinante, il contratto non si sarebbe proprio concluso senza di esso: le conseguenze consistono nell'annullamento del contratto, con restituzioni ed eventuale risarcimento del danno.

Nel secondo caso, invece, il contratto senza gli effetti del dolo si sarebbe concluso comunque, ma a condizioni diverse e più vantaggiose: si determina quindi l'applicazione dell'art. 1337 cod. civ. (la responsabilità sussiste, ed è pre-contrattuale, ma il contratto è al contempo valido). Si tratta del quasi-dolo, quindi del quasi-vizio. Tali fattispecie si sostanziano nella violazione delle regole di condotta pre-contrattuale non contemplate dal Legislatore in via eccezionale come regola di validità e che quindi sono regole di responsabilità.

Se il contratto è concluso ed è valido, si profila il terzo modello di responsabilità pre-contrattuale, ossia un contratto valido seppur sconveniente.

2) Laddove, invece, non vi siano artifici né raggiri, non è possibile ritenere sussistente il dolo. In tale fattispecie, quindi, si è avuta la violazione di un obbligo di informazione pre-contrattuale, ma senza i connotati del dolo. Pertanto, il soggetto obbligato avrebbe potuto essere a conoscenza di tale obbligo ma di fatto non lo è (ed è in colpa). Se c'è colpa, non c'è diligenza ma anzi violazione delle regole pre-contrattuali di correttezza fondate sulla buona fede in senso oggettivo: si applicheranno gli artt. 1175 e 1337 cod. civ. (sussiste responsabilità pre-negoziale ma il contratto è valido).

Inizialmente si riteneva che, poiché le cause di invalidità del contratto sono tendenzialmente tipiche, la sola violazione della regola di buona fede non implicasse, per sé, invalidità del contratto³⁷⁷.

In seguito, invece, la giurisprudenza ha mostrato interessanti aperture in senso contrario, con conseguente caducazione di clausole contrattuali in contrasto con la buona fede³⁷⁸.

Parimenti, mentre un tempo in giurisprudenza prevaleva l'opinione che la sola violazione della buona fede contrattuale non consentisse il risarcimento del danno per inadempimento, attualmente si è affermata la soluzione opposta.

Per certo, l'invalidazione dell'atto costituisce un rimedio che, nella sua rigidità operativa, non permette di graduare la sanzione conseguente alla violazione delle regole di condotta, come spesso imporrebbe una più effettiva tutela degli interessi sottesi al rapporto contrattuale.

Altro punto, sulla nullità. Il problema della legittimazione all'azione potrebbe costituire una delle ragioni che giustificano la diversa opzione della nullità rispetto alla risoluzione o ad altre soluzioni praticate dal sistema a fronte di determinati comportamenti (quali, ad esempio, la previsione di sanzioni amministrative o di sanzioni penali, oppure l'impiego della categoria della inesigibilità, o l'imposizione della proroga dei termini).

In realtà, se l'obiettivo della nullità oggi fosse quello di proteggere uno dei soggetti del rapporto contrattuale, occorrerebbe sovvertire la regola posta dall'art. 1421 cod. civ. ed impedire che il soggetto-autore del comportamento vietato possa avvalersi della nullità: invero, il Legislatore ha avuto cura di limitare l'azione in esame a favore del cliente del promotore finanziario, dell'acquirente di immobile da costruire o del venditore a distanza di prodotti finanziari.

Ivi non è impiegato l'espressione "nullità di protezione", che invece costituisce la rubrica dell'art. 36 Cod. cons.: il silenzio in merito deve essere inteso nel senso che neanche il giudice ha il potere di rilevare d'ufficio queste nullità, al contrario di quanto accade per le clausole abusive.

³⁷⁷ Cass. civ., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Riv. dir. comm.*, II, 1982, p. 167.

³⁷⁸ In giurisprudenza si vedano: Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, *cit.*; Cass. civ., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3081.

In dottrina: L. NANNI, *Scelte discrezionali*, *cit.*, p. 475.

Qualora, poi, il cliente-consumatore affermasse di non voler far valere quella nullità, il giudice avrebbe unicamente la possibilità di rilevarla ma non anche di pronunciarla senza richiesta del soggetto da tutelare.

Ed allora, se l'intento fosse quello di sanzionare il comportamento del professionista-parte forte del rapporto, in violazione di un obbligo informativo, forse il rimedio più adatto consisterebbe nella sanzione disciplinare, come è nel Codice delle assicurazioni (*ex artt.* 329 e 330), previsto accanto alla risoluzione per inadempimento nonché al risarcimento del danno, come individuati dal codice civile.

Se davvero il Legislatore intendesse portare il principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto, potrebbe farlo isolando specifiche fattispecie comportamentali, e prevedendo espressamente norme di validità dell'atto: il risultato sarebbe però la applicazione del terzo (e non già del primo comma) dell'art. 1418 cod. civ. Tuttavia, si tratterebbe appunto di ipotesi eccezionali, e quindi di disposizioni particolari che come tali non potrebbero essere elevate a principi generali, essendo relegate invece a settori ove analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle nullità di protezione, e quindi nullità di carattere relativo che già di per sé si pongono come speciali.

L'approccio metodologico, come ha più volte sottolineato autorevole dottrina³⁷⁹, deve essere in definitiva incentrato sulla fattispecie concreta, da analizzarsi in tutte le sue peculiarità, secondo gli interessi effettivamente coinvolti, valutando quale sia lo strumento effettivamente adeguato per la tutela del consumatore.

Una simile prospettiva necessita, allora, della valorizzazione della clausola generale della buona fede, in specie nella fase delle trattative, che consente di andare oltre le fattispecie tipicamente previste dall'ordinamento.

4. Un nuovo ruolo per la buona fede?

Più specificamente, entro tale contesto, il tema che ora merita un puntuale approfondimento riguarda il (già menzionato) rapporto tra il rimedio della invalidità per

³⁷⁹ P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011, p. 4.

mancato rispetto di obblighi informativi pre-contrattuali e la clausola generale di buona fede³⁸⁰.

Come noto, la *bona fides* è nell'impianto codicistico intesa sia come stato soggettivo in cui versa colui che ignora di ledere, con la propria condotta, l'altrui diritto (buona fede soggettiva³⁸¹), sia come regola di comportamento (buona fede oggettiva³⁸²).

Numerosi sono i riferimenti normativi, ma in particolare l'art. 1337 cod. civ. esprime una tipologia di buona fede in senso oggettivo, affermando che "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*". È interessante notare come tale clausola generale abbia assunto diverse forme, in aggiunta a quella tradizionale che (era ed) è incentrata sulla buona fede come criterio di valutazione delle condotte. Infatti, essa rileva anzitutto nel corso delle trattative.

In secondo luogo, la *bona fides* assume un ruolo fondamentale anche in sede di esecuzione del contratto, come espressamente previsto dall'art. 1375 cod. civ., secondo cui appunto "*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.*".

Nel prosieguo, l'attenzione sarà incentrata altresì sulle diverse e ulteriori forme che la buona fede può assumere, poiché, in quanto clausola generale, è ben qualificabile come "polifunzionale".

Eppure, dato il progressivo e recente rilievo rivestito dalle "clausole generali"³⁸³ (intese quali "*finestre aperte sulla società*"³⁸⁴, che consentono al testo della norma di "*adattarsi, oltre che alle peculiari esigenze del caso concreto, anche alle nuove esigenze sociali*"³⁸⁵), si è riscontrato il rischio che, data la sua generalità e indeterminatezza, il principio di buona fede consenta le soluzioni più disparate, in specie laddove non sia individuato un riferimento in legge per gli istituti che si intendono legittimare³⁸⁶.

³⁸⁰ In generale sulla buona fede, v.: D. MESSINETTI, (voce) *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, agg. II; F. MESSINEO, (voce) *Contratto (dir.priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1981, p. 890; S. ROMANO, (voce) *Buona fede (dir.priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959; A. MONTEL, (voce) *Buona fede*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, pp. 598 ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

³⁸¹ Si pensi agli artt. 1147, 1152, 1153, 1155, 1157, 1159 – 1162, 1415 – 1416, 1445, 2033 cod. civ.

³⁸² Il riferimento è agli artt. 1358, 1366, 1375 e 1460, comma 2 cod. civ.

³⁸³ V. per esempio ID., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002.

³⁸⁴ S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 718.

³⁸⁵ E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 247.

³⁸⁶ ID., *Il contratto*, cit., p. 629.

Ciò detto, si considerino le funzioni della buona fede³⁸⁷. Attualmente, infatti, tale principio può essere inteso in funzione integrativa³⁸⁸ (come fonte di obblighi), in funzione correttiva del regolamento contrattuale, o, ancora, in funzione limitativa (appunto quale limite all'esercizio di un diritto³⁸⁹). Vieppiù, la regola *de qua*³⁹⁰ fonda il potere del giudice di valutare l'equilibrio economico originario del contratto.

Ebbene, il primo (tradizionale) ruolo attribuibile alla buona fede consiste nell'essere quest'ultima una clausola generale da cui derivano norme di condotta imponenti determinati comportamenti ai fini dell'adempimento dell'obbligazione, quindi configurate anche come un criterio di valutazione delle condotte.

Inoltre, come accennato, la buona fede può essere intesa quale autonoma fonte di obbligazioni, ed è pertanto un criterio di determinazione delle condotte: il principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*, infatti, non è il solo criterio di valutazione delle condotte³⁹¹, essendo ormai pacifico, ad una lettura aggiornata dell'art. 1375 cod. civ., che il contratto

³⁸⁷ F. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537.

Quanto alla buona fede considerata in riferimento al sindacato sulla clausola contrattuale, con riguardo all'art. 33 Cod. cons., v. L. BIGLIAZZI GERI, in C.M. BIANCA – F. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, sub art. 1469-bis, comma 1°, p. 798.

³⁸⁸ A riguardo v. G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, L. GAROFOLO (a cura di), I, Padova, 2003, pp. 155 ss.

In tema di contrapposizione tra funzione integrativa e funzione valutativa della buona fede si vedano, a favore della prima, C. CASTRONOVO, (voce) *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss. e G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, pp. 239 ss. Invece, a favore della funzione valutativa della clausola generale *de qua* si vedano: E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, pp. 179 ss., U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991, pp. 355 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, pp. 172 ss.

³⁸⁹ Di qui, il problema dell'abuso del diritto come esercizio del diritto oltre il limite consentito dalla legge. Sembrerebbe essere questa la tipologia di buona fede cui fa riferimento la recente sentenza Sezioni unite, 19 ottobre 2017, n. 24675, sulla usura sopravvenuta.

³⁹⁰ Per una definizione di buona fede v. F. BENATTI, (voce) *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991, pp. 1 ss.; ID., *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim.*, 1960, pp. 1342 ss.; V. CUFFARO, (voce) *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 616 ss.

³⁹¹ La buona fede imporrebbe obblighi comportamentali diversi da quelli previsti ma a tutela del medesimo interesse del creditore dedotto in contratto. Sono obbligazioni di prestazione, in quanto relative allo stesso interesse contrattuale.

La buona fede serve poi anche a evitare che nel corso dell'esecuzione della prestazione il creditore subisca una lesione a interessi patrimoniali o non patrimoniali diversi da quelli contrattualmente dedotti. La tutela è nei confronti di beni patrimoniali o personali e di diritti anche fondamentali della persona diversi da quelli in contratto. Si parla di "obblighi di protezione", aggiunti agli "obblighi di prestazione".

obblighi, oltre a quanto previsto in contratto, anche alle prestazioni derivanti dalla legge, dagli usi nonché a quelle derivanti dalla stessa buona fede. In tal modo è possibile corredare l'oggetto del rapporto obbligatorio di una serie di doveri accessori, i quali, per la maggior parte, non sono espressamente citati dal Legislatore e, pertanto, trovano fondamento nel principio stesso di buona fede³⁹².

Di conseguenza, la buona fede è fonte di integrazione del contratto, che non stabilisce solo “come” adempiere all'obbligazione, ma anche “quali” siano le obbligazioni da eseguire.

La suddetta funzione di integrazione è a tutela dell'interesse della controparte del contratto, ma anche di interessi diversi (da quello dedotto) di controparte, e forse anche a tutela di soggetti diversi dalle parti che siano però in situazione di prossimità rispetto alla prestazione.

In terzo luogo, si riscontra una funzione limitativa della clausola, intesa a conformare il contenuto del diritto e a perimetrarne l'esercizio: essa si traduce nell'istituto connesso e consequenziale del divieto dell'abuso del diritto, che in Italia non è codificato, ma ben può considerarsi immanente al principio di buona fede medesimo.

Infine, da ultimo (ma non ultima), è bene sottolineare che la funzione della buona fede quale parametro di validità del contratto.

Secondo tale specifica posizione, un contratto connotato da contenuto contrario a buona fede, in quanto squilibrato e quindi “ingiusto”, è di per sé nullo per difetto di causa o per violazione di norme imperative.

Pertanto, sarebbe registrabile un ulteriore passaggio evolutivo relativo alla “transcodificazione” del principio generale di buona fede da regola di comportamento a regola di validità dell'atto, ossia come regola tale per cui un contratto che si ponesse in contrasto con essa (ingiusto o sproporzionato) sarebbe di per sé nullo, e dunque invalido nonché inefficace.

Come noto, in virtù dell'approdo cui sono pervenute le Sezioni Unite nel 2007, la elevazione della buona fede a regola attizia risulterebbe scongiurata in caso di buona fede pre-contrattuale o di buona fede esecutiva. Ed infatti, forse, accogliere questo pensiero sarebbe rischioso, posta la rilevanza del principio di certezza del diritto che permea il nostro

³⁹² P. GALLO, *Il contratto*, cit., p. 628.

ordinamento, in quanto sarebbero minate le fondamenta del sistema giuridico, ed in particolare la disciplina delle invalidità³⁹³.

Per vero, la dottrina che individua nella buona fede il fondamento unitario delle regole di invalidità e di comportamento arriva alla conclusione secondo cui le ipotesi di invalidità, oltre a quelle previste dal Legislatore, sarebbero un numero pari alle possibili combinazioni di un vizio incompleto o di un non vizio più la violazione della correttezza da parte dell'altro contraente.

In effetti, dalle considerazioni fin qui svolte appare condivisibile la tesi che sostiene come sia *“necessario privilegiare delle soluzioni non già escludive, ossia orientate ad affermare che la responsabilità precontrattuale è idonea ad incidere o soltanto sul risarcimento o soltanto sulla validità, bensì una prospettiva capace di analizzare gli interessi e porre in evidenza che anche l'inesatta o la mancata informazione, ad esempio, può, talvolta e 'in funzione della rilevanza che essa riveste nel caso concreto (..) sia incidere soltanto sul risarcimento, sia incidere sulla validità, senza che debba esser letta e considerata in chiave di vizi della volontà, sia coniugare invalidità e risarcimento. La questione quindi deve essere risolta con ragionevolezza, secondo una 'valutazione equitativa' tipica (anche se non esclusiva) del common law (..).”*³⁹⁴.

Ed infatti, soltanto ragionando nel solco dell'interesse protetto nel caso di specie, tra la fase pre-contrattuale e quella in cui si estende l'area del valore, è possibile individuare il rimedio più adatto alla fattispecie *de qua*.

Ed allora, ove si sia in presenza della violazione della regola di buona fede, essa ben potrebbe anche considerarsi non mera regola di condotta ma anzi regola di validità: in tal caso, la violazione del principio di buona fede comporterebbe non soltanto il monolitico rimedio del risarcimento del danno, ma anche, secondo le circostanze e le istanze di tutela, conseguenze diverse quali la invalidità del contratto o la finzione di avveramento³⁹⁵.

Del resto, in assenza di una norma *ad hoc* che espressamente preveda la sanzione da applicare, è *fortiori ratione* necessario analizzare l'influenza operata dal comportamento tenuto da una delle parti sul regolamento contrattuale.

³⁹³ G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti*, cit., pp. 69 – 70.

³⁹⁴ ID., cit., p. 95.

³⁹⁵ G. PERLINGIERI, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 119.

Da un lato, la indeterminatezza nel contenuto propria della *bona fides* ha posto all'interprete la necessità di specificare i comportamenti cui le parti sono tenute per osservarne il precetto: sono comportamenti tipici, tali da fornire al giudice una serie di *regulae iuris* applicabili ai casi concreti. Pertanto, si è rilevato che la buona fede imponga alla parte forte di informare l'altra riguardo alle circostanze rilevanti per l'operazione contrattuale, e questo tanto nella fase delle trattative quanto in quella *in executivis*.

Dall'altro lato, però, la regola della buona fede richiede comportamenti diversi in relazione alle concrete circostanze della fattispecie di volta in volta considerata, ciò comportando che il giudice debba valutare se il comportamento di una parte costituisca violazione di un obbligo di informazione e sia fonte di responsabilità.

Anzitutto, è necessario vagliare il tipo di circostanza non divulgata all'altra parte: questo tipo di accertamento è diretto a comprendere se una determinata disposizione, destinata ad uno specifico caso o di portata generale, imponga o vieti la *disclosure* di quella circostanza. Qualora il dato *de quo* non sia stato individuato dal Legislatore (né, quindi, posto quale oggetto di un espresso obbligo di comunicazione), spetterà al giudice il compito di valutare la doverosità della relativa comunicazione.

Ebbene, ove siffatto controllo abbia esito positivo, constatandosi quindi che l'informazione si sarebbe dovuta divulgare, bisognerà pertanto anche comprendere se la comunicazione in esame avrebbe condotto la controparte a non concludere il contratto o invece a concluderlo benchè a condizioni differenti (e migliori).

Nel primo caso, oltre al riconoscimento dell'esperibilità dell'azione di risarcimento dei danni subiti in favore del soggetto leso, per alcuni si potrebbe configurare anche l'invalidità del contratto per errore o per dolo (fattispecie che, però, sarebbe condizionata non solo dalla necessaria presenza di tutte le condizioni poste dalla legge per l'annullamento per errore o per dolo, ma anche dall'incertezza intorno alla capacità del mero silenzio di costituire raggio).

Con riferimento alla seconda ipotesi, vi sarebbe la possibilità di azionare il risarcimento dei danni, salvo che la vicenda sia inclusa entro un diverso trattamento normativo, passando ad esempio da mero illecito pre-contrattuale ad illecito di tipo invece contrattuale.

Il giudizio deve comunque essere condotto verificando l'incidenza della circostanza taciuta proprio sugli interessi della persona concreta, posti alla base del suo *agere*.

Fermi i rilievi espressi, la valorizzazione della buona fede come parametro di validità del contratto potrebbe assumere un ruolo fondamentale nella individuazione del rimedio contrattuale che sia maggiormente adatto per tutelare il consumatore: del resto, lo scopo ultimo delle clausole generali è proprio quello di intervenire laddove il Legislatore non abbia predeterminato la soluzione, adeguando lo strumento giuridico alla fattispecie concreta.

In questo senso, ove il consumatore avesse interesse a mantenere il contratto, sarebbe necessario ri-equilibrarlo (responsabilità pre-contrattuale, secondo il terzo modello di responsabilità), con conseguente risarcimento del danno; qualora, invece, il consumatore non avrebbe stipulato il contratto se a conoscenza della asimmetria informativa, in mancanza di interesse a mantenere tale negozio, il rimedio della responsabilità pre-contrattuale si rivelerebbe, giocoforza, non soddisfacente, dovendo rivolgere lo sguardo altrove e, nello specifico, al terreno della invalidità.

5. Considerazioni finali.

Detto ciò, dopo aver evidenziato i dubbi emersi in merito ad un accoglimento automatico e acritico della più volte menzionata tesi prevalente, è anche corretto chiedersi se il Legislatore la abbia o meno accolta³⁹⁶, in specie mediante l'attuale previsione di cui agli artt. 48 e 49 Cod. cons., modificati dal D.lgs. n. 21/2014.

Se realmente la *ratio legis* fosse stata quella di seguire quanto il Supremo Consesso ha affermato ormai una decina di anni fa, non lo avrebbe forse espresso chiaramente? Ebbene, così non è stato, e pertanto sembra possibile considerare la *quaestio* ancora oggi aperta.

In realtà, il problema maggiore riguarda i rapporti tra la buona fede e l'ingiustizia del contratto.

Per una parte della giurisprudenza, dalla prima non deriva una regola di "giustizia del contratto" che possa portare alla nullità, ma, ciononostante, recenti pronunce della Corte costituzionale, in materia di caparra confirmatoria³⁹⁷, hanno concluso nel senso per cui

³⁹⁶ Analizzata nello specifico al par. 2.3 del Cap. III.

³⁹⁷ Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, *cit.*; e Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 3767 ss., con nota di F. ASTONE, *In tema di riducibilità della caparra manifestamente eccessiva*.

quando il contenuto della caparra appare manifestamente iniquo, la clausola sul punto è da ritenersi nulla, e questo non attraverso l'applicazione analogica della norma sulla penale eccessiva, bensì tramite l'analisi del contrasto del contenuto iniquo del contratto rispetto al canone della buona fede (la quale, quindi, diviene una regola di validità e di limitazione dell'autonomia negoziale).

Se tali pronunce sulla caparra fossero estese al di là del caso specifico, è evidente che la buona fede compirebbe un passo evolutivo notevole, divenendo una regola generale di validità del contratto.

La buona fede è normalmente fonte di regole di comportamento dalla cui violazione deriva responsabilità, salvo quanto afferma la Corte costituzionale nelle sentenze sulla caparra confirmatoria e salvo quanto affermano, in un importante *obiter dictum*, le Sezioni Unite nella pronuncia del 2016 sul contratto di assicurazione con clausole *claims made*³⁹⁸.

Ed infatti entrambe le Corti giungono alla conclusione secondo cui la violazione della regola di buona fede, anche in assenza di una norma che diversamente qualifichi la regola di comportamento, possa costituire causa di invalidità del contratto.

Il rimedio individuato dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite è la nullità totale o parziale, cioè la caducazione totale del contratto, o la conservazione del medesimo (nullità parziale) con depurazione della clausola squilibrante.

Se la nullità tocca solo la clausola squilibrante, la nullità parziale diventa un rimedio caducatorio con effetto manutentivo, ossia di adeguamento del contratto, con l'effetto di ripristinare l'equilibrio dello scambio.

La causa della nullità è la violazione della clausola di buona fede, che in questa lettura è una regola di validità, e non di responsabilità.

Il principio di solidarietà sociale si riflette nella clausola di buona fede, che orienta e limita l'autonomia privata. Le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, hanno l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, realizzando cioè uno scambio giusto, equo e proporzionato.

³⁹⁸ Cass. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, pp. 3190 ss., con nota di R. SIMONE, *Le sezioni unite e le clausole claims made*.

Un principio costituzionale, attraverso una clausola generale come quella di buona fede, va ad incidere direttamente sui rapporti privati: la norma costituzionale diviene norma precettiva.

“Solidarietà” vuol dire “buona fede”, e “buona fede” vuol dire “proporzionalità del rapporto”.

Un contratto secondo buona fede è un contratto proporzionato. Un contratto sproporzionato, quindi, è contrario a buona fede. Pertanto, da regola di comportamento la buona fede diviene regola di validità per valutare la sproporzione del contratto.

Ivi abbiamo quindi una prima forma, discussa, di invalidità, che deriva dalla violazione di una regola di buona fede, la quale però non è più regola di responsabilità ma regola di validità, e questo pur in assenza di una norma di legge che preveda espressamente in tal senso.

Eppure, ciò detto, nonostante le affermazioni della giurisprudenza e le petizioni di principio, si deve registrare l’assenza (almeno per ora) di reali applicazioni giurisprudenziali di tale forma di invalidità (derivante da una certa applicazione della regola di buona fede, in assenza di una norma che la qualifichi come regola di validità).

La stessa giurisprudenza se da un lato afferma che la regola di buona fede possa assurgere a regola di validità, dall’altro sostiene anche l’esatto contrario.

Nelle sentenze, in forza della regola di buona fede, si apre al sindacato generalizzato del giudice sullo squilibrio economico originario del contratto, e quindi ad un potere che è sempre stato considerato eccezionale.

Il rimedio *ex bona fide* è legale, caducatorio o con effetto conservativo (totale oppure parziale).

Tuttavia, si è da alcune parti ritenuto eccessivo il potere attribuito al giudice, poiché non limitato né perimetrato.

È questo il problema delle clausole generali. Quando il giudice va ad applicare una di esse, è ravvisabile un alto livello di discrezionalità, la quale ultima potrebbe anche divenire vero e proprio arbitrio.

Allora, la critica da muovere è proprio questa: la buona fede precettiva imperativa attribuisce al giudice un potere eccessivo, il quale finisce per operare contro l’autonomia negoziale.

Di conseguenza, si presentano esigenze tra loro contrapposte: da un lato, la libertà delle parti, dall'altro l'esigenza di giustizia sostanziale, dando al giudice uno strumento per poter reagire a contratti che sono ingiusti.

Si tratta di un bilanciamento difficile: se si espande il potere *de quo*, al contempo si comprime lo stesso potere del giudice.

Si tratta di una scelta di politica giudiziale. Se l'obiettivo è quello di garantire la giustizia contrattuale, bisogna accettare la limitazione dell'autonomia negoziale, ed anche che il potere del giudice entri nel merito delle scelte delle parti.

PARTE II
**NUOVE FRONTIERE DELLA TUTELA CONSUMERISTICA: LA
REGOLAZIONE DEL MERCATO E I PIU' RECENTI PROFILI
PROCESSUALISTICI IN MATERIA**

CAPITOLO V
POLITICHE DI REGOLAZIONE E CONSUMATORI

1. Una premessa doverosa: perché trattare della regolazione del Mercato disquisendo sulla tutela dei consumatori?

Con il presente capitolo si intende provare ad analizzare la connessione esistente tra tutela dei consumatori e regolazione del Mercato³⁹⁹.

In senso tecnico l'attività di "regolazione" è diretta a disciplinare (e quindi a mantenere in equilibrio) un sistema che, altrimenti, tenderebbe al disordine.

In questo senso è da valorizzare il forte legame tra tutela individuale e garanzia del Mercato. Di più: il contratto è stato sempre più utilizzato dal Legislatore nel contesto di istituti che vanno ben oltre l'interesse individuale. Si è sostenuto, infatti, "*(..) che la negoziazione debba essere retta da comportamenti 'virtuosi' (quelli che la tradizione ricava dal dovere generale di buona fede) non solo per soddisfare gli interessi delle parti concretamente in gioco – pensiamo in primis alla loro più piena consapevolezza negoziale – ma anche per rendere quella fase una componente necessaria di un più ampio processo di regolazione dell'intero mercato, e non della sola operazione individuale.*"⁴⁰⁰.

Questa è la ragione che, una volta approfondita la problematica inerente ai rimedi civilistici esperibili in caso di violazione delle norme prevedenti obblighi informativi pre-contrattuali,

³⁹⁹ R. BALDWIN – M. CAVE – M. LODGE, *Understanding regulation*, 2 ed., Oxford, 2012, pp. 2 – 3: "Regulation is often spoken of as if an identifiable and discrete mode of governmental activity, yet the term 'regulation' has been defined in a number of ways. Selznick's notion of regulation as sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community has been referred to as expressing a central meaning (..)".

⁴⁰⁰ M. DE POLI, *Asimmetrie informative*, cit., XVIII.

conduce a considerare utile e interessante approcciare il versante pubblicistico relativo alla produzione pubblica di regole per il governo dei Mercati.

Peraltro, proprio la regolazione dei contratti è stata intesa quale fondamentale passaggio della cosiddetta “regolazione del Mercato”⁴⁰¹. Affinchè quest’ultima sia legittima, deve essere giustificata da una situazione di fallimento ivi presente, come nel caso di asimmetrie informative⁴⁰², e risultare proporzionata, altrimenti intaccando efficienza e competitività del sistema economico.

I soggetti economici, che sono al contempo anche soggetti giuridici, tendono a comportarsi sul Mercato in modo opportunistico, perseguendo finalità egoistiche: si presentano naturalmente propensi ad omettere o a falsificare le informazioni di cui sono in possesso. Ivi si colloca l’economia dell’informazione, che studia come prevenire siffatti comportamenti nelle fasi pre (e post) contrattuale, posto che, infatti, gli effetti deformanti delle operazioni contrattuali asimmetriche devono essere attenuati, al fine di garantire, nel regolamento contrattuale, tanto la libertà di scelta e di conoscenza relativamente ai contenuti economici quanto la libertà di reazione ad essi.

Le fonti della regolazione del Mercato possono consistere in atti aventi forza di legge, in regolamenti governativi o, ancora, in decisioni amministrative: rileva il loro “contenuto regolatorio”.

⁴⁰¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 32, secondo cui lo Stato Regolatore non dirige né gestisce in modo diretto le attività economiche e sociali, ma “*Si limita invece a predisporre la cornice di regole e gli strumenti di controllo necessari affinché l’attività dei privati, svolta per quanto possibile in regime di concorrenza, non leda interessi pubblici rilevanti (tutela degli utenti e dei consumatori, dell’ambiente, della salute, ecc.)*”

I compiti di regolazione, che non sono peraltro necessariamente meno complessi di quelli della gestione diretta delle attività, sono stati affidati di norma ad autorità o agenzie indipendenti (o semi-dipendenti) dal governo (cioè dall’indirizzo politico), così da sottolineare ancor più il ruolo tecnico, neutrale e non dirigista del regolatore pubblico.

Il modello dello ‘Stato regolatore’, con varianti più o meno estreme, ha costituito il paradigma di riferimento dell’ultimo trentennio.”

V. anche M. D’ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2013, pp. 607 ss.: “*per regolazione s’intende, in un’accezione estesa del termine, un’attività che può concretarsi in provvedimenti puntuali tradizionali (come autorizzazioni ad imprese o sanzioni pecuniarie), ma include anche e soprattutto decisioni di tipo quasi-giudiziale, come quelle adottate dalle Autorità antitrust per la risoluzione di casi concreti (..)*”.

⁴⁰² G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 191: “*Ma fallimenti cognitivi si ritrovano anche dietro consumi ridotti di beni socialmente meritevoli, come l’istruzione e la cultura, e persino in condotte almeno in apparenza perfettamente razionali.*”

Si è dunque passati, come è stato sottolineato, dalla prospettiva circoscritta del contratto, incentrata sugli interessi individuali delle parti contraenti, a quella, ben più ampia e complessa, dell'operazione economica, la quale “è infatti, a seconda dei casi, impiegata per dettare regole più coerenti con le condizioni in cui si svolge la negoziazione, con particolare attenzione alla simmetria (o meglio, all'asimmetria) di potere tra le parti, come avviene con la repressione delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore e nel divieto di abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura; per raggruppare più tipi contrattuali al fine di dettare una particolare disciplina di protezione del contraente “debole”, come ad esempio nella disciplina della vendita di beni di consumo, o per riunire più frazioni di un'unica operazione contrattuale al fine di combattere fattispecie elusive di discipline poste a protezione del contraente debole (..)”⁴⁰³.

A partire dalle asimmetrie informative, nell'ottica dei fallimenti del Mercato che esse provocano, si proseguirà con la analisi degli interventi, più o meno tradizionali, volti a orientare le scelte dei consumatori sul Mercato (tecniche queste che, come tali, sono classificate secondo la incisività operata sull'autonomia dei destinatari).

Da quanto detto si evince come la regolazione del Mercato non sia più perseguita, quindi, soltanto tramite politiche economiche e monetarie: anzi, ai rimedi contrattuali è affidato un ruolo sempre più incisivo al fine di contrastare in modo efficiente ed effettivo le storture della concorrenza.

2. Dalla informazione ai fallimenti del Mercato sotto-forma di asimmetrie informative.

Nel momento in cui il Mercato non è in grado di realizzare spontaneamente una o più delle condizioni che permettono allocazioni efficienti delle risorse, diviene necessario intervenire con tecniche di regolazione, che possono essere di tipo imperativo oppure incentivante.

Nello specifico, tale azione si pone a fronte di situazioni di “fallimento del Mercato” (o “*Market failures*”) individuate dalla dottrina economica in quattro ipotesi, ossia: nei beni

⁴⁰³ E. GABRIELLI, (voce) *Contratto e operazione economica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, 2011.

pubblici puri, nelle esternalità, nei mercati non concorrenziali, ed infine (soprattutto, ai fini che ivi ci occupano) nelle asimmetrie informative.

Precisamente, l'analisi del meccanismo del fallimento del Mercato è stato oggetto di interesse a partire dagli Anni '70 del XX secolo: nel momento in cui una parte del Mercato non riesce ad acquisire informazioni sulla qualità dell'offerta, allora il prezzo di ognuna di esse è stimato, al massimo, secondo il prezzo medio della generalità delle offerte.

Entro tale contesto si è concentrato lo studio dei Mercati con informazioni asimmetriche di tre economisti americani⁴⁰⁴ (Akerlof⁴⁰⁵, Spence e Stiglitz⁴⁰⁶: il Mercato tende verso il basso livello delle merci di scarto, che gli americani chiamano “*lemons*”: di qui l'espressione “*Market of lemons*” di cui parlò nel 1970 lo stesso Akerlof).

Dal rilievo delle asimmetrie informative si ricava che la maggiore tutela degli interessi economici dei consumatori sia concentrata sul diritto alla corretta informazione, e questo perché, proprio grazie al ruolo svolto dall'elemento-informazione, i consumatori sviluppano processi cognitivi per valutare le informazioni ricevute (o altrimenti ottenute), peraltro considerando che più l'informazione è ampia, più essa può prestarsi a eterogenee interpretazioni.

Ebbene, lo Stato può “*a) determinare quali parti devono rivelare le informazioni (ed in quale modo); b) disciplinare le condizioni delle informazioni; c) controllare le transazioni private con l'obiettivo di prevenire contratti sfavorevoli per i consumatori. (..)*

Per un consumatore, ricevere una completa informazione è meno rilevante che avere una buona iniziale informazione. (..)

Pertanto, considerando i benefici e i costi, è nell'interesse di un consumatore razionale non essere completamente informato, ma essere ottimamente informato.”⁴⁰⁷.

L'interessato si presta ad essere sufficientemente informato quando è in grado di tradurre l'informazione fornitagli in scelte razionali tali da massimizzare il profitto.

Deve cioè poter acquisire ed assimilare tutte le informazioni essenziali per compiere la sua scelta.

⁴⁰⁴ Vincitori del premio Nobel nel 2001.

⁴⁰⁵ G.A. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3, 1970, pp. 488 ss.

⁴⁰⁶ J.E. STIGLITZ, *Information and the Change in the Paradigm of Economics, Prize Lecture*, 8 dicembre 2001; ID., *Informazione, economia pubblica e macroeconomia*, Bologna, 2002.

⁴⁰⁷ L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., pp. 191 – 192.

L'ambito dei problemi di informazione ha iniziato ad essere analizzato dagli economisti a partire dal 1960. Ebbene, negli Anni '80 e '90, è stata elaborata la cosiddetta “*behavioural economics*”, incentrata sullo studio del comportamento economico degli esseri umani attraverso esperimenti di laboratorio⁴⁰⁸, e si è dunque iniziato ad utilizzare espressioni come “*biases*” per intendere le divergenze riscontrabili tra il reale comportamento degli esseri umani e i comportamenti previsti dalla tradizionale presunzione di razionalità.

Tutto ciò avrebbe importanti ripercussioni sul Mercato, che può riscontrare difficoltà nel produrre un ammontare socialmente ottimale di informazioni e nel distribuirle in modo efficace⁴⁰⁹.

Da quanto premesso, risulta necessario analizzare l'agire razionale degli operatori, che sul Mercato deve sempre ravvisarsi proprio al fine di mantenere l'equilibrio al suo interno.

A scalfire siffatta linearità intervengono proprio i “fallimenti del Mercato”.

Ebbene, posto che il Mercato fallisce come “sistema di informazione spontanea”, l'intervento del diritto si rende necessario: la soluzione consiste nella regolazione, soprattutto quanto alla disciplina dei contratti ivi conclusi, attraverso rimedi elaborati *ex ante* o *ex post* rispetto alla stipulazione. Tra questi, le più volte menzionate regole informative obbligano il contraente a fornire, specie nella fase pre-contrattuale, una serie articolata e complessa di informazioni sulle diverse sfaccettature inerenti allo stipulando contratto.

3. Sfruttare il meccanismo della regolazione per ri-equilibrare le posizioni contrattuali in presenza di asimmetrie informative.

E' preliminarmente da evidenziare che del termine “Mercato” si registrano almeno quattro significati: il Mercato è infatti stato inteso come luogo, ideologia, paradigma dell'azione sociale e, infine, anche come istituzione.

Anzitutto, il Mercato rappresenta il luogo fisico in cui si concludono rapporti commerciali.

⁴⁰⁸ Nello specifico, la disciplina dell'economia comportamentale fu inaugurata grazie all'opera di due studiosi: si tratta dell'economista A. Tversky e dello psicologo D. Kahneman.

⁴⁰⁹ L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., pp. 174 ss.

Nella seconda accezione, esso costituisce lo spazio dell'agire umano tendenzialmente sottratto all'ingerenza dei pubblici poteri.

In terzo luogo, il riferimento è al principio di razionalità economica sotteso all'operare di ciascun individuo, per poter così ottenere la massimizzazione dell'utilità personale.

Da ultimo, il Mercato è connotato dalla particolare capacità di produrre un ordine complessivo delle relazioni economiche ivi realizzatesi⁴¹⁰.

Posto che il Mercato costituisce, in generale, il contesto ove convergono domanda e offerta, occorre la sussistenza delle condizioni concorrenziali utili affinché i soggetti ivi operanti sfruttino le migliori opportunità disponibili: di conseguenza, è evidente il motivo per cui se ne auspica la regolazione.

Tanto, a maggior ragione, se si considera il contenuto dei capitoli precedenti del presente lavoro, con particolare riguardo alla deteriore posizione del consumatore dinanzi alla controparte negoziale.

La regolamentazione si caratterizza sempre più quale attività diretta a colmare il divario informativo esistente tra i soggetti regolati, e questo attraverso metodi quali la diretta fissazione delle tariffe da parte del Regolatore ed altri, più complessi, che prevedono anche la possibilità di confronto concorrenziale al fine di individuare soluzioni che comunque possano minimizzare la perdita del monopolio⁴¹¹.

Invero, “lo Stato può assumere il controllo dei prezzi (e determinare le condizioni di entrata), delle condizioni di lavoro e dell'ambiente oppure della concorrenza. Quest'ultimo caso, che si riferisce alla normativa antitrust, comporta il controllo delle acquisizioni, dei comportamenti dell'impresa dominante e delle intese tra imprese. Esiste, tuttavia, una posizione teorica alternativa che interpreta i fenomeni di r., generalmente associati alla crescita del settore pubblico e alla sua ingerenza nel funzionamento del mercato, come frutto di una diversa logica. La r. crescente del mercato sarebbe stata originata dal tentativo di determinati gruppi (per es., categorie di imprese o di lavoratori) di realizzare i propri interessi particolari. Secondo gli esponenti di quest'orientamento d'ispirazione liberista, sono i vantaggi che derivano al settore regolamentato, quali le barriere all'entrata, la determinazione di prezzi minimi, l'attenuazione della concorrenza di

⁴¹⁰ A. ZITO, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. giur., Annali III*, Milano, 2010.

⁴¹¹ F. GOBBO, *Fallimenti del mercato e regolamentazione*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2007, p. 345.

prodotti o di servizi sostitutivi, a motivare l'intervento pubblico, facendo perdere alla r. il suo connotato positivo. Quest'interpretazione della r. ha avuto, a partire dalla fine degli anni 1970, una significativa influenza sul processo di progressiva riduzione di norme e regolamenti in buona parte delle economie occidentali"⁴¹².

Come prima accennato, il termine "regolazione" è sinonimo di "disciplina": laddove si tratti di interventi in un determinato settore, essi tendono a porre regole che i soggetti ivi operanti dovranno osservare. L'obiettivo ultimo è la realizzazione di un Mercato concorrenziale, in cui i lati di domanda e offerta, debitamente informati e consapevoli, operano un confronto tra beni/servizi scambiati e loro corrispettivi, pervenendo così alla stipulazione di contratti che possano ritenersi equilibrati⁴¹³.

Invero, la locuzione "regolazione", applicata al Mercato⁴¹⁴, rende necessaria qualche considerazione ulteriore: anzitutto, l'indagine comporta un approfondimento del rapporto tra Economia e Diritto, e, prima ancora, tra Stato ed Economia.

L'intervento statale sull'Economia ha avuto particolare rilievo nel passaggio da uno Stato imprenditore, connotante tutta la prima metà del XX secolo e buona parte della seconda, operante in modo attivo per il raggiungimento di determinati obiettivi di interesse generale, ad uno Stato che riconosce la necessità al contempo di valorizzare le dinamiche dell'iniziativa privata nel solco di una regolazione dei rapporti tra imprenditori e consumatori.

Nello specifico, gli interventi statali sulla sfera economica possono essere diretti oppure indiretti: *"Gli interventi diretti sono posti in essere dallo Stato che assume la veste di proprietario, imprenditore, erogatore di servizi. Gli interventi indiretti sono posti in essere dallo Stato che indirizza e controlla l'economia privata (...). L'intervento 'indiretto' dello Stato può essere di due tipi principali. Il primo è costituito dagli interventi che consistono in indirizzi, direttivi o piani. Il secondo in interventi che consistono in disposizioni 'condizionali' (...). Le norme 'condizionali' non vietano lo svolgimento di determinate*

⁴¹² Si veda "regolazione del mercato", su www.treccani.it/enciclopedia/regolamentazione-del-mercato/.

⁴¹³ M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del Mercato*, Torino, 2008, pp. 225 – 226: *"E' noto che una delle condizioni del Mercato pienamente concorrenziale è la condizione per cui le imprese operano nella 'informazione perfetta', ovvero la disponibilità di informazioni complete in merito ai costi di produzione, ai prezzi, al salario reale di equilibrio."*

⁴¹⁴ P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, cit.; A. ZITO, voce *Mercati (regolazione dei)*, cit., pp. 805 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

attività, né lo impongono, ma contengono disposizioni che mirano a incoraggiare o scoraggiare il privato al compimento di determinate attività. L'esempio principale è quello costituito dalle norme fiscali."⁴¹⁵.

Ciò detto, e considerando i dati storici, si registra come un intervento di regolazione possa invero risultare tanto vantaggioso quanto però anche dannoso per lo sviluppo economico. Di conseguenza, devono essere in primo luogo speculate le ragioni per le quali lo Stato decida di regolare.

Anzitutto, una forma di regolazione può certamente essere realizzata tramite gli istituti tipici del diritto privato, quali la proprietà o il contratto, ma altresì mediante strumenti autoritativi di diritto pubblico impiegati da parte dello Stato. Optare per gli uni o gli altri si giustifica secondo una scelta dettata da criteri intesi nella logica di analisi economica del diritto, quale ad esempio l'analisi costi-benefici.

Ebbene, se da un lato questo è vero, dall'altro la normativa civilistica non è apparsa sufficiente agli scopi ivi ripetutamente intesi, ossia l'agire razionale degli operatori su un Mercato concorrenziale. Conseguenza di tale assunto è stata la constatazione della necessità dell'intervento di nuovi attori pubblici con funzione correttiva ed integrativa dei regolamenti concorrenziali, per tutelarne la parità concorrenziale.

Pertanto, oltre alla protezione garantita dalla disciplina civilistica, sono state elaborate forme di integrazione eteronoma di matrice pubblicistica, operanti a livello primario (se espressione di atti del Legislatore), oppure ancora a livello secondario (qualora il soggetto deputato a tutelare l'interesse dei consumatori e del Mercato sia un'Autorità amministrativa indipendente)⁴¹⁶.

Ivi occorre una precisazione terminologica: infatti, il concetto di "regolazione" in senso lato fa riferimento ad un'attività che può estrinsecarsi non solo in provvedimenti puntuali,

⁴¹⁵ S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, 1995, pp. 25 ss.

⁴¹⁶ Quanto al tema degli effetti conformativi sul contratto da parte degli atti delle Autorità amministrative indipendenti v.: M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica)*, in A. D'ANGELO – V. ROPPO (a cura di) *Annuario del Contratto*, Torino, 2012; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012; G. BELLANTUONO, *Contratto e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009; V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, pp. 1611 ss.; G. CERIDONO, *Le Autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, pp. 465 ss.; G. DE NOVA, *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, p. 520.

quali autorizzazioni ad imprese o sanzioni pecuniarie, ma anche in provvedimenti e regolamenti adottati dalle Autorità *antitrust*⁴¹⁷.

Si è appena detto della limitatezza dello strumentario privatistico, pertanto dovendosi ampliare il raggio d'azione anche ad azioni di matrice pubblicistica, e questo al fine di garantire lo sviluppo di un Mercato genuinamente concorrenziale, considerato in un'ottica più ampia rispetto alla tutela del singolo consumatore.

Da un lato, l'obiettivo consiste nell'imporre uno *standard* comportamentale operante in via generale sul Mercato, prevedendo rimedi di tipo contrattuale incentrati sui principi generali di correttezza e di buona fede. Dall'altro, se speculato dal punto di vista pubblicistico, l'intervento regolatorio verte sulla predisposizione di unilaterali obblighi di comportamento, presidiati attraverso il ricorso allo strumento sanzionatorio.

La normativa pubblicistica si propone, dunque, l'obiettivo di eliminare tali disparità, costituenti delle esternalità negative per il buon funzionamento del Mercato: ciò è possibile attraverso l'azione mediante strumenti di *command and control* idonei ad orientare il comportamento dei professionisti al rispetto dei valori sanciti dall'art. 41 Cost. (sfruttando il potenziale deterrente delle sanzioni amministrative e la possibilità di comminare provvedimenti inibitori).

È da sottolineare come in tale contesto il diritto eurounitario abbia, ancora una volta, dispiegato i suoi effetti incisivi: si è così pervenuti alla considerazione per cui un Mercato non possa esistere senza regole generali sulla concorrenza. Più semplicemente, il Mercato deve essere concorrenziale.

Per vero, lo stesso testo della Costituzione italiana, entrata in vigore nel 1948 (e quindi ben prima dell'entrata in vigore del T.C.E.) già prevedeva tale assunto, soprattutto affermando che *“La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”*

Inoltre, lo stesso ruolo assunto dallo Stato sul Mercato, nella seconda metà del XX secolo, ha comportato la nascita delle (ormai più volte menzionate) Autorità amministrative indipendenti⁴¹⁸, caratterizzate da indipendenza rispetto al circuito politico: come noto, la

⁴¹⁷ M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 4, 2013, pp. 607 ss.

⁴¹⁸ N. PECCHIOLI, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del Mercato*, *ibidem*, 2017, pp. 525 ss.; F. CINTIOLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del Mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, *cit.*, pp. 509 ss.; F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, *ibidem*, pp. 547 ss.

ratio di queste ultime attiene alla gestione di settori sensibili, inerenti alla tutela di interessi di rilevanza costituzionale⁴¹⁹, di conseguenza presupponendo, da un lato, elevati livelli di competenza, e, dall'altro, la possibilità di esperire poteri ispettivi e coercitivi.

Si comprende il motivo per cui sono emerse forme di “allontanamento” dello Stato dall'Economia, e si è iniziato a parlare di “Stato Regolatore”⁴²⁰, tra gli Anni '80 e '90 del Novecento, a fronte dell'avvento della concezione del Mercato unico europeo, operando al di fuori della politica proprio tramite le *Authorities*⁴²¹. In questo senso, la regolazione di queste ultime è qualificabile come spendita del potere, la cui giurisdizione è pertanto devoluta al giudice amministrativo⁴²².

L'espressione “Stato regolatore” ha quindi conosciuto una effettiva concretizzazione: si è individuato un modello di governo pubblico dell'Economia, ove la regolazione costituisce la forma prevalente di intervento pubblico. In generale, sul piano della produzione normativa, l'impiego del diritto pubblico, a tal fine impiegato in passato, ha iniziato a lasciare il posto ad un diritto invece misto, al contempo pubblico e privato⁴²³.

Da quanto fin qui esposto, è possibile ravvisare una stretta interconnessione tra regolazione, Mercato e contratti. Mediante la stipulazione di contratti sono appunto soddisfatti gli

⁴¹⁹ Le Autorità indipendenti sono istituzioni concepite in base ad esigenze di autonomia e di imparzialità. Le funzioni di vigilanza e controllo consentono a queste ultime di effettuare ogni attività necessaria a verificare il rispetto della normativa del settore in cui sono chiamate a svolgere i loro compiti, prodromici all'esercizio del potere sanzionatorio che ha come principale obiettivo la tutela della concorrenza e dell'efficienza nei singoli ambiti di competenza.

⁴²⁰ M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., pp. 14 ss.; M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., pp. 135 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit.; A. LA SPINA – G. MAIONE, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, 2000; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 4, 1997, pp. 627 ss.

⁴²¹ Tra le numerose *Authorities* istituite in Italia, alcune assumono sempre più i connotati di soggetti regolatori, come nel caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, nonché dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

⁴²² Secondo il criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, fondato sulla c.d. *causa petendi* (almeno a partire dal Concordato giurisprudenziale del 1929 tra i Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato) e sulla relativa regola applicativa data dalla dicotomia carenza-cattivo uso del potere.

⁴²³ Eppure, un “ritorno” allo Stato interventista si è avuto a fronte della crisi finanziaria del 2008. In tal senso è M. CLARICH, *La “mano visibile” dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, su http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/indice-fascicolo-2-2015/editoriale#_ftnref17, 2016, secondo cui i governi nazionali hanno impiegato strumenti quali “*sussidi diretti e altre forme di aiuti di Stato* (...), *salvataggi attraverso interventi nell'azionariato da parte di soggetti pubblici, operazioni di ristrutturazione guidate dallo Stato*, ecc. (...)”

La crisi ha fatto emergere peraltro alcune smagliature dello Stato regolatore, sia sotto il profilo del perimetro troppo ristretto della regolazione che lasciava zone franche, aperte a fenomeni speculativi, sia sotto il profilo di eccessi di deregulation, sia sotto quello della incapacità di regolazioni essenzialmente nazionali o tutt'al più limitate ad aree geografiche come l'Europa a governare il fenomeno della globalizzazione dei mercati.”

interessi degli operatori sul Mercato, il quale è inteso come il contesto in cui sono scambiati beni e servizi tra soggetti interessati a offrirli e parimenti ad acquistarli.

Senza intervento alcuno da parte dello Stato, siffatti scambi sarebbero rimessi unicamente ai consumatori e agli operatori professionali, e quindi ai meccanismi spontanei di tale contesto. Al fine di un corretto funzionamento del circuito del Mercato si rende necessario prevedere un insieme di regole idonee a far sì che lato della domanda e lato dell'offerta siano in posizioni quantomeno riequilibrato. Ne consegue che la principale motivazione della regolazione risiederebbe nella constatazione che il Mercato sia soggetto a "fallimenti" e, pertanto, un intervento pubblico garantirebbe il conseguimento di risultati che lo spontaneo funzionamento del Mercato invece non assicura⁴²⁴.

Come sarà approfondito nel prosieguo, se di fallimenti si tratta, l'intervento pubblico (tramite regolazione) ivi opera al fine di "correggere" il Mercato, o quantomeno di ridurre il suo mal funzionamento, senza tuttavia contraddire la generale condizione di libertà che lo caratterizza.

Il fenomeno della regolazione del Mercato ha plurime finalità, quali assicurare la trasparenza in tale contesto di scambi commerciali (mediante la disponibilità di informazioni esaustive, chiare e tempestive) nella duplice prospettiva dei consumatori che domandano un bene o un servizio e degli operatori professionali che li offrono; garantire, ove previsto, che questi ultimi presentino i requisiti idonei all'esercizio di determinate attività economiche; altresì, assicurare l'eliminazione o il contenimento dei comportamenti scorretti o lesivi della fede pubblica a tutela dei soggetti sul Mercato.

A questo punto, posto che dal fenomeno regolatorio non si può prescindere sul Mercato, è bene approfondirne il contenuto e indagare le sue possibili forme, tra cui, *in primis*, la legislazione.

⁴²⁴ M. LIBERTINI, voce (*Concorrenza*), *cit.*, p. 208, secondo cui, a cavallo tra XX e XXI secolo, la concorrenza appare strettamente connessa al principio di libertà economica, ed anzi ne è una sua conseguenza naturale e necessaria. Di conseguenza, essa ha la finalità di contribuire alla prosperità generale. "*Ove ciò non avvenga spontaneamente, sarà cura dell'intervento regolatorio statale correggere le disfunzioni del Mercato. La regolazione pubblica è vista come la naturale risposta ai fallimenti del Mercato. (...) Quando poi il funzionamento dei mercati non sia proprio in grado di soddisfare il pubblico interesse, il compito dello Stato non sarà quello di intervenire per ripristinare un processo concorrenziale alterato, bensì quello di intervenire con strumenti pubblicistici: regolazione amministrativa e, al limite, monopoli legali regolati.*"

Ed infatti, a partire dagli Anni Settanta del XX secolo, è risultato necessario proprio l'intervento "rimediale" della regolazione pubblica, al fine di ri-equilibrare la posizione asimmetrica del consumatore, all'origine dei fallimenti del Mercato⁴²⁵.

Con riferimento alla regolazione, e alla sua funzione, talora si è negata la categoria (o, al più, l'ha qualificata come una funzione amministrativa non diversa dalle altre), talaltra la si è concepita solo in relazione all'azione delle Autorità indipendenti⁴²⁶ o, ancora, la si è ritenuta una nuova forma di produzione normativa.

Del resto, siffatta prospettiva di intervento si incardina nella progressiva evoluzione del rapporto tra Pubblica Amministrazione e amministrati, la quale è compendiata nel testo della stessa Legge 7 agosto 1990, n. 241, "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*"⁴²⁷.

Soltanto attraverso una regolazione efficiente, peraltro come tale fondata su un solido novero di regole specifiche adottate secondo garanzie procedurali trasparenti, per consentirne l'accesso e la conseguente comprensione da parte dei destinatari: "*Un regime regolatorio viene considerato di buona qualità (Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 38) se ha considerato adeguatamente la questione della sua efficacia, dunque ponendosi nel corso dell'istruttoria dal punto di vista dell'attuazione (enforcement) e dell'adesione da parte dei destinatari (compliance) (Hawkins, Thomas, 1984: 7; Voermans, 2013).*"⁴²⁸.

Per parte sua, il termine "legislazione" attiene al "*complesso delle leggi di un determinato paese, di una data epoca, di un particolare regime (..)*"⁴²⁹. In quanto tale, come nel modello di governo pubblico dell'Economia la regolazione è la forma prevalente di intervento pubblico, nel rapporto tra regolazione e legislazione, la seconda costituisce uno degli strumenti che permettono alla prima di operare.

I due termini, regolazione e legislazione, sono tra loro in correlazione.

È pur vero notare che, di recente, gli interventi di regolazione statale sul Mercato sono consistiti in controlli preventivi, oneri di trasparenza e regole di condotta posti a carico dei

⁴²⁵ F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, p. 54.

⁴²⁶ Infatti, l'attività regolativa di dettaglio è affidata dallo Stato Regolatore proprio alle *Authorities*.

⁴²⁷ Pubblicata in G.U. n. 192 del 18 agosto 1990. In particolare, quanto alla rinnovata interazione tra amministrati e Soggetto pubblico, si vedano gli artt. 1, 9, 11.

⁴²⁸ M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria*, cit., p. 136.

⁴²⁹ Voce "legislazione", su <http://www.treccani.it/vocabolario/legislazione/>.

professionisti, così infine delineando un sistema articolato tra *public enforcement* (ordini inibitori e sanzioni pecuniarie amministrative) e *private enforcement*.

Poiché “Regolatore” in generale è non solo il Parlamento ma anche il Governo, le Autorità indipendenti o i regolatori che operano su altri livelli di Governo (Regioni o istituzioni sovranazionali), ben si comprende come il rischio sotteso ad una simile impostazione sia la stratificazione di un numero sempre più elevato di discipline, anche complesse e connotate da tecnicismo al loro interno: probabile conseguenza è un vulnus al principio di certezza e prevedibilità del diritto, entrambi ricondotti, come noto, alla legalità che è a fondamento dell’ordinamento giuridico stesso.

Fermi i rilievi che precedono, considerando che agli obiettivi della regolazione si cerca spesso di pervenire tramite il rafforzamento dell’apparato normativo, deve anche essere rilevato che tale *iter* non sempre si rivela adeguato ed efficiente. Infatti, rileva soprattutto la effettività delle norme giuridiche: sarebbe forse meglio stabilirne un numero inferiore, ma efficiente. Un ingente quantitativo di regole può unicamente portare a confusione, scarsa conoscenza dei relativi contenuti, nonché a tentativi di elusione (o financo di violazione).

Perciò, è attualmente oggetto di discussione non tanto la necessità quanto invece la qualità di un possibile intervento dei Soggetti pubblici nel Mercato.

Se questo è vero, dovrebbe avvertirsi una più pressante esigenza sul piano della efficienza. L’apparato amministrativo, deputato agli interventi che fino a qui sono stati tratteggiati, dovrebbe piuttosto conoscere un investimento consistente di risorse economiche in strutture e personale, nonché un migliore uso dei finanziamenti provenienti dall’Unione europea.

In definitiva, l’unica azione realmente funzionale dovrebbe essere mirata sull’impianto medesimo della Pubblica Amministrazione, perché questa possa divenire il motore dello sviluppo economico e sociale del Paese.

4. Circa le tecniche di regolazione esperibili: la *disclosure regulation* tradizionale è (ancora) utile?

Come detto, la *disclosure regulation*⁴³⁰ rappresenta una tecnica di regolazione basata sull'informazione. Pertanto, la regolazione ivi impiega l'informazione per imporre obblighi informativi alle parti forti sul Mercato (ma non solo⁴³¹): un valido esempio in questo senso è riscontrabile nel Codice del consumo *ex artt. 21 ss.* in tema di “*Pratiche commerciali ingannevoli*”.

Eppure, nonostante le potenzialità, si è riscontrato un generale fallimento (o comunque una insufficienza⁴³²) della tecnica *de qua*, poiché, in primo luogo, essa non riesce a cogliere le sfaccettature psicologiche che contraddistinguono ciascun operatore sul Mercato, varietà questa che influenza le relazioni negoziali e direziona l'agire economico. I consumatori sul Mercato sono connotati da interessi che necessariamente risultano tra loro eterogenei, a fronte dei molti elementi alla base delle esigenze di ciascun individuo. Inoltre, non è necessariamente sinonimo di efficienza la trasmissione di un quantitativo di informazioni molto elevato, poiché i consumatori-soggetti deboli sul Mercato potrebbero non essere in grado di ri-elaborarlo a proprio vantaggio.

Ancora. Spesso non si è tenuto conto dell'operare dei numerosi *bias* di cui è vittima l'individuo se esposto alle informazioni e nel momento in cui valuta i rischi connessi alle scelte da operare.

Di contro, laddove la *disclosure regulation* abbia adottato tecniche di semplificazione e di armonizzazione dell'informazione, al fine di ovviare al problema del sovraccarico informativo, o laddove abbia introdotto elementi di sensibilizzazione a temi sociali e ambientali (etichette degli elettrodomestici per il risparmio energetico ed etichette sui cibi “sani”), non si è dimostrata sufficientemente capace di modificare il comportamento individuale⁴³³.

⁴³⁰ R. BALDWIN – M. CAVE – M. LODGE, *Understanding regulation*, cit., pp. 119 ss.

⁴³¹ V. F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, su amministrazioneincammino.luiss.it, 2012, p. 3: “(..) l'informazione può essere oggetto di regolazione anche in relazione al lato dell'offerta e quindi a vantaggio degli operatori (come avviene per i codici di rete e il Testo Unico sull'Unbundling nei mercati energetici, che obbligano gli operatori ad un corretto information sharing, o come ha fatto l'Agcm in alcuni casi antitrust relativi al mercato energetico – si pensi ai casi Sorgenia – in cui ha accettato una serie di impegni pro-disclosure)”. V. anche ID., *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2011, pp. 975 ss.

⁴³² T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997, p. 13.

⁴³³ F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 171.

In pratica, non si è tenuto conto della realtà sul Mercato, in cui è diffusa la presenza di individui che operano privi della razionalità che dovrebbe invece essere loro propria.

Pertanto, date le predette difficoltà, alcuni Autori hanno financo paventato la necessità di dismettere lo strumento regolatorio⁴³⁴, affidando completamente al Mercato (però non regolato) il compito della diffusione dell'informazione.

Se, come si è prima accennato, la *disclosure regulation* non ha anzitutto considerato la eterogeneità soggettiva e la varietà delle risposte dei comportamenti umani sottolineata dagli approdi delle scienze cognitive, sarebbe forse utile ripartire da qui.

È necessario forse ripensare il modo di correggere e compensare le asimmetrie, questa volta mediante strumenti che siano differenziati secondo le circostanze concrete di volta in volta in gioco: infatti “(..) *l'utilità delle varie misure di riforma andrebbe valutata in relazione alla peculiarità dei singoli contesti di riferimento, dando così maggior peso alle specificità istituzionali, economiche e culturali dei singoli paesi: un dato che le istituzioni internazionali ed europee tendono talora a trascurare quando stilano classifiche generali o redigono raccomandazioni destinate a valere per tutti nello stesso modo.*”⁴³⁵.

E' quindi necessario, anzitutto, conoscere i consumatori, al fine di cercare di individuarne gli effettivi interessi. Una volta compreso ciò, il Regolatore ha la possibilità (deve, anzi) intervenire secondo le specificità dei singoli casi concreti, vagliati tenendo sempre conto del principio di proporzionalità.

Ebbene, quindi, appare interessante considerare, più nello specifico, l'agire del consumatore, e questo al fine di comprendere da quali fattori possa essere influenzato e come l'informazione sia fondamentale in ogni decisione che sia (o intenda essere) razionale. A maggior ragione questo assunto rileva nella soluzione del quesito sul se la *disclosure regulation* possa ancora oggi essere considerata una tecnica “utile”.

Ed infatti “*Il consumatore orienta le proprie scelte in modo non necessariamente conforme ai dettami dell'economia classica, ma rispondendo a regole intuitive oppure sulla base di*

⁴³⁴ O. BEN-SHAHAR – C.E. SCHNEIDER, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014, pp. 6 e 183; ID., *Coping with the Failure of Mandated Disclosure*, in *11 Jerusalem Review of Legal Studies*, 2015, pp. 83 – 93.

⁴³⁵ G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2015, p. 634.

errori cognitivi ricorrenti. E ciò può determinare l'incapacità della regolazione di raggiungere l'obiettivo sperato, risultando pertanto inefficace."⁴³⁶.

In generale si è osservato che alla base delle decisioni dei consumatori vi siano egoismo e interesse personale⁴³⁷. Inoltre (soprattutto), come si è più volte avuto modo di constatare, spesso i consumatori non sono in grado di comprendere il contenuto delle informazioni ricevute, e quindi di impiegarle conseguentemente o di valutare i rischi dell'operazione negoziale cui esse si riferiscono. E questo anche perché gli stessi consumatori, tra loro, sono molto diversi e dotati di un livello più o meno alto di competenze⁴³⁸.

Eppure, da questi semplici dati iniziali si può valorizzare l'importanza della scelta operata in modo razionale⁴³⁹, anche a fronte della diminuzione conseguente dei costi (determinati dalla commissione di errori nelle scelte sul Mercato), il che permette di individuare un duplice vantaggio: non solo per il consumatore, ma anche per la stessa Società.

Al fine di comprendere quale sia lo strumento regolatorio più adeguato nel caso di specie, occorre non limitarsi a dare (o obbligare altri a dare) l'informazione, ma darla in un certo modo e secondo certe procedure che rispecchino la realtà concreta, e quindi i reali bisogni dei soggetti coinvolti.

Pertanto, il discorso va incentrato sulla qualità dell'informazione, più che sulla sua quantità. Il consumatore, infatti, deve ricevere informazioni semplici, comprensibili e facilmente comparabili.

4.1. Prospettive future in tema di correttivi alla *disclosure regulation*.

Nell'evoluzione storica, il perseguimento di un regime di concorrenza ha talvolta dato luogo a un eccesso di regolazione che non ha favorito l'efficienza economica, mentre, talaltra, lo stesso fine è stato perseguito attraverso una deregolazione oppure la

⁴³⁶ F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore*, cit.; N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2012, pp. 7 – 18.

⁴³⁷ G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA – N. VARDI (a cura di), in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, pp. 59 ss.

⁴³⁸ Si ricordi la distinzione tra “consumatore medio” e “consumatore esperto”.

⁴³⁹ G. GRISI, cit., p. 60: “*Si constata che l'homo oeconomicus razionale è una favola, perché la realtà rivela che l'individuo agisce quasi sempre irrazionalmente, in balia di distorsioni cognitive che sovente inducono scelte assurde e/o controproducenti.*”.

soppressione di organismi pubblici. Le scienze cognitive possono tuttavia contribuire al miglioramento del procedimento che porta alla produzione della regolazione in genere⁴⁴⁰, e della *disclosure regulation* in particolare.

Ne consegue come il fenomeno della regolazione non sia sempre riuscito a finalizzare il risultato auspicato: le strategie risultano classificate secondo il grado di incisività sull'autonomia dei destinatari, e quindi sono distinte tra modelli più pervasivi, come il *command and control*, incentrato su divieti o obblighi di definizione puntuale degli standard di condotta dei regolati, fino ad altri, più conformi all'autonomia individuale (e più "vicini" ai reali destinatari), come è il caso della *soft law*⁴⁴¹.

Fermi i rilievi di cui sopra, la riflessione deve ora concentrarsi sul tipo di regolazione auspicabile in relazione alla problematica della informazione, e quindi sulla sua carenza o manipolazione sul Mercato.

Tale obiettivo può essere raggiunto secondo vie tra loro differenti: tramite comandi imposti, mediante strumenti di indirizzo o incentivazione, o, ancora, tramite regole di comportamento per i privati (che vi si adegueranno di conseguenza).

Invero, sempre più strada si fanno tecniche nuove e attente alle caratteristiche eterogenee dei singoli consumatori, quale appunto il *nudge*⁴⁴².

Le norme della regolazione intendono correggere, attenuare o compensare le asimmetrie fonti di un rapporto tra gli operatori sul Mercato che risulta squilibrato.

In questo senso è la *information disclosure* (o *information sharing*): *“l'imposizione di obblighi informativi a carico di imprese o di PA è compatibile con logiche di Mercato ed anzi è tra gli interventi regolatori quello che maggiormente lascia intatta l'autonomia dei destinatari dell'obbligo stesso di perseguire i propri interessi ed obiettivi.”*⁴⁴³.

⁴⁴⁰ F. DI PORTO – N. RANGONE, *Cognitive-based regulation: New challenges for regulators?*, su *Federalismi.it*, 2013; ID., *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rule-Makers*, in A.L. SIBONY – A. ALEMANNINO (a cura di), *Nudging and the Law, What can EU Learn from Behavioural Sciences?*, Oxford, 2015, pp. 29 – 59.

⁴⁴¹ F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, p. 23.

⁴⁴² Di cui si è già accennato. Si v.: R.H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *93 The American Economic Review*, 2, 2003, pp. 175 – 179 e ID., *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *70 Univ. Chicago L. Rev.*, 4, 2003, pp. 1159 ss.

⁴⁴³ F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 24.

Invero, a risultati pari a quelli provenienti dalla funzione regolatoria finalistica è possibile pervenire grazie alla diffusione dell'informazione, e, in generale, a sperimentazioni coinvolgenti entrambe le categorie degli operatori sul Mercato.

Ebbene, a siffatto discorso si collega la diffusione della “comunicazione istituzionale”, volta a fornire una informazione a consumatori e utenti con funzione educativa, mirando a correggerne scelte e preferenze, ed incanalando le decisioni dei singoli verso esiti auspicabili per l'intera collettività.

In questo senso l'impostazione della recente *nudge regulation* (o “spinta gentile”)⁴⁴⁴ è destinata a indirizzare le scelte di consumo privato quale forma di “pungolo sociale” capace di orientare decisioni che promuovano il benessere degli individui.

Si tratta di una forma di regolamentazione ispirata al paternalismo libertario, dottrina politica che sostiene la possibilità di poter perseguire il benessere dei consociati senza però ostacolare la loro libertà di scelta.

L'economia comportamentale, interrogandosi su tali dinamiche, ha osservato che gli esseri umani:

1)utilizzano costantemente le “regole del pollice”, atte a facilitare le scelte in presenza di set informativi incompleti. Esse sono essenzialmente tre, e ad ognuna di esse è collegato un particolare *bias*: aggiustamento (basandosi su un dato conosciuto, si fanno aggiustamenti successivi fino ad arrivare al risultato ritenuto corretto); disponibilità (le scelte vengono compiute sulla base dei dati a disposizione del soggetto, i quali sono considerati a seconda della loro accessibilità ed importanza); rappresentatività (i processi cognitivi si affidano a stereotipi);

2)tendono all'inerzia, preferendo a non cambiare la propria situazione (c.d. *status quo bias*);

3)in quanto animali sociali, sono facilmente influenzabili dalle scelte operate dagli altri. Secondo i sostenitori del paternalismo liberale, lo Stato – anziché obbligare i consociati a tenere determinati comportamenti, attraverso la minaccia della sanzione, dovrebbe individuare l'opzione preferibile per tutelare gli interessi dei consociati medesimi, senza però eliminare la loro libertà di scelta: ciò avviene attraverso un procedimento di *opting*

⁴⁴⁴ R. H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009, p. 9.

out, per cui l'ordinamento individua una serie di regole di *default* (essenzialmente, si tratta di regole a carattere dispositivo), dalle quali i privati possono deviare. Con tale approccio si persegue il benessere dei consociati ma nel farlo non si impone alcun obbligo in capo ai privati.

In definitiva, il *nudge* deve considerarsi quale nuova via che lo Stato dovrebbe seguire intervenendo nell'economia, alternativa ad una regolamentazione fondata sul *command and control*.

Da ultimo, lungo tale *iter*, ulteriore alternativa rispetto ad una stretta regolazione potrebbe derivare dall'impiego dei cosiddetti *Big Data*⁴⁴⁵, i quali permettono di individuare le preferenze degli utenti, e quindi i loro interessi, tramite osservazione delle scelte dei consumatori su siti *Internet*, *social network* e altre fonti.

Pertanto, l'interesse del consumatore, che viene in tal modo profilato, è al centro dell'analisi anche in tale prospettiva.

I *Big Data* sarebbero utili per addivenire a “*disclosure* personalizzate”, quindi basate sulle scelte dei consumatori, così potendosi conferire ad una determinata persona informazioni per certo precise e adatte, in quanto derivanti dalle sue stesse passate esperienze⁴⁴⁶: “*dal lato dei consumatori, affinché questi possano ricevere le disclosure personalizzate e mirate da parte delle imprese, nel nostro ordinamento occorrerebbe che i cittadini prestassero il proprio consenso, ai sensi dell'art. 22 Reg. 2016/679, ad essere assoggettati a decisioni basate sul trattamento automatizzato dei dati, ferma restando la possibilità di optare per le disclosure dettagliate ed impersonali.*”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ In tema v. F. DI PORTO, *La rivoluzione dei big data. Un'introduzione*, in F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e concorrenza*, num. spec. di *Conc. e merc.*, 2016, pp. 5 – 14; G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in *Conc. merc.*, 26, 2016, pp. 15 ss.; A. MANTELETO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. inform.*, fasc. 1, 2012; G. D'ACQUISTO – M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2016.

Quanto alle analisi sul tema, v.: THE ASPEN INSTITUTE, *The Promise and Peril of Big Data*, David Bollier Rapporteur, Washington, 2010, in <http://www.aspeninstitute.org/publications/promise-peril-big-data>; MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, May 2011, in http://www.mckinsey.com/mgi/publications/big_data/; BOYD-CRAWFORD, *Six Provocations for Big Data*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926431.

⁴⁴⁶ A. PORAT – L. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in 112 *Michigan L. Rev.*, 2014, pp. 1417 – 1478.

⁴⁴⁷ F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi*, cit., p. 244.

Dai rilievi sopra effettuati, riprendendo anche quanto detto in precedenza, nella prospettiva prettamente civilistica, si ricava come attualmente i tipi di *disclosure* che il Regolatore può adottare debbano in concreto basarsi sul modello della “regolazione differenziata”. Infatti, solo a seguito di un procedimento regolatorio trasparente e partecipato sia da imprese sia da consumatori il Regolatore sarà in grado di selezionare il tipo di *disclosure* più adatto ai diversi destinatari dell’informazione.

Attualmente non solo non è ancora pacifica la scelta tra l’azione di tutela della concorrenza e il ricorso, invece, a misure di regolazione, ma si prospetta problematica l’estensione dell’intervento qualora si opti per le modalità di natura regolatoria. Andrebbe valutata, infatti, la preferibilità di una regolazione generale rispetto ad una di tipo settoriale, per specifici Mercati.

Ciò detto, e comunque, probabilmente la soluzione al fallimento delle asimmetrie informative potrà essere raggiunta solo attraverso la combinazione, da un lato, di una sapiente opera educativa nei confronti dei consumatori (pur se da effettuarsi in più fasi, e quindi *fortiori razione* progressivamente), in tal modo posti nella condizione di comprendere quale sia, per ciascuno, la scelta più conveniente da effettuare, e, dall’altro, dalla differenziazione del flusso informativo, secondo il tipo di consumatore cui si rivolge la singola informazione, secondo proporzionalità, e che sia costruito in base alla conoscenza che il Regolatore ha dei consumatori.

Per vero, nonostante si sia di recente acceso un dibattito circa il perimetro, più o meno esteso, degli obblighi informativi in fase di trattativa, si pone il problema sul se effettivamente la mera informazione possa considerarsi sufficiente, specie laddove si tratti di informazioni non facilmente comprensibili⁴⁴⁸.

Nello specifico, una strategia di educazione che permei l’intera società potrebbe incentivare la collaborazione tra controparti negoziali, consumatori e imprenditori.

È quindi necessario far emergere i reali interessi degli operatori, affinché tali soggetti possano, ciascuno, valorizzarli tramite una contrattazione consapevole.

⁴⁴⁸ E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l’evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, pp. 246 ss.

E tutto ciò considerando che pervenire ad una soluzione che sia realmente ideale, per un Mercato in condizioni di concorrenza perfetta, non è possibile: gli scambi economici conseguentemente riflettono la natura e le caratteristiche dei soggetti ivi coinvolti.

Pertanto, nell'ambito dei rapporti tra Economia e Diritto sarà auspicabile unicamente il migliore dei Mercati possibili, ove, (almeno nella maggioranza dei casi) i soggetti coinvolti siano tutti soddisfatti, e comunque restando fermi i rilievi sulla soluzione combinata di cui sopra.

CAPITOLO VI

PROFILI PROCESSUALISTICI. LA TUTELA DEI CONSUMATORI NELLA PROSPETTIVA STRAGIUDIZIALE

1. *Consumer protection* nel panorama processuale delle liti: la progressiva valorizzazione del meccanismo di *Alternative Dispute Resolution*.

Dopo aver approfonditamente analizzato la prospettiva sostanzialistico-rimediabile a favore dei consumatori, si ritiene utile affrontare un particolare ambito della tutela giurisdizionale, ossia il rapporto oggi sussistente tra *Consumer protection* e meccanismi alternativi al processo. Il diritto dei consumi rappresenta infatti un fertile terreno per l'applicazione delle cosiddette *Alternative Dispute Resolutions* (o "A.D.R."), strumenti extra-giudiziali affermatasi a partire dagli Anni '70 del XX secolo in Nord America.

In seguito, le A.D.R. si sono sviluppate anche in Italia: in particolare, esse hanno permesso di risolvere le lacune nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti di alcune categorie di soggetti quali sono, appunto, i consumatori. Ed infatti costoro, asseritamente danneggiati da un illecito perpetrato da operatori professionali, incontrano spesso difficoltà nell'accedere a strumenti soddisfattivi efficaci e affidabili, soprattutto in caso di controversie di modesta entità, che invero sono statisticamente le più frequenti: il tradizionale *iter* previsto appare connotato da una serie di elementi negativi, in definitiva risultando non conveniente.

Entro siffatto ambito, il Legislatore ha riconosciuto il diritto del singolo di promuovere l'azione collettiva di classe ai sensi dell'art. 140 *bis*, Cod. cons. (come modificato dall'art. 59, L. n. 99/2009 e, da ultimo, dal D.l. n. 1/2012), mirante alla tutela dei diritti individuali e omogenei di consumatori ed utenti.

Tuttavia, si è avvertita l'esigenza di affiancare strumenti individuali a quelli collettivi. In tale direzione si esprimevano il Libro Verde del 16 novembre 1993⁴⁴⁹, quanto all'accesso dei consumatori alla Giustizia e ai meccanismi di risoluzione in materia di consumo nell'ambito del Mercato unico, la Comunicazione della Commissione europea del 14

⁴⁴⁹ Libro Verde della Commissione europea (COM 93-576 def., Bruxelles, 16 novembre 1993), par. 1. A.

febbraio 1996⁴⁵⁰ e la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre dello stesso anno⁴⁵¹.

Nel prosieguo vi sarà modo di evidenziare le ragioni che, soprattutto in Italia, hanno spinto il Legislatore a elaborare strumenti di *A.D.R.* idonei a conferire ai consumatori la facoltà di risolvere conflitti inerenti all'atto di consumo *in toto* considerato attraverso meccanismi alternativi al processo⁴⁵².

Il tema, almeno da una ventina di anni, è interessato da interventi normativi comunitari, tanto da essere oggetto di politiche di armonizzazione tra gli Stati membri. Proprio in ragione di ciò, è stata infine approvata la Direttiva 2013/11/UE “*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE*”, recepita dal Legislatore italiano due anni dopo.

*** o ***

In precedenza si è accennato alla necessità che a fronte della enunciazione dei diritti segua la giustiziabilità di siffatte posizioni giuridiche soggettive.

Entro questo contesto è inserita la tematica dei meccanismi conciliativi⁴⁵³, giudiziali⁴⁵⁴ e stragiudiziali, in specie in caso di controversie ove sia parte un consumatore.

Sono fenomeni eterogenei e flessibili, connotati dall'essere diretti a risolvere conflitti senza il provvedimento del giudice ordinario, poiché fondati sul potere riconosciuto alle parti di disporre delle loro controversie.

⁴⁵⁰ Comunicazione della Commissione europea relativa ad un Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno, COM (96)13 def.

⁴⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo sulla Comunicazione della Commissione “*Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno*” del 14 novembre 1996 (G.U. C 362 del 2 dicembre 1996, p. 275).

⁴⁵² Ai sensi dell'art. 81, par. 2, lett. g), T.F.U.E., lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie risulta utile per il buon funzionamento del Mercato interno europeo.

⁴⁵³ T. E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le «Alternative Dispute Resolutions»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2011, p. 47: “*Conciliare è verbo che ha radici giuridiche antiche, che affondano nelle origini contrattuali del processo romano, simbozzate dalla litis contestatio, e percorrono circa un millennio della storia della tradizione di civil law. Ne troviamo traccia scritta nel primo codice di procedura civile dell'Italia unita (1865), che si apriva con la seguente disposizione: «I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie». Si era però dentro il processo, seppure in una fase preliminare, alla ricerca di una risoluzione della lite in grado di sopirla accontentando le parti.*”

⁴⁵⁴ V. O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della “degiurisdizionalizzazione” e i più recenti interventi del Legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 5, 2016, p. 1793B.

Come finora in generale sottolineato, anche in ambito *Consumer protection* è stata decisiva l'influenza del diritto eurounitario⁴⁵⁵, connotato dalla forte esigenza di permettere ai consumatori il godimento effettivo dei diritti, come tali quindi giustiziabili⁴⁵⁶ e sottoponibili all'esame della Magistratura ordinaria o di altri organismi (in vista di una risoluzione alternativa della controversia⁴⁵⁷). Del resto, efficienza del sistema ed effettività della tutela sono valori difficilmente coordinabili: l'uno non implica necessariamente l'altro, ed anzi, talora tra i due si ravvisa un contrasto più o meno implicito.

A seguito dell'insorgenza di una problematica all'interno della relazione contrattuale tra consumatore e operatore professionale, la parola chiave è, da sempre, "semplificare". E se quindi è di semplificazione che si tratta, il *focus* dovrà centrarsi sulle procedure (cioè sulle modalità processuali, ma non solo) tramite cui colui che si pretende leso possa trovare Giustizia e, pertanto, soddisfazione, per la lesione di un proprio diritto.

A tal fine il tradizionale *iter* processuale può non essere sempre lo strumento più efficace.

⁴⁵⁵ V. VIGORITI, *Europa e mediazione. Problemi e soluzione*, in *Contr. impr./Europa*, 2011, pp. 81 ss.; E. M. APPIANO, *I sistemi di Adr nell'ottica del Legislatore comunitario*, in *Contr. impr./Europa*, 2009, pp. 59 ss.; G. ROSSOLINO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (Adr) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Diritto Unione Europea*, 2008, pp. 349 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004; L. CARPANETO, *La tutela comunitaria del consumatore: il problema dell'accesso alla giustizia, con particolare riferimento all'Italia e all'Inghilterra*, in *Contr. impr./Europa*, 2000, pp. 761 ss.; R. DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, IV, 1997, pp. 326 ss.; P. MARTINELLO, *Accesso dei consumatori alla giustizia e Camere di commercio*, in *Questione giustizia*, 1998, p. 402; B. CAPPONI, *Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa*, in *Foro it.*, 1993, V, pp. 216 ss.; ID., *Libro verde e accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti giustizia*, 1991, pp. 361 ss.

Per vero, è da valorizzare anche l'intervento nazionale: l'ordinamento italiano, infatti, ha provveduto ad introdurre norme volte a incentivare i meccanismi di A.D.R. per le controversie che vedono coinvolti consumatori, in forma tanto individuale quanto collettiva. Lungo tale *iter* sono anzitutto da ricordare le Commissioni conciliative e arbitrali, in seno alle Camere di Commercio. Si veda la Legge 29 dicembre 1993, n. 580, "Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", pubblicata in G.U. 11 gennaio 1994, n. 7, S.O. In seguito, tale testo è stato modificato dal Decreto legislativo 15 febbraio 2010, n. 23, e, recentemente, dal Decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 219.

⁴⁵⁶ In tal senso è la stessa Direttiva 2013/11/UE, che al Considerando n. 1 prevede espressamente: "L'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce che nelle politiche dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione dei consumatori."

⁴⁵⁷ Sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, v. P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, Vicalvi (FR), 2016, p. 9; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, V, 2003, pp. 165 ss.; A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009; R. DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, cit.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione europea*, cit.; N. TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. FAZZALARI, *Diritto Processuale Civile e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 439 ss.

Sull'utilità dei meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, v. A. TARALLO – R. CANGIANO – P. MESSANA – I. POLITO – I. PERNA – D. SORVILLO – I. NASTI – M. QUARANTA – M. IASELLI, *MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 3/2014, p. 290.

È stato quindi necessario trovare una via alternativa volta a garantire in modo effettivo la tutela delle posizioni giuridiche (dei consumatori, ma non solo).

Alla base della non adeguatezza del processo civile⁴⁵⁸ in tal senso delineato v'è, tra gli altri, anche il fenomeno della “crisi della Giustizia”⁴⁵⁹ così come è stata a lungo intesa nel tempo⁴⁶⁰, incentrata sulla soluzione di una controversia tramite il percorso processuale che in giudizio culmina con il provvedimento del giudice ordinario.

Ebbene, la tematica sulle difficoltà riscontrate nel più tradizionale ambito processuale entro cui risolvere una controversia, ossia il giudizio civile, impone un approfondimento.

Intanto, tale “crisi” è dovuta all'impossibilità di fornire una risposta adeguata al caso concreto di volta in volta esaminato.

Una soluzione è “adeguata” quando permette, in ultima istanza, di tutelare la posizione giuridica fatta valere in quel dato processo, con dispendio proporzionato di tempo e risorse. Soltanto in questo modo i diritti sono garantiti pienamente (secondo la logica dell'*ubi ius, ibi remedium*⁴⁶¹).

Ed invece, i vari limiti dell'“ordinario” *modus operandi* del sistema-Giustizia (tempistiche lunghe, costi elevati, farraginosità delle procedure), unitamente alla necessità di rispondere a eterogenee domande di Giustizia, hanno auspicato l'impiego di tecniche di risoluzione delle controversie altre rispetto al giudizio civile.

Infatti, il funzionamento di un sistema giudiziario può essere valutato lungo tre dimensioni: ragionevolezza dei tempi delle decisioni; accessibilità al servizio; qualità dell'esito e certezza del diritto.

⁴⁵⁸ E' utile considerare anche l'effetto della crisi sul medesimo provvedimento giudiziale. In questo senso v. A. CHIZZINI, (voce) *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 1998.

⁴⁵⁹ R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., pp. 165 ss.

La problematica risulta risalente nel tempo. V. M. TARUFFO, (voce) *Procedura civile (codice di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, 1996, pp. 658 ss.

⁴⁶⁰ Già a inizio Anni Duemila si avvertiva la difficoltà di risolvere tale situazione: in tal senso v. P. BIAVATI, *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 2002, p. 41: “*Il Legislatore, da qualche tempo, sembra essersi arreso all'idea dell'insanabilità della crisi della giustizia civile, amministrata dai giudici ordinari secondo le regole comuni, e pare muoversi unicamente nella direzione di trovare alternative: dalle conciliazioni forzate agli arbitrati obbligatoriamente amministrati, passando per i giudici di pace, i giudici onorari, le sezioni stralcio, fino alla cancellazione dei ricorsi più antichi, trasformando la grave inerzia dei tribunali in motivo di alleggerimento del carico giudiziario*”.

⁴⁶¹ In questo senso si richiamano le considerazioni svolte in Cap. I, par. 1.

In primo luogo, la durata eccessiva di un processo⁴⁶² (a dispetto di quanto *ex artt.* 111 Cost. e 6 Cedu) implica, in ogni caso, minore tutela; al contempo, un accesso indiscriminato al sistema giudiziario comporta il congestionamento del medesimo, e, parimenti, minore tutela.

Infine, si ritiene che la certezza del diritto presenti “(..) *un’anima giuspositivistica e si qualifica come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui; l’azione certa del diritto diventa un principio di civiltà giuridica secondo il quale i singoli debbono sapere in anticipo, per potersi regolare di conseguenza, quali siano i comportamenti giuridicamente leciti e quali i comportamenti giuridicamente illeciti, quali gli interessi protetti dal diritto e quali gli interessi non protetti. Conoscibilità e prevedibilità sono la sintesi di questo atteggiamento verso il diritto e tutto il pensiero giusnaturalistico moderno appare percorso dall’esigenza di garantire gli individui, uguali in forza della legge di natura, da qualsiasi possibilità di arbitrio (..).*”⁴⁶³.

Si tratta, quindi, di fattori generatori di inefficienze nel sistema.

Se questo è vero in generale, si deve considerare più nello specifico la situazione in cui siano coinvolti i consumatori, i quali rappresentano la categoria “debole” nei confronti della controparte negoziale, dal punto di vista non solo sostanziale, ma anche processuale, per costoro ricorrendo infatti una fisiologica difficoltà di accesso alla Giustizia, anche a causa della complessità delle normative nazionali e sovranazionali, e delle notevoli divergenze giuridiche tra gli ordinamenti statali.

Di conseguenza, in tale ambito è stata *fortiori ratione* avvertita la necessità di applicare meccanismi alternativi di risoluzione delle liti. Tuttavia, tale previsione deve sempre essere bilanciata con la necessità di mantenere le garanzie tipiche del processo ordinario.

Del resto, è chiaro che per siffatte ipotesi il tipo di soluzione prospettata dal Legislatore, esercitabile dal soggetto che si pretende leso, dovrebbe costruirsi in modo tale da essere adeguata alla natura della controversia ed alla tipologia di vizio che affligge il contratto. Altrimenti, ferma la più volte accennata posizione di debolezza contrattuale della categoria

⁴⁶² S. CHIARLONI, *A comparative perspective on the crisis of civil justice and on its possible remedies*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 108.

⁴⁶³ A. SCIUME’, *Il giurista e la certezza nell’aurora del terzo millennio*, in C. MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico*, Torino, 2017, p. 17.

dei consumatori (squilibrio che si manifesta in primo luogo a livello informativo), il *gap* che distingue le parti contraenti non farebbe che ampliarsi.

Proprio al fine di un ri-equilibrio, il processo dovrebbe costituire strumento al servizio del consumatore-attore, facendo sì che l'asimmetria della relazione negoziale sia del tutto superata, in virtù del ruolo del giudice, quale soggetto terzo e imparziale interprete delle norme di legge, sostanziali e processuali.

Si è sottolineato anche come tanto gli ordinamenti quanto gli stessi sistemi giudiziari siano oggi preda di modelli concorrenziali. Rapidità e prevedibilità sono le domande che il mondo dell'economia pone ai sistemi giudiziari. Ivi l'istituzione giudiziaria è presentata come una "impresa di servizi giudiziari", e dunque si giunge a ritenere che solo la privatizzazione della Giustizia civile ed il suo inserimento nel Mercato siano il rimedio possibile alla cosiddetta "crisi della Giustizia".

Il buon funzionamento del sistema giudiziario, se realmente tale, soddisferebbe l'esigenza di imparzialità alla base di qualsivoglia rapporto contrattuale, specie se tra soggetti in posizioni asimmetriche tra loro. In ciò è stato individuato il *discrimen* rispetto agli strumenti extra-giudiziali. Infatti, si è sostenuto che *"Quando invece le parti scelgono di utilizzare strumenti di risoluzione alternativa – conciliazione o arbitrato – la legge processuale e quella sostanziale stabiliscono che gli accordi o i lodi siano sempre impugnabili per violazione di norme inderogabili di legge salvo che gli atti finali siano emessi a seguito di procedimenti svolti nelle cd. 'sedi protette'. (...) Il timore è quello che il vantaggio del risparmio di tempi e costi della lite giudiziale vada a scapito della parità delle armi. Sicchè è importante che la legge preveda dei meccanismi di formazione dell'organo che coopera per la risoluzione alternativa della lite destinati alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale tra le parti."*⁴⁶⁴.

Invero, secondo tale ragionamento, soltanto il giudice, nell'applicare il diritto così come elaborato e costruito dal Legislatore medesimo, sarebbe realmente oggettivo ed equidistante dagli interessi contrastanti delle parti coinvolte.

Inoltre, posto il rilevante ruolo dei consumatori anche nella più ampia prospettiva del Mercato e del suo corretto funzionamento, non stupisce la sussistenza di una ormai da tempo costante attenzione del Legislatore europeo circa la prospettiva *Consumer Rights*,

⁴⁶⁴ P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, cit., p. 13.

dal punto di vista sia sostanziale sia procedurale. Come si avrà modo di ribadire, il *favor* per la composizione di una controversia tramite negoziazione tra le parti, evitando quindi la risoluzione di tipo autoritativo, ha origini risalenti, ma nel caso dei consumatori presenta elementi di modernità, essendo ricollegato al movimento di contrattualizzazione dei rapporti sociali ed al principio di effettività della tutela giurisdizionale⁴⁶⁵.

È inoltre rilevante valorizzare un dato: ad oggi, proprio le *Alternative Dispute Resolutions* stanno assumendo un ruolo particolarmente significativo nell'ambito della tutela per i consumatori, in particolare quanto all'*e-commerce*⁴⁶⁶.

Tuttavia, e fermi i rilievi finora indicati, prima di approfondire i più evidenti vantaggi connessi alle procedure *Alternative Dispute Resolutions* in materia consumeristica, è bene procedere con ordine, partendo dagli albori della funzione giurisdizionale ed infine considerando le ragioni che hanno portato ad una sempre maggiore valorizzazione di siffatte procedure.

In principio, *ex art.* 1 cod. proc. civ., la funzione giurisdizionale compete (di regola) ai giudici ordinari, e consiste nell'esplicazione della *potestas iudicandi*, ossia del potere di decidere una determinata controversia. I riferimenti normativi sono gli artt. 24 – 102 Cost., 2907 cod. civ., 99 – 112 cod. proc. civ., nonché l'art. 1 R.d. n. 12/1941.

Ai sensi dell'art. 102 Cost. la giurisdizione viene costruita quale funzione di cui è offerta una descrizione oggettiva e soggettiva. In primo luogo, la norma ricostruisce l'attività in cui si concreta la giurisdizione in termini di esercizio di un potere. Sotto il profilo soggettivo, invece, identifica i soggetti titolari del potere nei "*magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*".

Ancora. L'art. 24 Cost. esprime un valore dalla stessa Corte costituzionale ascrivito tra i principi supremi, ossia "*Il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti – strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale (..)*"⁴⁶⁷. Si tratta, pertanto, di un articolo centrale, utile a rispondere ad un ben determinato interrogativo che (tuttavia) non trova giustificazione né fondamento nei principi codicistici:

⁴⁶⁵ M.C. PAGLIETTI, *La protezione del consumatore tra diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 987.

⁴⁶⁶ V. par. 3 del presente capitolo.

⁴⁶⁷ Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, per la quale v., *ex multis*, F. UCCELLA, *Prime osservazioni sulle sentenze nn. 16 e 18 del 1982 della corte costituzionale in materia di diritto matrimoniale concordatario*, in *Giust. civ.*, 1982, pp. 887 ss.

ci si chiede infatti se l'accesso al giudice "naturale preconstituito per Legge" possa prevedersi soltanto dopo l'esperimento di modalità alternative di composizione del conflitto.

Tale questione introduce l'eventualità che "filtri" preventivi alla tutela giurisdizionale possano funzionare da regolatore del contenzioso, spingendo le parti a cercare una soluzione negoziata in luogo di quella, necessariamente "autoritativa", discendente dal giudizio.

I connotati della funzione giurisdizionale consistono nella strumentalità, per attuare concretamente i diritti, e nella sostitutività, tramite cui la tutela dei diritti è realizzata in via secondaria, da parte degli organi giurisdizionali (in tal modo sancendosi il divieto di autotutela⁴⁶⁸).

Ciò detto, quel che maggiormente caratterizza il sistema della Giustizia civile risulta essere proprio la sua cronica inefficienza.

Siffatto *status quo* ha un costo elevato e determina importanti ripercussioni: in primo luogo, sul prestigio dell'ordine giudiziario, in quanto viene meno la fiducia nella Giustizia e nelle Istituzioni; in secondo luogo, sui cittadini coinvolti nelle controversie, in termini tanto di spesa e di durata del processo quanto di incertezza sulla decisione finale.

Si registrano, altresì, conseguenze paradossali, date dalla constatazione relativa all'ampliamento del contenzioso per ottenere l'indennizzo a fronte della irragionevole durata del processo (disciplinato dalla L. n. 89/2001, o "Legge Pinto", al fine di cercare di ovviare alle plurime condanne comminate all'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁶⁹). I riferimenti normativi da considerare sono l'art. 3 della menzionata legge e l'art. 6 CEDU).

Il concetto di "ragionevole durata" è espresso dall'art. 111 Cost., il quale infatti detta le norme che concorrono a delineare la nozione di "giusto processo", che sintetizza i principi entrati nell'ordinamento giuridico italiano in forza della Legge di revisione costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ispirata al modello cui è improntato il sistema nordamericano. Il

⁴⁶⁸ Nel diritto privato vige un divieto generale di autotutela privata, pur con eccezioni, differentemente dall'ambito amministrativo, in cui è la regola.

⁴⁶⁹ In proposito, nel maggio 2015, è stato firmato un accordo di collaborazione finalizzato ad accelerare i tempi per il pagamento, da parte dello Stato, degli indennizzi previsti dalla Legge Pinto.

procedimento speciale per l'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo è stato recentemente modificato dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134⁴⁷⁰.

La ragionevole durata del processo, parametro di riferimento tanto delle norme ordinarie quanto delle stesse norme costituzionali, consterebbe di anni tre per il primo grado; di anni due per il secondo grado di merito; ed infine di un solo anno in sede di legittimità⁴⁷¹.

Il diritto ad un ricorso effettivo è stato elevato dalla Corte di giustizia al rango di "principio generale" del diritto eurounitario, e, come noto, è stato sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il quadro è, per vero, preoccupante: il ricorso a strumenti di autonomia negoziale per la risoluzione delle controversie civili e commerciali si rivela una opzione privilegiata, ed in qualche modo necessitata, anche al fine di porre le basi per eventuali negoziazioni (e connesse problematiche) future tra le parti interessate (o eventualmente per mantenerle).

*“Ulteriori elementi che tendono ad avvantaggiare la soluzione stragiudiziale di una controversia sono la necessità di riservatezza, l'esistenza di un limite di costo per la difesa, il valore limitato della controversia, la volontà di una rapida soluzione della vertenza ed il desiderio di non rispettare rigidi procedimenti o regole formali.”*⁴⁷².

La problematica è risalente e non riguarda solo il nostro ordinamento: già nel 1906, durante la Convenzione annuale della *American Bar Association*, il professor Nathan Roscoe Pound pose in evidenza l'inadeguatezza del sistema giurisdizionale pubblico nell'offrire risposte ad un'ampia gamma di contenziosi⁴⁷³. A partire dagli Anni '70 del XX secolo, negli Stati Uniti, l'attenzione fu sempre più posta su metodi non giurisdizionali di gestione dei contenziosi, e nel 1998 è stato infine approvato l'*Alternative Dispute Resolution Act*.

Con specifico riferimento al contesto italiano, si deve sottolineare che l'esigenza di deflazione del contenzioso civile attualmente costituisce un interesse generale dello Stato,

⁴⁷⁰ Legge 7 agosto 2012, n. 134, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese", pubblicata in G.U. 11 agosto 2012, n. 187.

⁴⁷¹ Sono da ricordare, in particolare, le pronunce sul ricorso n. 62361/00, proposto da Pizzati c. Italia e sul ricorso n. 64897/01 proposto da Z. c. Italia.

⁴⁷² V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo «arbitro per le controversie finanziarie»*, in *Riv. arb.*, fasc. 4, 2016, p. 694.

⁴⁷³ N. ROSCOE POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 14 AM. LAW. 445 (1906).

Per approfondire lo sviluppo di metodi alternativi di risoluzione delle controversie in USA v.: F. CUOMO ULLOA, *Modelli di risoluzione dei conflitti*, Padova, 2008.

che concorre con altri interessi sociali meritevoli di tutela rivolti al primario obiettivo consistente nel poter usufruire di un giusto processo.

L'espressione "mezzi stragiudiziali", entro cui contestualizzare le *A.D.R.*, è volutamente ampia, imprecisa, generica, alludendo al ricorso da parte di due o più soggetti che contendano per una lite, intendano prevenirla o abbiano in essere un rapporto contrattuale, oppure ancora vogliano costituirlo o formarlo in via progressiva, rivolgendosi ad uno o più terzi con il compito, rispettivamente, di decidere la controversia, dirimerla, completare la fattispecie negoziale.

Tali terzi non sono giudici togati: ciò tuttavia non significa che non possano essere anche Magistrati, a riposo oppure effettivi, in ogni caso operanti non nell'esercizio delle proprie funzioni ma, per l'appunto, quali semplici privati.

In ogni caso si tratta di istituti con cui può (e, financo, deve) raggiungersi un risultato ed un effetto identici a quelli del processo dichiarativo⁴⁷⁴.

La Comunità (oggi Unione) europea ha dedicato alle *A.D.R.* una serie di provvedimenti, promosso iniziative, nonché diffuso documenti in favore di tali istituti.

I relativi fondamenti normativi sono ravvisabili nel T.F.U.E. (ai sensi degli artt. 114 e 169, che intendono assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori) e nella Carta dei diritti fondamentali (*ex* artt. 7, 8, 38 e 47).

Alcuni dei principali documenti in tema di *A.D.R.* sono, in tale contesto: la Raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998⁴⁷⁵, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extra-giudiziale delle controversie in materia di consumo; la Risoluzione 25 maggio 2000 "EEJ-Net" del Consiglio, relativa ad una rete sovranazionale di organi nazionali per la risoluzione extra-giudiziale delle controversie in materia di consumo⁴⁷⁶; la Direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel Mercato interno; la Raccomandazione

⁴⁷⁴ Tale assunto è approfondito da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, V, Milano, 2015, pp. 3 ss.

⁴⁷⁵ Tale raccomandazione ha dato esecuzione alla Direttiva del 20 maggio 1997, n. 7, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Ivi il Legislatore comunitario ha sottolineato che per favorire l'accesso dei consumatori alla Giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del Mercato interno, gli Stati membri devono prevedere iniziative specifiche a favore dei procedimenti extra-giudiziari.

⁴⁷⁶ La costituzione di tale rete europea risale alla Conferenza di Lisbona del 5-6 maggio 2000.

2001/310/CE del 4 aprile 2001 riguardante i principi applicabili agli organi extra-giudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo; il Libro Verde 19 aprile 2002 della Commissione; la Direttiva 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale⁴⁷⁷, al fine di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle stesse.

L'interesse per i metodi alternativi in esame è stato avvertito dagli organi comunitari in concomitanza con l'espansione delle attività economiche nel Mercato interno, che, grazie all'ausilio delle nuove tecnologie, all'aumento delle vendite a distanza, unitamente all'introduzione dell'euro ed altresì all'avvento del commercio elettronico, ha reso sempre più frequenti gli scambi transfrontalieri.

Come noto, nel nostro ordinamento giuridico, quantità, complessità e natura tecnica dei testi legislativi contribuiscono a rendere più difficile l'accesso alla Giustizia. In ciò si ravvisa la rilevanza dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie, che dovrebbero assicurare un pari (se non maggiore) livello di Giustizia al di fuori delle aule processuali.

Siffatti metodi possono essere divisi in due tipologie: non aggiudicativa/non vincolante, come è nel caso di negoziazione e mediazione⁴⁷⁸, e aggiudicativa/vincolante, quale è la fattispecie di una delle forme di autotutela consensuale, ossia l'arbitrato⁴⁷⁹.

Se, in virtù dell'art. 24, comma 1, Cost., lo Stato indubbiamente deve approntare tutela giurisdizionale per le situazioni giuridiche soggettive, è anche vero che i singoli individui non hanno certo l'obbligo di servirsi del pur (necessariamente) disponibile apparato della giurisdizione statale.

Tuttavia, le strade alternative sono percorribili nel rispetto di due limiti: il primo attiene al tipo di funzione giurisdizionale cui si intende ovviare, i privati non potendo ricorrere a strumenti alternativi nell'ambito della giurisdizione volontaria ovvero, all'interno della giurisdizione contenziosa, laddove si necessiti della tutela esecutiva; il secondo limite

⁴⁷⁷ In proposito, F. SACCARO – R. POLIDORI, *Inquadramento della mediazione nell'ambito delle Alternative Dispute Resolutions*, in *judicium.it*, 2016.

⁴⁷⁸ Ed inoltre, anche *Dispute Review Board* (collegio consultivo tecnico), *Early Neutral Evaluation* (valutazione preliminare), *Partnering Dialogue* (incontro di partenariato), *Summary Jury Trial* (giudizio consultivo), *Mini-trial* (mini-processo).

⁴⁷⁹ Ed inoltre, anche *Quick arbitration* (arbitrato rapido), *High Low Arbitration* (arbitrato condizionato), *Baseball-Arbitration* (arbitrato per offerta finale), *Rent-a-Judge* (noleggio di un giudice), *Private Judging* (giudizio privato), *Med-Arb* (mediazione-arbitrato), *Med-then-Arb* (conciliazione-arbitrato), *Arb-Med*.

attiene al diritto in contestazione, essendo infatti impossibile evitare il ricorso alla Giustizia statale laddove vengano in gioco diritti indisponibili.

La progressiva valorizzazione dell'impiego delle A.D.R., nell'ottica di un bilanciamento tra costi e benefici, dovrebbe andare anzitutto a vantaggio dei consumatori ed altresì, tramite costoro, del Mercato stesso. A conferma di quanto detto, è stato in dottrina rilevato come *“Un adeguato sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie è ancor più utile e necessario in Italia, Paese che da numerosi studi effettuati affiora come tra i più ‘problematici’ in tema di ‘fruibilità’ della giustizia. La lentezza del nostro sistema giudiziario è un disincentivo agli investimenti esteri ed è un ‘freno’ all’evoluzione ed all’efficienza del sistema Paese: la qualità, l’indipendenza e l’efficienza della giustizia sono infatti ritenuti dei prerequisiti indispensabili per un ambiente ‘attraente’ per gli investitori.*

*Si è perso il conto di tutti gli interventi legislativi atti a ‘snellire’ il sistema giustizia, accelerare i processi ed assicurare in tempi ‘ragionevoli’ i diritti dei cittadini: l’arretrato del contenzioso civile è però ancora notevole ed i tempi della giustizia non ci consentono di essere ancora competitivi con le maggiori realtà a livello europeo e mondiale.”*⁴⁸⁰.

Inoltre, in disparte il rafforzamento della tutela dei privati operanti sul Mercato, questi strumenti garantirebbero effetti positivi anche sul versante pubblicistico⁴⁸¹, in termini di efficienza ordinamentale ed altresì di miglioramento quanto all’accesso al sistema-Giustizia.

Infine, si sottolinea come un simile panorama sia reso ancora più articolato dalla complessità tecnica delle controversie *online*, che, in quanto tali, richiedono ai soggetti ivi operanti conoscenze sul piano non solo giuridico ma anche tecnologico.

Lo sviluppo del commercio transfrontaliero, e segnatamente dell’*e-commerce*, dipende fortemente dal grado di affidabilità infuso nei consumatori circa l’effettività del diritto esercitato. Invero, il consumatore acquirente *online* ha sempre subito le negative conseguenze di una grave incertezza del diritto, determinata dall’inefficace applicazione dei principi di garanzia, pur posti a livello eurounitario ed in seguito recepiti

⁴⁸⁰ V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution*, cit., pp. 694 – 695.

⁴⁸¹ In proposito si veda Raccomandazione del Consiglio Europeo del 14 luglio 2015 sul programma nazionale di riforma 2015 dell’Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2015 dell’Italia (2015/C 272/16).

nell'ordinamento nazionale, oltre che dalla complessità ingenerata dalla irrisolta sovrapposizione normativa conosciuta all'interno del corpo legislativo del Codice del Consumo.

2. Le modifiche al Codice del consumo a fronte della Direttiva 2013/11/UE e del suo recepimento in Italia con il D.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.

A fronte della presa di coscienza quanto alle citate deficienze del sistema⁴⁸² e al fallito raggiungimento dei propositi insiti nelle Raccomandazioni adottate dalla Commissione europea nel 1998⁴⁸³ e nel 2001⁴⁸⁴, è stata approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio la Direttiva 2013/11/UE⁴⁸⁵, “*sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*”, recepita in Italia dal Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130⁴⁸⁶.

Altresì, il quadro legislativo in esame si è arricchito grazie al Regolamento UE n. 524/2013, “*relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori*”⁴⁸⁷.

Siffatti recenti interventi rispondono alla prospettiva di “armonizzazione massima”⁴⁸⁸, che in quanto tale limita l'azione del Legislatore nazionale in sede di trasposizione delle direttive, impedendogli di modificare la soglia minima di tutela e di integrarla ulteriormente.

⁴⁸² V. Considerando n. 5 della Direttiva.

A favore della diffusione della cultura sulle A.D.R., partendo dalle sedi universitarie, e proseguendo con i medesimi soggetti interessanti (consumatori e professionisti) è T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, su *judicium.it*, 2015.

⁴⁸³ Si tratta della Raccomandazione 98/257/CE del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extra-giudiziale delle controversie in materia di consumo.

⁴⁸⁴ Si tratta della Raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 riguardante i principi applicabili agli organi extra-giudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

⁴⁸⁵ Il relativo testo è reperibile in G.U. del 18 giugno 2013.

⁴⁸⁶ Pubblicato in G.U. 19 agosto 2015, n. 191.

Per un primo commento sulla novella v. G. RECINTO, *Foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia statale o privata, dall'altro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2016, pp. 118 ss. Per un quadro generale sulla conciliazione di consumo italiana v. N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015, pp. 5 ss.

⁴⁸⁷ G. GIOIA, *Il nuovo «pacchetto» della Commissione sull'Adr*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 697; F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1299.

⁴⁸⁸ V. Cap. I, par. 3.

Dal punto di vista oggettivo, la disciplina concerne qualsivoglia controversia, purché i soggetti coinvolti siano residenti o stabiliti nel territorio dell'Unione europea.

Nello specifico, la Direttiva 2013/11/UE non trova applicazione (art. 2, comma 2) alle procedure svolte da organismi in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione della controversia sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista (lett. a), salvo che il singolo Stato membro non preveda diversamente, né ai servizi non economici di interesse generale (lett. c), alle controversie fra professionisti (lett. d), ai casi di negoziazione diretta tra consumatore e professionista (lett. e), ai tentativi di conciliazione posti in essere dal giudice (lett. f), alle procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore (lett. g), ai servizi di assistenza sanitaria (lett. h) né agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua (lett. i).

In generale, il comma 1 del suddetto art. 2 descrive le modalità alternative di risoluzione delle controversie come procedure richiedenti l'intervento di un organismo *A.D.R.* che propone o impone una soluzione, oppure riunisce le parti per agevolare una decisione amichevole.

A questo specifico punto la direttiva dedica gli artt. 8, lett. d) e 9, comma 1: l'organismo *A.D.R.* che riceve il reclamo, lo notifica alle parti dopo la consegna dei documenti sulle informazioni inerenti al medesimo reclamo, ed entro un periodo di tempo ragionevole, esse possono ottenere dall'organismo argomentazioni, prove, documenti e fatti della controparte, eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti, nonché contribuire con proprie osservazioni.

All'esito della decisione, l'organismo *A.D.R.* si occupa della notifica ai soggetti coinvolti, per iscritto o su un supporto durevole, comunicando i motivi ivi sottesi.

Il Considerando n. 31 dell'atto in esame afferma che le controversie debbano risolversi *“in modo equo, pratico e proporzionato sia nei confronti dei consumatori che dei professionisti, sulla base di una valutazione oggettiva delle circostanze nelle quali il reclamo è presentato e nel rispetto dei diritti delle parti.”*

Siffatti diritti della parte-consumatore sono rispettati laddove (art. 7, comma 1, lett. i)) gli organismi *A.D.R.* forniscano informazioni facilmente intelleggibili relative ai tipi di regole giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta e altro su cui potrà essere fondata la soluzione data alla controversia.

A fronte delle caratteristiche dei meccanismi *A.D.R.* e dell'attenzione volta a garantire, sotto i profili soggettivo e oggettivo, imparzialità e terzietà in capo al soggetto che andrà a proporre o ad imporre la soluzione del caso di specie, è stata ravvisata una certa simmetria con il processo tradizionalmente inteso.

Secondo l'art. 9, comma 2, lett. b), c) e d) della direttiva, le parti devono anzitutto essere informate della possibilità tanto di scegliere se accettare la soluzione eventualmente proposta dall'organismo *A.D.R.* (che ben potrebbe essere differente da quella ottenuta in via ordinaria) e i relativi effetti, quanto di domandare in sede giurisdizionale un risarcimento del danno subito anche dopo la partecipazione alla procedura.

È bene sottolineare che con la Direttiva 2013/11/UE, per la prima volta, il potere di risolvere controversie è attribuito a soggetti privati. Per vero, la risoluzione della controversia mediante una proposta è equiparata, quanto agli effetti, ad un contratto volto definire la controversia.

La scelta in merito all'attribuzione dell'efficacia esecutiva all'accordo raggiunto spetta a ciascun Stato membro, essendo la stessa consentita ma non imposta dalla direttiva.

Infine, l'art. 12 del testo in esame prevede che nelle ipotesi in cui la procedura *A.D.R.* è finalizzata al raggiungimento di un accordo fra le parti, il mancato esito positivo del procedimento non debba pregiudicare il successivo accesso alla giurisdizione per prescrizione o decadenza intervenute nel corso della procedura.

Con riferimento all'efficacia dell'atto, per poter considerare tali procedure realmente "alternative" al processo ordinario, esso deve presentare gli stessi effetti del provvedimento dell'Autorità giurisdizionale.

*** o ***

Il Legislatore italiano ha provveduto a dare attuazione alla direttiva novellando il Codice del consumo⁴⁸⁹, specificamente inserendo nella Parte V del testo, dedicata all'accesso alla Giustizia, il nuovo Titolo II bis, comprendente gli artt. 141 – 141 *nonies* (in

⁴⁸⁹ L'attuazione della direttiva si è avuta con il Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 sopra menzionato.

luogo dell'unica disposizione in precedenza dedicata alla composizione extra-giudiziale delle liti⁴⁹⁰).

La collocazione sistematica del nuovo Titolo II bis è stata frutto di una scelta ponderata, ritenendo il Codice del consumo la migliore sede entro cui regolare compiutamente la fase patologica dei rapporti di consumo.

La suddetta trasposizione delle norme europee ha avuto luogo sulla base dei criteri dettati dal Legislatore delegante nella Legge n. 154/2014 (art. 8)⁴⁹¹.

L'obiettivo è espressamente stato quello di conseguire un livello di protezione del consumatore elevato, attraverso “*procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie*”⁴⁹², ma senza al contempo limitare l'accesso dei consumatori agli organi giurisdizionali.

Tali disposizioni si inquadrano in un contesto alquanto articolato, che detta specifiche norme in materia di risoluzione alternativa delle controversie riguardanti esclusivamente i consumatori.

La direttiva del 2013, pertanto, ha recepito le problematiche finora esposte sia in tema di difficoltà nel sistema Giustizia sia quanto alla debolezza tipica della categoria dei consumatori⁴⁹³. Infatti, a tale ultimo proposito, il testo prevede che sia “*opportuno che i consumatori traggano vantaggio dall'accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi, in modo da rafforzare la loro fiducia nel Mercato. Tale accesso dovrebbe valere sia per le operazioni online che per quelle offline, soprattutto se i consumatori acquistano oltre confine.*”⁴⁹⁴.

In sostanza, con questo atto si è inteso agevolare una soluzione amichevole delle controversie derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti e consumatori stabiliti nell'Unione europea, con previsione dei requisiti di qualità in materia di

⁴⁹⁰ Il riferimento è al previo art. 141, Cod. cons.

⁴⁹¹ Legge 7 ottobre 2014, n. 154, recante “*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2013 – secondo semestre*”, pubblicata in G.U. n. 251 del 28 ottobre 2014.

⁴⁹² Art. 1 della direttiva.

⁴⁹³ Del resto al Considerando n. 5, Direttiva 2013/11/UE si esplicita che i consumatori (ma non solo, anche i professionisti) ad oggi non sono ancora a conoscenza dei meccanismi extra-processuali di ricorso esistenti. Questo comporta, necessariamente, un ridotto impiego delle tecniche *de quibus*.

⁴⁹⁴ Considerando n. 4, Direttiva 2013/11/UE.

meccanismi e procedure A.D.R. esperibili in ciascun Paese membro, i quali devono essere posseduti da organismi appositamente previsti a livello nazionale.

A tal fine il Legislatore europeo si è mantenuto neutrale, senza imporre l'obbligatorietà del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori: di conseguenza, permane nella discrezionalità dei singoli Stati membri la possibilità prevederla o meno, purché non risulti impeditiva dell'accesso alla giurisdizione.

L'attuale formulazione dell'art. 141, D.lgs. n. 206/2005, prevedente le definizioni di "consumatore"⁴⁹⁵, "professionista", "contratto di vendita", "contratto di servizi", "controversia nazionale", "controversia transfrontaliera", ma anche (e soprattutto) di "procedura ADR"⁴⁹⁶, individua negli organismi di *Alternative Dispute Resolution* gli enti deputati a gestire le procedure e, quindi, a proporre o ad agevolare soluzioni amichevoli secondo i principi europei e nazionali⁴⁹⁷.

Ai sensi del comma 8 si precisa che il Titolo II *bis* non è applicato "a) alle procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista; b) ai servizi non economici d'interesse generale; c) alle controversie fra professionisti; d) alla negoziazione diretta tra consumatore e professionista; e) ai tentativi di conciliazione giudiziale per la composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa; f) alle procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore; g) ai servizi di assistenza sanitaria, prestati da professionisti sanitari a pazienti, al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute, compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici; h) agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua."

⁴⁹⁵ Le definizioni di "consumatore" e "professionista" ex art. 141 lett. a) e b), Cod. cons. operano un rinvio a quelle ex art. 3 del medesimo codice.

⁴⁹⁶ L'art. 141, comma 1, lett. g) definisce infatti la "procedura A.D.R." quale meccanismo "di risoluzione extragiudiziale delle controversie conforme ai requisiti di cui al presente titolo (II bis) ed eseguita da un organismo ADR-Alternative Dispute Resolution".

⁴⁹⁷ In particolare, obblighi, facoltà e requisiti degli organismi A.D.R. sono specificati nell'art. 141 bis.

Inoltre, è stata esclusa l'applicazione dell'arbitrato dalle controversie dei consumatori⁴⁹⁸, relegando tale istituto al solo codice processuale civile⁴⁹⁹.

Le norme apprestate dal decreto mirano ad assicurare una adeguata tutela al contraente più debole e, proprio in ragione della disparità giuridico-economica tra le parti della controversia, sono predisposte misure *ad hoc* e informazioni chiare e comprensibili, che consentano di riequilibrarne le posizioni, “*al perseguimento delle finalità di trasparenza, efficacia, equità e libertà*”, tra cui, ad esempio, ai sensi dell'art. 141 *quater* Cod. cons., la possibilità per le parti di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura (non invece riconosciuta dal D.lgs. n. 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), la durata media della stessa, nonché l'effetto giuridico del relativo esito.

I meccanismi *A.D.R.* devono anzitutto risultare per le parti facilmente accessibili, tanto *online* quanto *offline*, in modo da consentire la partecipazione senza obbligo di assistenza legale, essere gratuiti (o, al più, a costo minimo per i consumatori), e concludersi entro novanta giorni dalla data di ricevimento del fascicolo completo della domanda da parte dell'organismo preposto (art. 141 *quater*, Cod. cons.).

Il Legislatore italiano non ha stabilito nuove forme di ricorso obbligatorio alle *Alternative Dispute Resolutions*, ma ha lasciato ferme le previgenti disposizioni in tema di condizione di procedibilità della domanda giudiziale, *ex artt.* 5 del D.lgs. n. 28/10, 1 comma 11 della L. n. 249/97 in materia di comunicazioni elettroniche, e 2 comma 24, lett. b) della L. n. 481/95 in materia di energia elettrica, gas e sistema idrico (art. 141, comma 6, lett. a-c), Cod. cons.).

⁴⁹⁸ Si ricordi in tal senso T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, cit., pp. 1352 – 1353, secondo cui: “*I pur innegabili vantaggi che il ricorso a procedure di arbitrato per la risoluzione delle controversie dei consumatori tenderebbe ad assicurare devono essere attentamente riconsiderati alla luce dell'innegabile squilibrio delle posizioni in conflitto, essendo evidente che consentire al soggetto economicamente più forte (il professionista) di imporre negozialmente al consumatore il ricorso a procedure di arbitrato, con esclusione dell'accesso alla giustizia ordinaria, potrebbe comportare un significativo e non auspicabile vantaggio per il contraente più forte. (...) i legislatori hanno avvertito la necessità di un approccio molto cauto alla materia dell'arbitrabilità delle controversie tra professionisti e consumatori, giungendo in talune esperienze a negarla ed in altre a regolamentarla in una prospettiva di adeguata tutela degli interessi della parte economicamente più debole. (...) Anche l'ordinamento italiano (...) riflette il difficile contemperamento delle esigenze in conflitto in tema di arbitrabilità delle controversie dei consumatori e non offre soluzioni appaganti.*”.

⁴⁹⁹ P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il D.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d. lgs. 6 agosto 2015, n. 130)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2016, pp. 508 ss.

Parimenti, sono stati fatti salvi i tentativi obbligatori dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (o "A.B.F.") presso la Banca d'Italia⁵⁰⁰, nonché dinanzi alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, previsti dall'art. 5, comma 1 *bis*, D.lgs. n. 28/10 come procedure atte ad assolvere la condizione di procedibilità della domanda giudiziale in relazione a controversie inerenti ai contratti bancari e dell'intermediazione finanziaria, in alternativa alla mediazione (art. 141, comma 7, Cod. cons.).

Inoltre, in attuazione dell'art. 1 *bis*, D.lgs. n. 130/2015 (che ha modificato l'art. 2, D.lgs. n. 179/2007), è stato istituito l'Arbitro per le Controversie Finanziarie ("A.C.F."), operativo dal 9 gennaio 2017⁵⁰¹, per la composizione stragiudiziale delle controversie presso la Camera di Conciliazione e Arbitrato della Consob.

Nel recepire la direttiva *A.D.R.*, anche l'art. 33, comma 2, Cod. cons. è stato novellato, tramite l'inserimento di due ulteriori lettere: 1) la lettera *v-bis*), secondo cui si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, "*imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie (...) di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR*", e 2) la lettera *v-ter*), secondo cui si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, "*rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie (..)*".

Occorrerà valutare se il consumatore sia stato privato o meno della possibilità di concorrere alla scelta dell'unico organismo indicato, o se invece operi la tipologia di organismi preselezionati dal professionista, con possibile rischio per le ragioni del consumatore stesso per la diversa materia del contendere, soltanto in determinati ambiti di competenza, o se (ancora) siano state previste delle soglie monetarie per la presentazione della controversia, così come ammette lo stesso D.lgs. n. 130/2015, le quali però potrebbero, nel caso specifico, condizionare il ricorso alla procedura.

⁵⁰⁰ Specificamente, con l'art. 128 *bis* T.U.B., rubricato "*Risoluzione delle controversie*", è stato istituito l'A.B.F., un sistema di risoluzione stragiudiziale inteso a dirimere in modo rapido ed efficace le controversie tra clienti ed intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari.

⁵⁰¹ L'A.C.F. è stato istituito con la delibera n. 19602 del 4 maggio 2016, recante: "*Istituzione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) e adozione del Regolamento di attuazione dell'articolo 2, commi 5-bis e 5-ter, del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179*".

In materia, v.: A.A. DOLMETTA – U. MALVAGNA, *Sul nuovo "Adr Consob"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, pp. 251 ss.; N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la Consob (ACF)*, in *Contr.*, 2016, pp. 1056 ss.

Le riferite ultime modifiche apportate all'art. 33 Cod. cons., privilegiandosi un'ottica volta superare la spesso diffusa tendenza ad equiparare eccezionalità e specialità, potranno rappresentare, alla luce di una rilettura dello stesso rapporto tra diritto e processo, un'importante occasione per avviare un definitivo (e probabilmente oramai indifferibile) ripensamento della relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e Giustizia (statale o privata), dall'altro.

Se queste sono, in generale, le modifiche apportate al Codice del consumo, è da evidenziarsi che, conformemente a quanto stabilito dal Considerando n. 27, il Legislatore interno non è invece intervenuto sull'art. 140, comma 2, Cod. cons., con riferimento alla facoltà concessa alle associazioni rappresentative dei diritti dei consumatori a livello nazionale (e iscritte nell'elenco di cui all'art. 139 dello stesso codice), di esperire un tentativo di conciliazione presso la Camera di commercio territorialmente competente, nell'ambito del giudizio inibitorio collettivo.

Parimenti è rimasta la disposizione di cui all'art. 15, D. lgs. n. 28/2010 sulla conciliazione nell'ambito dell'azione di classe *ex art. 140 bis* Cod. cons.

3. Oltre la prospettiva stragiudiziale classica: il Regolamento UE n. 524/2013 *Online Disputes Resolution*.

Il Considerando n. 4 della Direttiva 2013/11/UE prescrive che l'accesso a una tutela giurisdizionale efficiente debba essere garantita ai consumatori anche *online*, poiché infatti Internet rappresenta lo "spazio virtuale" in cui possono perfezionarsi i rapporti commerciali ed in cui, parimenti, devono trovare soluzione eventuali conflitti insorti in relazione a quegli stessi scambi.

Infatti, oltre alle operazioni *offline*, la cui tutela è stata affidata proprio alla direttiva del 2013, sono state considerate quelle *online*, e questo perché le *Alternative Dispute Resolutions* tradizionali non sono apparse idonee a far fronte alle esigenze intrinseche agli scambi transfrontalieri su rete. Di conseguenza, è nata l'esigenza di istituire e/o di valorizzare sistemi di risoluzione delle liti "alternative" rispetto tanto al giudizio ordinario quanto alle stesse *A.D.R. offline*.

La semplificazione ivi raggiunge, forse, il suo livello più alto, in linea con la celerità delle transazioni sul *web*.

Il 21 maggio 2013 è stato emanato il Regolamento n. 524 sulla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori (“*Online Disputes Resolutions*”)⁵⁰², entrato poi in vigore dal 9 gennaio 2016⁵⁰³, il quale opera in maniera combinata con i sistemi *A.D.R.* della Direttiva 2013/11/UE, così da trattare in modo efficace le controversie riguardanti l’*e-commerce*.

I riferimenti normativi di base sono agli artt. 26 e 169 T.F.U.E., posto che scopo principale del regolamento è assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori attraverso misure di armonizzazione adottate secondo quanto *ex art.* 114 del Trattato⁵⁰⁴.

Direttiva e regolamento presentano un rapporto di *genus a species* nonché una evidente connessione, costituendo un insieme coordinato ed eterogeneo di regole e procedure complementari tra loro, volto alla risoluzione alternativa delle controversie coinvolgenti consumatori⁵⁰⁵. Eppure, mentre la Direttiva 2013/11/UE è applicata solo laddove sia il consumatore ad avviare la controversia nei confronti di un professionista, il Regolamento n. 524/2013 riguarda anche le controversie del professionista, a condizione che la legislazione dello Stato membro in cui risiede il consumatore lo consenta.

L’acronimo “*O.D.R.*” indica solo le modalità con cui sono introdotte e gestite certe controversie, ma non definisce l’istituto in sé. In particolare, esso non si riferisce a procedure costituite da una mera trasposizione delle *A.D.R.* nel *web*, poiché presentano connotati peculiari che si esplicano nella tecnica *ad hoc* utilizzata dall’organismo deputato a risolvere la lite *online*.

⁵⁰² Il relativo testo è pubblicato in G.U. del 18 giugno 2013, come è stato per la Direttiva 2013/11/UE. In tema di *Online Disputes Resolution* nei rapporti di consumo, l’Unione Europea ha quindi impiegato la diversa forma del regolamento quale atto di diritto secondario più cogente rispetto alla direttiva. In merito, V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *NGCC*, 2012, pp. 313 ss.

⁵⁰³ Insieme alla Direttiva 2013/11/UE, tale regolamento forma un “pacchetto” legislativo all’interno delle dodici iniziative dell’Atto per il mercato unico e attua una delle iniziative della “Strategia Europa 2020”.

⁵⁰⁴ Considerando n. 2 del Regolamento n. 524/2013: “*Affinché i consumatori possano avere fiducia nella dimensione digitale del mercato interno e trarne vantaggio è necessario che abbiano accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo di risoluzione delle controversie derivanti dalla vendita di beni o alla fornitura di servizi online. Tale questione è particolarmente importante quando i consumatori fanno acquisti transfrontalieri.*”.

⁵⁰⁵ V. in tal senso la Relazione accompagnatoria, p. 3 – Atto del governo sottoposto a parere parlamentare n. 165 – Camera e Senato.

Per vero, le prime esperienze europee in materia di *O.D.R.* sono state avviate in epoca antecedente al Regolamento n. 524/2013: si ricordano in questo senso la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico⁵⁰⁶ e la stessa Direttiva 2008/52/CE, nonché alcuni *network* quale l'*European Consumer Centres Network (EEC-Net)*⁵⁰⁷, che intende aiutare i consumatori nella conduzione delle liti sugli acquisti transfrontalieri, al fine di risolverle.

Il Regolamento n. 524/2013 prevede, come suo precipuo scopo, l'attivazione *online* dell'*iter* per la risoluzione delle controversie scaturite dagli acquisti in rete, che sempre maggior rilievo hanno nell'ambito degli scambi commerciali⁵⁰⁸: è infatti innegabile il potere attualmente esercitabile tramite (e nella) rete, il quale permette ai consumatori di ottenere beni o servizi in un arco di tempo concentrato, semplicemente operando tramite accesso da remoto⁵⁰⁹.

Data anche la celerità di siffatti traffici commerciali, non stupisce che possano insorgere controversie a riguardo, le quali parimenti richiedono una rapida soluzione tramite attivazione di meccanismi di tutela che siano meno complicati rispetto all'attivazione del processo.

Infatti in dottrina è stato sottolineato che *“è evidente come le caratteristiche del commercio elettronico suggeriscano l'uso di strumenti alternativi di soluzione delle controversie: sia per ovviare alla non sempre agevole individuazione del giudice competente, vista la natura transfrontaliera di un numero elevato di transazioni e, soprattutto, viste le note difficoltà di enforcement dei provvedimenti giurisdizionali eventualmente ottenuti, laddove la loro esecuzione debba essere effettuata all'estero per favorire l'adempimento delle obbligazioni assunte. (...) è pure evidente la esigenza di soddisfare la vocazione alla speditezza dei rapporti che è connaturata all'utilizzazione della rete, la quale sarebbe contraddetta dalla*

⁵⁰⁶ G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e Resp.*, 8 – 9/2004, pp. 832 ss.; V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in *NGCC*, 2002, pp. 20 ss.; G. ARNO' – D. LISTA, *Il commercio elettronico alla luce delle recenti iniziative comunitarie*, in *Contr.*, 11/2000, pp. 1062 ss.

⁵⁰⁷ In Italia ECC-NET è reperibile sul sito <https://www.ecc-netitalia.it/it/>

⁵⁰⁸ Per vero, il medesimo regolamento auspica una composizione amichevole della controversia tra consumatore e professionista anche prima di accedere alla procedura *O.D.R.* (Considerando n. 17 del regolamento).

⁵⁰⁹ In tal senso v. Considerando n. 8 del regolamento, secondo cui: *“L'ODR offre una soluzione extragiudiziale facile, efficace, rapida e a basso costo per le controversie derivanti da operazioni online. Tuttavia, mancano meccanismi che consentano ai consumatori e ai professionisti di risolvere tali controversie con mezzi elettronici; tale mancanza comporta svantaggi per i consumatori, ostacola in particolare le operazioni transfrontaliere online, crea una situazione di squilibrio per i professionisti e, di conseguenza, frena lo sviluppo generale del commercio online.”*

lentezza nella fase di gestione/soluzione di eventuali aspetti patologici o conflittuali dei rapporti stessi: è infatti assurdo che a fronte della velocità delle transazioni online, alla quale è legata la fortuna dell'ecommerce, si trovi la estrema lentezza della tradizionale macchina giurisdizionale."⁵¹⁰.

Ciò può oggi avvenire grazie all'istituzione di una piattaforma digitale *O.D.R.* gratuita⁵¹¹, ossia "un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online."⁵¹². Di conseguenza, ivi "saranno indirizzati tutti i reclami online nella materia dei consumi e che provvederà, sempre in via telematica, a trasmettere il reclamo all'organismo prescelto dalle parti ovvero a quello individuato – in difetto di scelta – dalle competenti autorità nazionali."⁵¹³.

Tale piattaforma *O.D.R.*⁵¹⁴ (gestita dalla Commissione europea) svolge diverse funzioni, di carattere informativo e organizzativo. Come si è già detto, in primo luogo è messo a disposizione un modulo per effettuare elettronicamente il reclamo, compilabile dalla parte ricorrente (in tutte le lingue ufficiali dell'Unione), da inviarsi in forma telematica al professionista-controparte.

Una volta presentato il reclamo, sempre tramite piattaforma, è individuato l'organismo (o gli organismi) *A.D.R.* competente al fine di dare una soluzione alla questione sottesa al reclamo, infine trasmettendo quest'ultimo all'organismo cui le parti hanno deciso di rivolgersi⁵¹⁵.

Sulla piattaforma è possibile avere a disposizione tanto un modulo elettronico tramite il quale gli organismi *A.D.R.* trasmettono le informazioni quanto un sistema di commenti

⁵¹⁰ L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online Dispute Resolutions) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 1405 ss.

⁵¹¹ Disponibile al seguente link: <http://ec.europa.eu/consumers/odr/>

In base al Comunicato stampa della Commissione europea del 24 marzo 2017, disponibile sul sito file:///C:/Users/Francesca/Downloads/IP-17-727_IT.pdf: "Nel primo anno di vita della piattaforma sono stati presentati oltre 24000 reclami da parte dei consumatori. Più di un terzo dei reclami ha riguardato gli acquisti transfrontalieri all'interno dell'UE. La maggior parte dei reclami si riferiva a capi di abbigliamento e calzature, biglietti aerei e prodotti attinenti alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC).".

⁵¹² Considerando 18 del regolamento.

⁵¹³ T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori*, cit.

⁵¹⁴ Tale strumento è stato recepito in Italia all'interno del Codice del consumo (art. 1, D.lgs. n. 130/2015, che ha modificato gli artt. 139 ss. Cod. cons.), ed è pienamente operativo dal 15 febbraio 2016.

⁵¹⁵ Nello specifico, il professionista, ricevuto il reclamo telematico, propone al consumatore un organismo *A.D.R.* cui rivolgersi per risolvere la controversia. In caso di accordo sul punto, la piattaforma trasferisce il reclamo all'organismo, il quale proporrà una soluzione entro 90 gg.

(*feedback*) che consenta alle parti di esprimere il proprio punto di vista sul funzionamento della piattaforma *O.D.R.* e sull'organismo che ha trattato la controversia.

È quindi evidente la rilevanza di tale strumento in tema di informazioni rese alle parti, così ampliandone la conoscenza a fronte dell'eventuale utilizzo di una *Alternative Dispute Resolution*. Ed infatti si rendono pubbliche informazioni generali su tale procedura, sugli organismi *A.D.R.*, secondo l'elenco *ex art.* 20, par. 2 della direttiva, sulle modalità di contatto e i punti di contatto *O.D.R.* designati dagli Stati membri⁵¹⁶, nonché sui dati statistici relativi ai risultati delle controversie trasmesse agli organismi tramite la relativa piattaforma (art. 5, comma 4 del regolamento *de quo*).

Altrimenti, è possibile individuare lo strumento elettronico per la gestione dei casi con cui le parti e l'organismo *ad hoc* individuato potranno condurre *online* la procedura.

Una precisazione deve essere indicata in tema di *privacy* sulla piattaforma, poiché il regolamento *de quo* appunto se ne occupa. Nello specifico, l'art. 5 prescrive che la Commissione sia responsabile anche della sicurezza dei dati inseriti sulla piattaforma, il cui funzionamento assicura “(..) nei limiti del possibile, la tutela della vita privata fin dalla fase di progettazione (“*privacy by design*”) e l'accessibilità e l'utilizzabilità della piattaforma stessa da parte di tutti, comprese le persone vulnerabili (“*design for all*” – progettazione universale).”.

Inoltre, l'art. 12, rubricato “*Trattamento dei dati personali*”, individua i responsabili del trattamento dei dati raccolti, altresì imponendone la soppressione dopo sei mesi dalla conclusione della controversia cui si riferiscono.

In breve, e riassuntivamente, il Regolamento n. 524/2013 riguarda la risoluzione extra-giudiziale di controversie insorte in merito ad obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi *online* stipulati tra un consumatore e un professionista, attraverso l'intervento di un organismo *A.D.R.* individuato con una procedura *online*, avviata grazie a una piattaforma telematica del cui sviluppo, funzionamento e manutenzione è responsabile la Commissione europea.

⁵¹⁶ I punti di contatto *O.D.R.* forniscono informazioni generali sui diritti dei consumatori e su possibili ricorsi, assistono gli acquirenti nella trasmissione dei reclami e nella comunicazione tra le parti e gli organismi *A.D.R.* competenti.

4. Osservazioni conclusive sul tema.

Da quanto sopra analizzato, e conclusivamente, risulta evidente come le procedure A.D.R. ivi in esame siano state impiegate anzitutto per porre soluzione alle numerose problematiche inerenti al giudizio nanti al giudice ordinario civile⁵¹⁷.

Di conseguenza, potrebbe sostenersi che, qualora la Giustizia funzionasse, non si avrebbe bisogno di tali tecniche per risolvere le liti.

Invero, esse indicano la via di un ammodernamento necessario per fronteggiare le esigenze della realtà quotidiana, soprattutto nel frenetico (e sempre in evoluzione) ambito dei rapporti con i consumatori.

Si è poi affermato che *“la conciliazione e più in generale i modi alternativi di risoluzione delle controversie hanno un valore intrinseco, e meritano di essere promosse indipendentemente dalla loro caratteristica di potere alleggerire la pressione sul sistema giudiziario. Quindi, le parti, fatta eccezione per la tutela dei c.d. diritti indisponibili, restano libere di conservare il pieno controllo sugli atti posti in essere mediante l’esercizio della propria autonomia e, pertanto, possono decidere di addivenire a forme di autocomposizione o eterocomposizione dei propri interessi che, pur situandosi al di fuori del fenomeno giurisdizionale, trovano eguale riconoscimento sotto il profilo costituzionale.”*⁵¹⁸.

Eppure, i recenti interventi dell’Unione europea potrebbero non essere in grado di regolare efficacemente le controversie transfrontaliere, posto che, nonostante gli sforzi profusi, continuano a esistere lacune e incongruenze che, in quanto tali, non possono assicurare un pieno raggiungimento degli ambiziosi propositi indicati nel pacchetto A.D.R. di cui ai paragrafi che precedono.

Pur essendo stati approntati, a livello europeo, numerosi e diversi rimedi giurisdizionali a tutela del consumatore, rimane il fatto che concludere contratti internazionali, sebbene nel Mercato unico, sia percepito come rischioso, potendo essere necessario difendersi davanti a giudici di Stati membri diversi da quello del proprio domicilio, e questo non solo per la eventualità che sia applicata una pluralità di leggi non conosciute, e con standard differenti

⁵¹⁷ Tra queste, si ricordi la finalità deflattiva per ridurre il quantitativo del contenzioso, che tanto affligge il sistema della Giustizia in Italia.

⁵¹⁸ T. E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia*, cit., p. 53.

rispetto alla disciplina nazionale, ma anche per l'elevato importo dei costi di tali controversie transfrontaliere.

I sistemi *A.D.R.* presentano invece il vantaggio di non essere necessariamente vincolati all'applicazione di norme di legge in materia contrattuale (nazionali o europee) né all'utilizzo di procedure lunghe e complesse.

Quanto alle prospettive future sul tema, forse basterebbe una attenta lettura dei Considerando della Direttiva 2013/11/UE stessa (e del Regolamento UE n. 524/2013) per comprendere la direzione che il Legislatore eurounitario intende (continuare a) seguire. Le osservazioni ivi richiamate sono tutt'oggi valide, e ovviamente incrementabili.

L'auspicio principale è quello di poter realmente permettere ai consumatori di avvalersi di strumenti che evitino, o quantomeno riducano al minimo, le problematiche connesse alla risoluzione giudiziale delle liti, *fortiori ratione* laddove si consideri il contesto entro cui sono inquadrati i consumatori, coinvolti in operazioni giornaliere e inerenti a qualsivoglia acquisto.

Peraltro, un sistema così concepito sarebbe ben accolto anche dalle imprese, incentivate ad aderire per i numerosi vantaggi conseguibili.

Laddove il meccanismo *A.D.R.* sia in generale non funzionante, si verrebbe a creare una vera e propria "*barriera al Mercato interno*", e quindi un impedimento ai traffici transfrontalieri, i consumatori temendo "*che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico.*"⁵¹⁹.

Se questo è vero, il corretto sviluppo dei sistemi *A.D.R.* e *O.D.R.* garantirebbe Giustizia nelle controversie a vantaggio tanto dei consumatori quanto degli operatori, così contribuendo al rafforzamento del Mercato interno. Ed infatti, sarebbero scongiurati i rischi ormai più volte descritti, quali ad esempio gli elevati costi, l'eccessiva durata della procedura, ma anche l'alea insita nella necessità di difendersi davanti a giudici di Stati membri diversi da quello di domicilio, applicanti leggi differenti e non conosciute.

⁵¹⁹ Considerando n. 6 della Direttiva 2013/11/UE. Per vero, esso si occupa anche della controparte dei consumatori: "*Per le medesime ragioni, i professionisti potrebbero astenersi dal vendere a consumatori che risiedono in altri Stati membri che non offrono un accesso sufficiente a procedure ADR di qualità elevata. Inoltre, i professionisti stabiliti in uno Stato membro che non dispone di sufficienti procedure ADR di alta qualità si trovano svantaggiati sul piano della concorrenza rispetto ai professionisti che hanno accesso a tali procedure e che possono pertanto risolvere le controversie con i consumatori in modo più rapido e più economico.*".

Tuttavia, le *Alternative Dispute Resolutions* ancora oggi presentano alcuni limiti. Anzitutto, le parti hanno pur sempre la possibilità di trasferire la controversia in sede giudiziale, azzerando così alcuni dei maggiori vantaggi menzionati. In seconda istanza, l'esigenza di non far venir meno le garanzie del giusto processo e, in generale, lo *standard* di tutela previsto dal diritto dell'Unione europea, comporta la perdita della flessibilità che, invece, dovrebbe caratterizzare tali procedure.

Ancora. Ulteriori limiti, che potrebbero diminuire l'efficacia dei procedimenti alternativi quanto alla tutela del consumatore nonché al potenziamento del Mercato unico, sono da rinvenirsi nel fatto che le nuove norme si innestino in un contesto già di per sé complesso ed eterogeneo, connotato peraltro da una diffusa scarsa consapevolezza degli operatori circa l'esistenza e il funzionamento degli organismi *A.D.R.*

Pertanto, se questo è vero, i consumatori non sarebbero anzitutto in grado di comprendere le implicazioni dell'adesione o meno al procedimento alternativo né del regime giuridico a questo applicabile.

Inoltre, deve anche essere considerato il contesto giuridico e ordinamentale entro cui si pretende la diffusione degli strumenti *A.D.R.*⁵²⁰: infatti, parte della dottrina aveva già in passato osservato che *“la moda delle ADR, alla quale sembrano conquistati illustri esponenti della nostra magistratura e del ceto forense, dovrebbe trovare una remora nella specificità dell'ordinamento di provenienza dei detti strumenti alternativi, che rende opportuno se non impossibile un loro trapianto nella nostra legislazione, oltre che nei risultati negativi registrati nei Paesi nei quali sono stati introdotti.”*⁵²¹.

Per quanto riguarda, in particolare, la piattaforma *O.D.R.*, è necessario rilevare che essa non risulti idonea per l'obiettivo del potenziamento del Mercato unico e, in generale, del commercio transfrontaliero stesso, a fronte del circoscritto ambito di applicazione, che si limita alle controversie relative a contratti conclusi *online* (sicuramente la maggior parte dei contratti a distanza ma che al contempo non esauriscono la categoria), ed altresì per il fatto che le controversie interne sono assoggettate alla medesima disciplina delle controversie internazionali. Pertanto, non è possibile attuare la semplificazione delle liti

⁵²⁰ Si ricordi l'origine delle *Alternative Dispute Resolutions* debba essere ricondotta all'ordinamento americano.

⁵²¹ E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, pp. 321 ss.

transfrontaliere necessaria ad incentivare consumatori e professionisti alla conclusione di contratti internazionali *online*.

Tale limitazione, ancorché intesa in senso ampio, rischia di comportare una ingiustificata disparità di trattamento tra consumatori. Infatti, il consumatore che scelga di concludere il contratto recandosi personalmente presso i locali del professionista, e non telematicamente, non potrebbe utilizzare la piattaforma *O.D.R.* per instaurare la successiva eventuale controversia insorta.

Appare paradossale che in molti casi, quale quello sopra esposto, il consumatore avrebbe diritto a convenire il professionista nel proprio Stato di residenza (alla luce del Regolamento UE n. 1215/2012⁵²², nella specie in virtù dell'art. 17, par. 1, lett. c), come interpretato dalla Corte di Giustizia⁵²³), e non invece quello di accesso alla piattaforma *O.D.R.* per tentare di risolvere la lite in modo semplice, veloce, economico.

Fatta tale precisazione si constata che una soluzione di gran lunga più ragionevole sarebbe stata quella di destinare la piattaforma, in generale, alle controversie transfrontaliere sorte tra soggetti domiciliati in Stati membri differenti, in modo da sfruttare appieno la potenzialità della stessa nel contesto della risoluzione alternativa delle controversie vertenti su contratti internazionali, ritenendosi comunemente che le principali barriere all'implementazione del Mercato unico digitale consistano in divergenze linguistiche, differenze tra le norme sostanziali e procedurali degli Stati membri, e nella difficoltà di stabilire chi sia il soggetto a cui demandare la soluzione della controversia.

La motivazione data alla differente scelta insiste, invece, sulla necessità di aumentare la fiducia dei consumatori e dei professionisti nel Mercato digitale, garantita dalla consapevolezza degli operatori di disporre di mezzi agili e a basso costo per la risoluzione delle controversie.

Per quanto la disciplina non distingua tra fattispecie interne e fattispecie internazionali, il regolamento si basa sull'assunto che consumatori e professionisti incontrino le difficoltà

⁵²² Regolamento 12 dicembre 2012, n. 1215/2012, pubblicato in G.U.U.E. il 20 dicembre 2012, N. L 351. In dottrina v. V. CARBONE – C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, in *Tratt. Dir. Priv. UE*, diretto da G. AJANI – G. A. BENACCHIO, XV, Torino, 2016, pp. 2 ss.

⁵²³ *Ex multis*, v. Corte di Giustizia dell'Unione europea, 17 ottobre 2013, nella causa C-218/12, *Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic*, su <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-11/cp130134it.pdf>.

maggiori, in particolare, nel trovare soluzioni stragiudiziali alle controversie derivanti da contratti transfrontalieri conclusi *online*.

Inoltre, la risoluzione tramite piattaforma non è prevista per tutte le controversie relative ad un rapporto contrattuale Business to Consumer, bensì a fronte delle sole sole liti tra soggetti entrambi stabiliti in uno Stato membro.

Ciò detto, e considerato che lo sviluppo dell'*e-commerce* costituisce uno dei pilastri della Strategia europea per lo sviluppo del “Mercato unico digitale”⁵²⁴, la cui creazione e piena attuazione si snoda attraverso un migliore accesso a prodotti e servizi, più agevoli condizioni affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi, ed infine attraverso la promozione della crescita dell'economia digitale europea⁵²⁵, il 25 maggio 2016 la Commissione europea ha presentato un pacchetto di misure⁵²⁶ per un più ampio e rapido sviluppo di siffatto commercio in ambito europeo e per consentire agli operatori di sfruttare appieno i vantaggi del Mercato unico anche in ambito digitale, rimuovendo gli ostacoli agli acquisti *online* transfrontalieri ed aumentando la fiducia dei consumatori.

*** o ***

⁵²⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 6 maggio 2015, COM (2015) 192 final, Strategia per il Mercato unico digitale in Europa.

⁵²⁵ In proposito v. M. G. FANELLI, *Commercio elettronico nel mercato unico: i chiarimenti della Corte di Giustizia sulla legge applicabile ai contratti conclusi on line con i consumatori e le recenti proposte della Commissione*, in *Contr. impresa/Europa*, 2, 2016, pp. 788 ss.

⁵²⁶ Il suddetto pacchetto di misure comprende:

- una proposta di Regolamento concernente il *geo-blocking* e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento all'interno del Mercato unico (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 2016, COM(2016) 289 final, recante misure volte a impedire i blocchi geografici e altre forme di discriminazione dei clienti basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o il luogo di stabilimento nell'ambito del Mercato interno e che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE);
- una proposta di Regolamento concernente le misure sulla consegna dei pacchi (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 2016, COM (2016) 285 final, relativo ai servizi di consegna transfrontaliera dei pacchi);
- una proposta legislativa di revisione del Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 2016, COM (2016) 283 final, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori.
- nuovi orientamenti ai fini dell'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (Documento di lavoro dei Servizi della Commissione, del 25 maggio 2016, SWD (2016) 163 final, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, che accompagna la comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Un approccio globale per stimolare il commercio elettronico transfrontaliero per i cittadini e le imprese in Europa*).

Risulta pertanto evidente come il tema cruciale ancora oggi si concentri sul se i sistemi di Giustizia alternativa abbiano o meno possibilità di successo in futuro.

Si è anzitutto rifiutata l'ipotesi di imporre l'applicazione obbligatoria delle *A.D.R.* come condizione di procedibilità *ante causam*, considerata una opzione da appoggiare, in quanto, da un lato, ostacolerebbe l'accesso alla Giustizia (tradizionalmente intesa), e, dall'altro, sarebbe incompatibile con la natura volontaristica del meccanismo di conciliazione alla sua base.

Inoltre, per favorire una cultura dei meccanismi *A.D.R.*, il consumatore dovrebbe essere a conoscenza dei propri diritti, ed altresì in grado di farli valere⁵²⁷.

Fino ad ora si è più volte fatto riferimento all'atto di "consumare consapevolmente", il cui reale e più profondo significato consiste nella idoneità ad utilizzare in modo appropriato i prodotti e nella piena conoscenza quanto ai potenziali rischi ivi sottesi, sempre al fine ultimo di prevenire il contenzioso.

Risulta quindi fondamentale, ancora una volta, conoscere adeguatamente la procedura, e i servizi offerti, affinché i consumatori possano operare una scelta informata.

L'attenzione è concentrata sugli obblighi di informazione imposti ad organismi, professionisti e controparti contrattuali.

La legislazione *Consumer protection* non è nuova all'introduzione di stringenti obblighi di una informazione finalizzata al raggiungimento della piena consapevolezza sull'esistenza di vari modelli procedurali e di molteplici organismi chiamati a gestirli. Eppure, come spesso accade, strumenti che in astratto potrebbero essere considerati efficienti e risolutivi, rivelano la loro inadeguatezza sul piano concreto, con riferimento ai contenuti delle indicazioni medesime ma anche quanto alla loro integrale comprensione.

Del resto, nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie, la gestione dei conflitti coinvolge anche elementi di natura psicologica e relazionale. Sotto tale aspetto, gli obblighi informativi imposti ai vari soggetti spesso non sembrano sufficienti al raggiungimento dello scopo. Ed infatti, come si è già detto, prevedere un livello quantitativo di informazioni elevato e financo eccessivo rischia di portare ad un risultato

⁵²⁷ In proposito v. il primo Considerando della Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012 [2011/2089 (INI)]: "*I cittadini e le aziende devono non solo godere di diritti ma anche essere in grado di farli valere in modo efficace ed efficiente.*".

negativo, e non certo ad una informazione effettiva: il consumatore, a causa della debolezza intrinsecamente connessa alla sua condizione, potrebbe non essere in grado di discernere le indicazioni utili per i propri bisogni né, quindi, di operare la scelta più adeguata alla fattispecie concreta. Tale rischio è stato considerato dal Legislatore nazionale, il quale ha inteso ampliare (pur in assenza di uno specifico obbligo nella direttiva) il novero delle clausole vessatorie inserite nella cosiddetta *grey list*.

In primo luogo, il riferimento è alle clausole che hanno per oggetto o per effetto quello di “*imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un’unica tipologia di organismi A.D.R. o ad un unico organismo A.D.R.*” (art. 33, comma 2, lett. v-bis), Cod. cons.). La seconda fattispecie riguarda altre clausole, volte a “*rendere eccessivamente difficile per il consumatore l’esperienza della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V*” (art. 33, comma 2, lett. v-ter), Cod. cons.

Si tratta di disposizioni con una medesima *ratio*, consistente nella necessità di garantire una libera e consapevole scelta tra le procedure esistenti, avviate tra organismi abilitati a gestirle, evitando l’intervento unilaterale del professionista.

In tal caso, si delineerebbe un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a danno del consumatore, nella misura in cui sia privato del diritto di scelta della procedura e dell’organismo ritenuti più idonei.

In definitiva, è possibile concludere sottolineando un assunto fondamentale in materia. A fronte della valorizzazione dei meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie, e tramite un implemento dell’utilizzo delle *Alternative Dispute Resolutions*, il consumatore godrebbe certamente di un vantaggio ma non sarebbe il solo beneficiario dei relativi effetti. Ed infatti, il sistema Giustizia *in toto* ne risulterebbe rafforzato, poiché l’impiego di tali strumenti ridurrebbe sensibilmente il carico giudiziale, con conseguente restrizione dei tempi di durata dei processi civili.

Tale affermazione è ancora più pregnante considerata l’attuale stretta interazione tra consumatori e Mercato, nonché acclarato il ruolo che tale categoria riveste per il sistema economico degli Stati membri.

Inoltre, l’ambito della *Consumer protection* rappresenta un banco di prova estremamente utile per valutare l’efficacia dei meccanismi alternativi al processo ordinario, i consumatori

costituendo una categoria attivamente dedita agli scambi commerciali, e conseguentemente interessata a rendere tali traffici più rapidi e semplici ma, al contempo, anche più sicuri e soddisfacenti.

CONCLUSIONI

Nel presente lavoro la ricerca si è prevalentemente concentrata sui rimedi contrattuali esperibili dai consumatori che abbiano concluso un contratto connotato da asimmetria informativa e che quindi, a fronte della violazione di un obbligo di informazione pre-contrattuale, siano stati poco e/o male informati, così pervenendo alla stipulazione di tale negozio in modo non del tutto consapevole.

La problematicità della *quaestio* si poneva in virtù della registrata lacunosità della legislazione italiana a riguardo, la quale infatti, salvo determinate ipotesi, non individuava il rimedio contrattuale esperibile dal consumatore a fronte della violazione di tali norme.

Inoltre, e soprattutto, il tema in esame risulta oggi attuale poiché, tramite la Direttiva 2011/83/UE (“*Consumer Rights*”), in seguito recepita in Italia con il D.lgs. n. 21/2014, i Legislatori eurounitario e nazionale sono intervenuti nell’ambito degli obblighi informativi, con riferimento a quelli imposti, da un lato, ai contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali, e, dall’altro, agli ulteriori e diversi contratti stipulati tra consumatori e professionisti.

Pertanto, in seguito a siffatte recenti modifiche al Codice del consumo, l’obiettivo ultimo della tesi è consistito nel comprendere se e quali conseguenze si siano delineate nel nostro ordinamento in tema di rimedi esperibili a fronte della violazione di obblighi informativi pre-contrattuali, e se dunque la Direttiva 2011/83/UE abbia effettivamente operato un “*restyling*” della disciplina *Consumer protection* come era nelle intenzioni del Legislatore sovranazionale.

Tuttavia, per vero, la direttiva *de qua* ha demandato agli Stati membri il solo compito di fissare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali attuative della stessa, altresì unicamente specificando che tali misure dovessero rispondere ai caratteri di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva.

Di conseguenza, tanto ampio essendo il perimetro della discrezionalità demandata agli ordinamenti interni, ciò ha di fatto impedito di pervenire a una reale e concreta armonizzazione nell’ambito disciplinato dalla direttiva in esame. Peraltro, questa conclusione è in particolar modo riferibile al contesto dei rimedi contrattuali e delle tutele attivabili in caso di inadempimento ad obblighi informativi pre-contrattuali.

Ebbene, a fronte di una simile lacuna, lasciata intatta dai Legislatori sovranazionale e interno, il panorama normativo è giocoforza (rimasto) carente: di conseguenza, le tesi sviluppate da dottrina e giurisprudenza hanno inteso pervenire ad una soluzione che appunto fosse adatta a tutelare la posizione del consumatore leso da ipotesi di asimmetria informativa, e questo attraverso la elaborazione di rimedi necessariamente ricavati dalla teoria generale del contratto.

Invero, gli interpreti hanno fatto ricorso alla responsabilità pre-contrattuale e al risarcimento del danno, oppure alla invalidità, configurata nella duplice forma della nullità, con riguardo alla natura inderogabile delle (violate) norme prevedenti obblighi informativi *ex art.* 1418, comma 1, cod. civ., o dell'annullabilità, a fronte del vizio della volontà del consumatore, che non avrebbe concluso il contratto ove fosse risultato pienamente consapevole delle circostanze inerenti all'operazione negoziale.

Attualmente la tesi maggioritaria (anche a fronte delle famose pronunce a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, intervenute nel 2007) ritiene che la violazione di una norma comportante un obbligo di informazione pre-contrattuale sia qualificabile come “regola di condotta”, prevedendo quale unico rimedio la responsabilità pre-contrattuale con conseguente diritto al risarcimento del danno.

Più specificamente, nel presente lavoro si è ritenuto che, al fine di individuare il più adeguato rimedio contrattuale esperibile dal consumatore-parte debole del rapporto, siano necessarie tanto la rivalutazione della clausola di buona fede (in particolare nella sua funzione di parametro di validità del contratto) quanto, altresì, la riapertura del dibattito sulla dicotomia tra risarcimento e invalidità (a fronte della violazione di un obbligo informativo pre-contrattuale) attraverso la valorizzazione di rimedi diversi rispetto a quello della responsabilità pre-contrattuale.

In primo luogo, quindi, un ruolo sicuramente fondamentale entro il predetto contesto assume la *bona fides*, che ha nel tempo conosciuto una moltiplicazione del novero delle funzioni ad essa attribuite.

Di conseguenza si è ritenuto necessario vagliare i possibili sviluppi della clausola di buona fede (in specie) pre-contrattuale che, considerando le circostanze del caso concreto, dovrebbe risolversi in un obbligo informativo tale da consentire al consumatore l'esercizio pieno della libertà negoziale.

Soprattutto, in virtù della ontologica essenza di “clausola generale” tipica della buona fede, tali obblighi di informazione devono ritenersi sussistenti anche nel caso in cui manchi una precisa disposizione normativa in tal senso.

Ebbene, come ormai noto, l’orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza ritiene che gli obblighi informativi si configurino quali “regole di comportamento”, ciò giustificando la conseguente configurazione di una responsabilità pre-contrattuale da contratto valido per il caso di loro violazione.

Ed allora, speculando le eventuali funzioni della *bona fides* cui far riferimento in caso di mancanza di una norma che precisamente individui il rimedio contrattuale a fronte del mancato rispetto di un obbligo informativo, ci si è chiesti se, grazie all’operare del principio *de quo*, possano essere esperibili istituti differenti dalla responsabilità pre-contrattuale, e cioè se sia possibile considerare tale clausola generale come strumento in grado di determinare la invalidità come reazione alla violazione di una regola di condotta.

In conclusione: è possibile riconoscere l’operatività del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità del contratto?

Se, da un lato, la già menzionata tesi dominante (almeno dal 2007) risponde in modo negativo al quesito, dall’altro, tuttavia, nel presente lavoro ci si è domandati se tale approdo sia criticabile (nonché superabile, appunto) e, in caso di risposta affermativa, su quali basi. In merito va esposta una prima rilevante considerazione: nonostante l’autorevolezza dell’argomentazione prevista nelle sentenze a Sezioni Unite del 2007, essa non solo per questo va *ipso facto* accolta, confermata e assimilata (soprattutto a fronte della non operatività, nel nostro ordinamento giuridico, del principio dello *stare decisis*, tipico invece dei sistemi di *Common law*). Piuttosto, sono fondamentali analisi ragionate (financo eventualmente sfocianti in critiche) che ne confermino o meno l’orientamento: soltanto in questo modo, infatti, è possibile valorizzare la migliore soluzione per il singolo caso concreto, nella specie individuando il rimedio più adeguato in capo al consumatore non pienamente informato. In definitiva, si dovrebbe forse abbandonare la convinzione che un rimedio universalmente valido sia la soluzione migliore, ed invece intraprendere una strada diversa, che, partendo dal caso concreto, individui il rimedio di volta in volta più adatto.

Ecco il motivo per cui, ammettendo questa prospettiva, dottrina e giurisprudenza (avrebbero dovuto e, a maggior ragione oggi) dovrebbero evitare di seguire

pedissequamente il percorso argomentativo prevalente nei due formanti, confidando ciecamente nella bontà dei relativi approdi ermeneutici.

Il cambio di prospettiva, se vagliato, dovrà essere incentrato sulla stessa figura del consumatore, poiché i relativi interessi necessariamente si riflettono sui rimedi che costui di volta in volta azionerebbe.

Ebbene, proprio il rinnovato rilievo per l'interesse del consumatore, che va considerato caso per caso, assume una particolare pregnanza: le trattazioni sui diversi orientamenti emersi quanto alla violazione degli obblighi informativi pre-negoziali devono essere orientate in questa direzione, che peraltro costituisce l'unica meritevole di tutela, come tale, infatti, ormai da tempo al centro della disciplina di protezione interna e sovranazionale.

Da quanto premesso si ricava che le speculazioni sul possibile nuovo ruolo della buona fede e sulla applicabilità di rimedi altri rispetto a responsabilità pre-contrattuale e risarcimento, quali ad esempio la nullità di protezione virtuale e l'annullabilità, quest'ultima derivante dalla operatività dei "nuovi vizi del consenso", costituiscano temi di rilevanza centrale ancora oggi aperti, e, come tali, accoglibili o meno.

In punto di rimedi esperibili in caso di violazione di obblighi informativi pre-contrattuali, come già accennato, nel presente lavoro si è inteso soprattutto comprendere se, in sede di riforma del Codice del consumo (come da ultimo avvenuta nel 2014) e per i casi di violazione di obblighi informativi pre-negoziali, il Legislatore abbia o meno accolto la sopra citata prevalente soluzione, relativa alla previsione della responsabilità pre-contrattuale con conseguente diritto al risarcimento del danno, o se, invece, possa essere vagliata una differente prospettiva rimediale.

Ebbene, se davvero la *ratio legis* fosse stata quella di accogliere e mantenere gli approdi espressi dalla Corte di Cassazione qualche anno prima, tale intenzione sarebbe stata manifestata chiaramente nella trasposizione normativa, e di ciò si sarebbe avuta consacrazione all'interno delle recenti modifiche al Codice del consumo. Posto che così non è stato, la relativa tematica è da considerarsi ancora oggi aperta (o, quantomeno, in evoluzione).

Infatti, proprio dalla analisi degli artt. 48 e 49 Cod. cons., modificati dal D.lgs. n. 21/2014 in forza della Direttiva 2011/83/UE, si deve constatare come tale intervento di per sé non abbia invero realizzato alcuna svolta in materia, nonostante la direttiva *de qua* originariamente intendesse operare un vero e proprio ripensamento generale della

disciplina protettiva in favore del consumatore. Più precisamente, tra gli obiettivi della direttiva si era annunciata la individuazione della natura stessa degli obblighi informativi pre-contrattuali, punto fermo dal quale si sarebbe potuti giungere a risolvere le questioni relative tanto al discrimine tra regole di validità e di comportamento quanto, soprattutto, al rimedio conseguentemente esperibile.

Ciò detto, anche mantenendo ferme la distinzione tra regole di validità e di condotta, nonché la relativa previsione rimediale della responsabilità pre-contrattuale e del risarcimento del danno, è vero che le speculazioni operate sul tema, ed altresì la comprensione dell'attuale stato dell'arte in materia di violazione di obblighi informativi pre-contrattuali (a livello normativo, giurisprudenziale e dottrinale) si debbano reputare utili a rafforzare la posizione tuttora prevalente oppure, all'opposto, a porre le basi per metterla (definitivamente) in crisi.

In ognuno dei due casi comunque consegue che l'analisi della tematica dovrebbe essere posta alla base di un futuro operato del Legislatore interno, al fine di pervenire ad un più ragionato, preciso e auspicabilmente definitivo intervento, al contempo scongiurando ulteriori modifiche non determinanti.

È proprio in questo scenario che inizia a concepirsi un differente ruolo per imprese e professionisti, i quali possono ridefinire un rapporto virtuoso per i reciproci interessi, e dunque per il Mercato in generale, attraverso l'applicazione di regole comuni, con conseguente crescita della fiducia nelle più evolute formule contrattuali.

Del resto, l'esigenza di una maggiore trasparenza consente di evitare che le diverse tipologie di distorsione informativa impediscano un'adeguata comparazione delle offerte disponibili da parte dei contraenti potenziali, in tal modo potendosi perseguire l'obiettivo dell'incentivazione della concorrenzialità e dell'efficienza del Mercato.

Ciò detto, posta la generale carenza di disciplina rimediale attualmente caratterizzante la normativa ispirata da finalità protettive del contraente debole, in futuro il Legislatore (tanto eurounitario quanto nazionale) dovrebbe intervenire in modo più netto e chiaro, al fine di evitare che i diritti dei consumatori rimangano "disarmati" e che si continui a dibattere su temi da tempo in bilico tra giurisprudenza e dottrina.

Pertanto, si avverte l'esigenza di una decisa svolta legislativa la quale appronti mezzi di protezione dotati di effettività, ad esempio consistenti nella predisposizione di (realmente efficaci) sanzioni *ex lege* a carico del soggetto economicamente più forte che non abbia

rispettato gli obblighi informativi prescritti, nonché, al contempo, nella previsione di precise informazioni volte a consentire una corretta e adeguata educazione dei soggetti, che sarebbero in tal modo “*behaviourally informed*”.

Ebbene, da ultimo, attenzione meritano anche le nuove frontiere della tutela consumeristica.

Le situazioni di asimmetria informativa tra le parti contrattuali in un rapporto *Business to Consumer* costituiscono una delle più gravi ipotesi di “fallimento del Mercato”, insieme alle restrizioni della concorrenza. Pertanto, quanto mai necessario sarebbe stato un intervento del Legislatore eurounitario in tal senso, specialmente a fronte della sempre maggiore tensione avvertita in favore della protezione del contraente debole (in specie del consumatore).

Per quanto riguarda la tipologia di regolazione auspicabile, essendosi in merito dubitato della attuale utilità della *disclosure regulation*, sempre più emergono tecniche nuove e attente alle caratteristiche eterogenee dei singoli consumatori, quali il *nudge*, alternativo a una regolamentazione fondata sul *command and control*, o anche l’impiego dei *Big Data*, i quali permettono di individuare le preferenze degli utenti (e quindi i loro interessi) grazie ad una procedura di raccolta ed elaborazione dei dati inerenti alle scelte operate dai consumatori su differenti canali, prevalentemente *on line*.

Come evidente, l’interesse del consumatore è, ancora una volta, al centro dell’analisi anche in tale prospettiva.

Ratio ultima è quella di porre il consumatore nella condizione di tutelare i propri diritti, rendendo più sicuri e certi i traffici commerciali, e questo a livello sostanziale ma anche processuale, in particolar modo grazie alla possibilità di usufruire di meccanismi, quali le *Alternative Dispute Resolutions* (o *A.D.R.*), che evitino le problematiche insite al processo ordinario. Peraltro, tale affermazione è ancora più pregnante considerata l’attuale stretta interazione tra consumatori e Mercato, nonché acclarato il ruolo che tale categoria riveste per il sistema economico degli Stati membri.

In conclusione, sicuramente apprezzabile è l’approccio seguito dal Legislatore eurounitario, che intende sempre più anticipare la tutela del consumatore, con particolare riguardo ai tipi contrattuali caratterizzati da una più elevata complessità ed in cui, pertanto, l’esigenza di tutela risulta particolarmente stringente.

In generale, infatti, anticipare le azioni di *Consumer protection* permette al consumatore, da un lato, di prendere una decisione davvero consapevole, favorendo la sua autodeterminazione e, dall'altro, di ridurre le controversie successive alla conclusione del contratto.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

G. AJANI, (voce) *Acquis comunitario*, *Dig. disc. priv.*, agg., 2009.

G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, Padova, 2009.

G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

E. AL MUREDEN – S. BASTIANON – R. BONATTI – F. CASOLARI – M. DE PANPHILIS – G. DI FEDERICO – F. FERRARO – C. SCHEPISI – C. FRATEA – F. DAL POZZO, *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017.

A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è “virtuale” è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012.

A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 1, 2008.

A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 1982.

R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, II.

R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), Milano, 2007.

M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2, 2012.

G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014.

G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 889.

G. ALPA, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *NGCC*, II, 2005.

G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, L. GAROFOLO (a cura di), I, Padova, 2003.

G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contr.*, 2001.

G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *NGCC*, II, 1996.

G. ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992.

G. ALPA – G. CHINE', (voce) *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1997.

G. ALPA – C. ROSSELLO, *Prime note sull'attuazione della direttiva comunitaria in tema di pubblicità ingannevole*, in *Diritto dell'informazione e dell'informativa*, 1992.

C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa*, 2008.

G. AMATO – F. DENOZZA – H. SCHWEITZER – A. NICITA – D. STALLIBRASS, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Merc. conc. reg.*, fasc. 2, 2009.

M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012.

L. ANTONIOLLI, (voce) *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 6 agg., 2011.

E. M. APPIANO, *I sistemi di Adr nell'ottica del Legislatore comunitario*, in *Contr. impr./Europa*, 2009.

G.A. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n. 3.

L. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 2.

T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, 1954.

M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25-20-2011 n. 83 e D.lgs. 21-2-2014 n. 21. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2015.

R. AVRAHAM – Z. LIU, *Incomplete Contracts with Asymmetric Information: Exclusive Versus Optional Remedies*, in *American Law and Economics Review*, 2006, vol. 8, n. 3.

R. BALDWIN – M. CAVE – M. LODGE, *Understanding regulation*, 2 ed., Oxford, 2012.

A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998.

M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.

P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996.

P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il D.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d. lgs. 6 agosto 2015, n. 130)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2016.

S. BASTIANON, *Intesa illecita e risarcimento del danno a favore della parte debole*, in *Danno e resp.*, 12/2001.

B. J. BATES, *Information as An Economic Good: A Re-Evaluation of Theoretical Approaches*, in B. D. RUBEN – L. A. LIEVROUW (a cura di), *Mediation, Information, and Communication. Information and Behavior*, vol. 3, New Brunswick, 1990.

D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, 1976.

G. BELLANTUONO, *Contratto e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009.

O. BEN-SHAHAR – C.E. SCHNEIDER, *Coping with the Failure of Mandated Disclosure*, in *11 Jerusalem Review of Legal Studies*, 2015.

O. BEN-SHAHAR – C.E. SCHNEIDER, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014.

G. A. BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013.

F. BENATTI, (voce) *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991.

F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim.*, 1960.

C. M. BIANCA – F. D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999.

P. BIAVATI, *Comunicazione dal titolo “L’art. 47 della Carta dei diritti e il processo comunitario: spunti dal caso Mannesmannröhren”*, in M. TARUFFO – V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002.

P. BIAVATI, *Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 2002.

L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988.

L. BIGLIAZZI GERI, in C.M. BIANCA – F. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, sub art. 1469-bis, comma 1°.

M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr./Europa*, 1996.

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 1991.

E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011.

L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online Dispute Resolutions) dopo il Regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013.

F. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I.

M. BUSSANI, *Le agenzie di rating fra immunità e responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.

C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010.

G. CAPO, *Codice del consumo*, in *Enc. dir.*, *Annali VII*, 2014.

R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, V, 2003.

B. CAPPONI, *Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa*, in *Foro it.*, 1993, V.

B. CAPPONI, *Libro verde e accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Documenti giustizia*, 1991.

R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2004.

V. CARBONE – C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, in *Tratt. Dir. Priv. UE*, diretto da G. AJANI – G. A. BENACCHIO, XV, Torino, 2016.

V. CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996.

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2014.

L. CARPANETO, *La tutela comunitaria del consumatore: il problema dell'accesso alla giustizia, con particolare riferimento all'Italia e all'Inghilterra*, in *Contr. impr./Europa*, 2000.

A. CARRATTA, in C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009.

S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma – Bari, 1995.

F. CASTELLOTTI, *Art. 4*, in F. CAMILLETTI (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Roma, 2008.

C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004.

C. CASTRONOVO, (voce) *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990.

R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, Mondadori, 2008.

G. CAVANI – G. GHIDINI, *Una sentenza pilota “Cassis de Dijon” in tema di ostacoli della libera circolazione delle merci*, in *Riv. dir. comm.*, 1981.

F. CAVAZZUTI, *Conflitti di interessi e informazioni asimmetriche nella intermediazione finanziaria*, in *Banca impr. soc.*, 1989.

G. CERIDONO, *Le Autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006.

D. CERINI, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2003.

M.C. CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005.

R. CHIANDRA, *Knowledge as Property*, Oxford, 2010.

S. CHIARLONI, *A comparative perspective on the crisis of civil justice and on its possible remedies*, in *Europa e diritto privato*, 2000.

M. P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 1998.

A. CHIZZINI, (voce) *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 1998.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

M. CLARICH, *La “mano visibile” dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, su http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/indice-fascicolo-2-2015/editoriale#_ftnref17, 2016.

G. COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell’antitrust comunitario*, in *Corr. giur.*, 2002.

P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3.

L. P. COMOGLIO, *L’effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *NGCC*, 2, 2001.

R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti*, Bologna, 2006.

G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002.

G. CRISCUOLI, *La reclame non obiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1968.

V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014.

V. CUFFARO, (voce) *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988.

V. CUFFARO – V. RICCIUTO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2006.

V. CUFFARO – V. RICCIUTO (a cura di), *Il trattamento dei dati personali*, Torino, 1999.

F. CUOMO ULLOA, *Modelli di risoluzione dei conflitti*, Padova, 2008.

G. D'ACQUISTO – M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2016.

F. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2013.

G. D'AMICO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Padova, 2015.

G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, VII, 2012.

G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, 2007.

G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. V, Milano, 2006.

G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1.

G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

G. ARNO' – D. LISTA, *Il commercio elettronico alla luce delle recenti iniziative comunitarie*, in *Contr.*, 11/2000.

- M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 4, 2013.
- L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Padova, 2006.
- R. DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, IV, 1997.
- A. DASHWOOD, *Cassis de Dijon: a major step in the liberalisation of trade*, in *Eur. Law Rev.*, n. 9, 1981.
- A. DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori*, in *Contr. impr.*, 2, 2017.
- M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del Mercato*, Torino, 2008.
- M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *AIDA*, 1, 2015.
- M. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *NLCC*, 2014.
- M. DE CRISTOFARO, *La Direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in A. D'ANGELO – V. ROPPO (a cura di), *Annuario del Contratto*, Torino, 2011.
- M. DE CRISTOFARO, *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*, in *NGCC*, 11, 2009.
- M. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale "sleale" nella direttiva 2005/29/CE*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008.
- L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

V. DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuali: il problema economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1999.

R. DE MEO, (voce) *Pubblicità ingannevole*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 3 agg.

G. DE NOVA, *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001.

G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993.

G. DE NOVA – F. DELFINI, *La direttiva sul commercio elettronico: prime considerazioni*, in *Riv. dir. priv.*, 2000.

G. DE NOVA – B. INZITARI – G. TREMONTI – G. VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1997.

M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.

F. DELFINI, *Il D.Lgs. 70/2003 di attuazione della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico*, *ibidem*, 6, 2003.

F. DELFINI, *Tre novità in tema di commercio elettronico*, in *Contr.*, 1999.

F. DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur.comm.*, 2006.

H. DEMSETZ, *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, in *12 Journal of Law and Economics*, 11, 1969.

O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della "degiurisdizionalizzazione" e i più recenti interventi del Legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, fasc. 5, 2016.

F. DI CRISTINA, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, (a cura di) M. CAFAGNO, F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, (a cura di) L. FERRARA – D. SORACE, vol. V, Firenze, 2016.

L. DI DONNA, *Difetto di informazione e vizio di fabbricazione quali cause di responsabilità del produttore*, in *NGCC*, II, 2008.

L. DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali: I, La tutela del consumatore*, Milano, 2008.

A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002.

A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO – G.B. FERRI – M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, nel Tratt. Dir. Priv., diretto da M. Bessone, Vol. XIII, t. VII, Torino, 2002.

F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.

L. DI NELLA, *La tutela dei consumatori, Il diritto della distribuzione commerciale*, a cura di L. DI NELLA – L. MEZZASOMA, Napoli, 2008.

F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017.

F. DI PORTO, *La rivoluzione dei big data. Un'introduzione*, in F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e concorrenza*, num. spec. di *Conc. e merc.*, 2016.

F. DI PORTO, *Protezione ed empowerment del consumatore: profili cognitivi della regolazione*, su amministrazioneincammino.luiss.it, 2012.

F. DI PORTO, *L'informazione come 'oggetto' e come 'strumento' di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 4, 2011.

F. DI PORTO – N. RANGONE, *Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rule-Makers*, in A.L. SIBONY – A. ALEMANNINO (a cura di), *Nudging and the Law, What can EU Learn from Behavioural Sciences?*, Oxford, 2015.

F. DI PORTO – N. RANGONE, *Cognitive-based regulation: New challenges for regulators?*, su Federalismi.it, 2013.

A. DIJKSTERHUIS & N.F. NORDRIGREN, *A Theory of Unconscious Thought*, in *Perspective on Psychological Science*, 1, iss. 2, 2006.

A.A. DOLMETTA – U. MALVAGNA, *Sul nuovo "Adr Consob"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016.

G. DOLSO, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*, I, 2004.

D. DONATIVI, *Introduzione della disciplina Antitrust nel sistema legislativo italiano*, Milano, 1990.

S. DRAKE, *Scope of Courage and the principle of "individual liability" for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, 31(6).

M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. impr./Europa*, 2007.

L. ENRIQUES – M. GATTI, *Is There a Uniform EU Securities Law After the Financial Services Action Plan?*, in *Stan. J.L. Bus. & Fin*, 2008.

E. FABIANI, (voce) *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012.

A. FACHECHI, *Regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012.

E. FALLETTI, (voce) *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 4 agg., 2009.

M. G. FANELLI, *Commercio elettronico nel mercato unico: i chiarimenti della Corte di Giustizia sulla legge applicabile ai contratti conclusi on line con i consumatori e le recenti proposte della Commissione*, in *Contr. impresa/Europa*, 2, 2016.

P. FATTORI – M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004.

T. FEBBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori ed il suo impatto sulle tutele contrattuali*, in *Contr. impr./Europa*, 2, 2015.

T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle S.U.*, in *Giust. civ.*, I, 2008.

I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010.

A. FERRARO, *La storia infinita del caso RC Auto: tra diritto italiano e diritto comunitario*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2008, 1.

- G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1990.
- G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 3, 2016.
- R. FRANCESCHELLI, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1956.
- V. FRANCESCHELLI, *Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1983.
- V. FRANCHI, *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. La tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012.
- M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque...contrattuale?*, in *Contr. impr.*, 2013.
- T. E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le «Alternative Dispute Resolutions»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2011.
- C.A. FUNAIOLI, (voce) *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964.
- M. FUSI – P. TESTA – P.L. COTTAFIVI, *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993.
- M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Rivista di diritto Industriale*, I, 2009.
- E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 3, I, Torino, 2005.

E. GABRIELLI – A. ORESTANO, (voce) *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1 agg., 2000.

E. GABRIELLI, (voce) *Contratto e operazione economica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., agg., 2011.

E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003.

E. GABRIELLI (a cura di), *Il diritto all'oblio*, Atti del convegno di Studi del 17 maggio 1997, Napoli, 1999.

F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008.

F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997.

T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, su *judicium.it*, 2015.

P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, vol. LII, n. 5, 2007.

P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002.

P. GALLO, *Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Quadr.*, 1992.

A.M. GAMBINO, *La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d.lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole*, in *Contr. impr.*, 1992, I.

G. GANDOLFI, *Il progetto “pavese” di un codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 4, 2001.

G. GANDOLFI, *Sul progetto di un “codice europeo dei contratti”*, in *Rass. dir. civ.*, 1996.

A. GENTILI – V. CINTO, *I nuovi “vizi del consenso”*, in *Contr. impr.*, 1, 2018.

A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 4, 2008.

G. GHIDINI – E. AREZZO, *La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, vol. 1, Torino, 2010.

G. GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.

M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2004.

A. GIANOLA, (voce) *Unconscionability*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 2010.

A. GIANOLA, (voce) *Pratiche negoziali sleali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, 2009.

S. GILOTTA, *Trasparenza e riservatezza nella società quotata*, Milano, 2012.

G. GIOIA, *Il nuovo «pacchetto» della Commissione sull'Adr*, in *Corr. giur.*, 2012.

G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999.

F. GOBBO, *Fallimenti del mercato e regolamentazione*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2007.

A. GORGONI, *I vizi del consenso nel code civil: un confronto con la disciplina italiana*, in *Pers. Merc.*, 1, 2018.

S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, 2000.

C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007.

G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in G. ROJAS ELGUETA – N. VARDI (a cura di), in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

G. GRISI, (voce) *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, 2011.

G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, *XVI*, Roma, 2005.

G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica)*, in A. D'ANGELO – V. ROPPO (a cura di) *Annuario del Contratto*, Torino, 2012.

E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contr.*, 2007.

G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1 – 4, 1999.

R. INCARDONA – C. PONCIBO', *The average consumer, the unfair commercial practice directive, and the cognitive devolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 2007.

R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. comun. e scambi internaz.*, 2006.

N. IRTI, *L'ordine giuridico del Mercato*, Roma – Bari, 1998.

J. JACOBY, *Information Load and Decision Quality: Some Contested Issues*, in *Journal of Marketing Research*, 14, 1977.

J. JACOBY, *Perspectives on a Consumer Information Processing Research Program*, in *Communication Research*, 2, 1975.

A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova, 2003.

A. KRONMAN, *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, 7, in *The journal of legal studies*, 1978.

A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore. Verso una nuova forma di stato: caratteristiche, inconvenienti e vantaggi delle inarrestabili "authorities"*, Bologna, 2000.

P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, (a cura di) M. CAFAGNO, F. MANGANARO, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, (a cura di) L. FERRARA – D. SORACE, vol. V, Firenze, 2016.

G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, V, 1996.

G. LEOCANI, *La direttiva UE sul commercio elettronico: cenni introduttivi*, in *Europa dir. priv.*, 2000.

M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2011*, in *MC*, 2015.

M. LIBERTINI, (voce) *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali III*, 2010.

M. LIBERTINI, *Caratteristiche della disciplina antitrust e sistema giuridico italiano: un bilancio dei primi dieci anni di applicazione della legge 287 del 1990*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2000.

P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, Vicalvi (FR), 2016.

G. LONGO, *Teoria dell'informazione*, Torino, 1980; G. CORASANITI, *Diritto dell'informazione*, Padova, 1992.

F. LONGOBUCCO, *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione "a valle"*, Napoli, 2009.

V. LOSTORTO, *I servizi pubblici. Il quadro normativo, l'organizzazione, i modelli gestionali*, Milano, 2007.

F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.

F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, V, Milano, 2015.

M. MAGRI, (voce) *Contratto a distanza*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 5 agg.

N.K. MAHLOTRA, *Reflections on the Information Overload Paradigm and in Consumer Decision Making*, in *The Journal of Consumer Research*, 10, iss. 4, 1984.

N.K. MAHLOTRA, *Information Load and Consumer Decision Making*, in *The Journal of Consumer Research*, 8, iss. 4, 1982.

E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015.

A. MANTELERO, *Big Data: i rischi della concentrazione del potere informativo digitale e gli strumenti di controllo*, in *Dir. inform.*, fasc. 1, 2012.

M. MANTOVANI, *Violazione di norme penali e nullità virtuale del contratto*, in A. FLAMINI – L. RUGGIERI, *Contratto e reato*, Napoli, 2014.

M. MANTOVANI, *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

G. MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.

P. MARCHETTI – L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2007.

P. MARTINELLO, *Accesso dei consumatori alla giustizia e Camere di commercio*, in *Questione giustizia*, 1998.

R. MASTROIANNI, (voce) *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1997.

A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo: norme e funzionamento*, Torino, 1990.

A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in *Diritto com. scambi internaz.*, 1981.

C. E. MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008.

S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017.

S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 4, 2011.

S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

S. MAZZAMUTO – A. PLAIA, *Provvedimenti inibitori a tutela del consumatore: la legge italiana 30 luglio 1998, n. 281 e la direttiva 98/27/CE*, in *Europa dir. priv.*, 1999.

V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in *Banca borsa e titoli di credito*, fasc. 3, 2011.

V. MELI, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994.

L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998.

F. MESSINEO, (voce) *Contratto (dir.priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1981.

D. MESSINETTI, (voce) *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, agg. II.

H – W. MICKILITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 3, 2016.

E. MINERVINI, *Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, Bari, fasc. 1, 2017.

E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006.

L. MINERVINI, *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'Unione europea: significato ed implicazione dell'«armonizzazione massima» in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amministrativo: CdS*, 2010.

A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008.

V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della direttiva ADR e l'introduzione del nuovo «arbitro per le controversie finanziarie»*, in *Riv. arb.*, fasc. 4, 2016.

R. MONACO, (voce) *Mercato interno europeo*, in *Enc. giur.*, XX, 1990.

P. MONTALENTI, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.

A. MONTEL, (voce) *Buona fede*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958.

G. MONTI, *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, in *Eur. Law Rev.*, 2002.

V. MOSCA, *Le azioni di private enforcement antitrust nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Federalismi.it*, 2015.

V. MOSCA, *Il private enforcement antitrust: accertamento e quantificazione del danno*, in questa *Rivista*, 2010, 5, pp. 457 ss.

- A.M. MUSY, *Il dovere di informazione, Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999.
- L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.
- G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2015.
- G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.
- E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2006.
- E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000.
- A. NERVI, *Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions. Some Considerations from the Perspective of Italian Law*, in *Italian Law Journal*, 1, 2016.
- A. NERVI, *La nozione giuridica di informazione e la disciplina di Mercato. Argomenti di discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999.
- L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2015.
- L. NIVARRA, *La tutela civile: profili sostanziali*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – F. PATRONI GRIFFI – L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, II.

A. NOVERO- G. ANDREIS, *Riflessioni in merito alle recenti sentenze della Corte di giustizia della CEE in relazione agli art. 30, 36 e 100 del Trattato di Roma*, in *Rass. dir. tecn. alim., Suppl.*, V e VI, 1980.

N. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, vol. 1, Torino, 2010.

P. OCCHIUZZI, *Gli obblighi informativi*, in *Corr. giur.*, All.1, 2014.

O. ODUDU – J. EDELMAN, *Compensatory damages for breach of Art. 81*, in *Eur. Law Rev.*, 2002.

G. OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv. soc.*, fasc. 4, 2017.

G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in G. OLIVIERI – A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008.

A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "i contratti del consumatore" e condizioni generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1996.

C. OSTI, (voce) *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir.*, *Annali V*, 2011.

C. OSTI, *La tutela del consumatore*, in A. CATRICALA' – E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011.

C. OSTI, *Interpreting convergence: where antitrust meets consumer law*, in *European Competition Journal*, 2009.

T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997.

S. PAGLIANTINI, *La riforma del Codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contr.*, 2014.

S. PAGLIANTINI, *Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. "Cresci Italia"*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2012.

S. PAGLIANTINI, *Il neo formalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la Dir. 2011/83/UE: una nozione (già) vieille renouvelée*, in *Leggi Civ. Comm.*, II, 2012.

S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009.

M.C. PAGLIETTI, *La protezione del consumatore tra diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e tentativo obbligatorio di conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

R. PARDOLESI – A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996.

L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza, divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, 2007.

L. F. PACE, *Il sistema italiano di tutela della concorrenza e il "vincolo comunitario" imposto al legislatore nazionale: l'art. 1, legge n. 287/1990*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2001.

O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte del caso Manfredi*, in *Dir. Unione eur.*, 2007.

A. PALMIERI, *Quel che avanza dei diritti dei consumatori: una disciplina parziale e frammentaria (con qualche spunto interessante sul piano definitorio)*, in *La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011, n. 2011/83/UE)*, in *Foro it.*, 5, 2012.

G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.

R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, V, 2012.

R. PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro it.*, 2004.

R. PARDOLESI – C. MOTTI, *L'idea è mia: lusinghe e misfatti dell'economics of informations*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990.

R. PARDOLESI – A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Dir. priv.*, 1996.

A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Torino, 2007.

F. PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016.

G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

N. PECCHIOLI, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del Mercato*, *ibidem*, 2017.

R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, fasc. 5, 2012.

M. C. PERCHINUNNO, *Informazione e giusto prezzo: tutela del consumatore e tutela del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2012.

G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, 2013.

G. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 1, 2011.

G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.

P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001.

P. PERLINGIERI, *L’informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990.

S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustiziacivile.com*, 2014.

B. PEZZINI, *La regolamentazione economica tra Stato e regione*, in G. COCCO (a cura di), *L’economia e la legge*, Milano, 2007.

V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

V. PIETROBON, *L’errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999.

G. PINO, *Assenza di un obbligo generale di sorveglianza a carico degli Internet Service Providers sui contenuti immessi da terzi in rete*, in *Danno e Resp.*, 8 – 9/2004.

G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in *Conc. merc.*, 26, 2016.

F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *Contratti*, 2006.

S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016.

S. POLIDORI, *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, 2001.

C. PONCIBO', *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Europa*, 2007.

F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008.

F. PROSPERI, *La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole*, in R. FAVALE – B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, II, Napoli, 2003.

P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002.

P.M. PUTTI, (voce) *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, 1997.

R. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 2001.

N. RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2012.

A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974.

F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, I, 1994.

G. RECINTO, *Foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia statale o privata, dall'altro*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2016.

A. REICH, *The New Property*, in *The Yale Law University*, 73, 1964.

F. RENDE, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2012.

F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012.

A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999.

V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008.

I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che resta*, in *Contr. impr./Europa*, 2011.

S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.

R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, *ibidem*, 2001.

S. ROMANO, (voce) *Buona fede (dir.priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959.

F. RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Banca impresa soc.*, 2006.

V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno resp.*, 2008.

V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005.

V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2004.

V. ROPPO, *Contratti di diritto comune, contratti del consumatore, contratti con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *I contratti del 2000*, Torino, 2002.

V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 4, 1997.

V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006.

V. ROPPO – A. NAPOLITANO, (voce) *Clausole abusive*, in *Enc. giur. Treccani*, 1994.

N. ROSCOE POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 14 AM. LAW. 445 (1906).

G. ROSSI, (voce) *Pubblicità comparativa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., 1 agg., 2000.

G. ROSSI, *La pubblicità dannosa: concorrenza sleale, diritto a non essere ingannati, diritti della personalità*, Milano, 2000.

L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in M. A. SANDULLI (a cura di) *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.

L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2004.

L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1984.

F. ROSSI DAL POZZO, *La tutela del consumatore nell'applicazione delle norme di concorrenza dell'Unione*, su rivista.eurojus.it/la-tutela-del-consumatore-nell-applicazione-delle-norme-di-concorrenza-dellunione/.

G. ROSSOLINO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (Adr) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Diritto Unione Europea*, 2008.

J.E. RUSSO, *More information is Better: a Re-evaluation of Jacoby, Speller and Kohn*, in *Journal of Consumer Resaearch*, 1, 1974.

F. SACCARO – R. POLIDORI, *Inquadramento della mediazione nell'ambito delle Alternative Dispute Resolutions*, in judicium.it, 2016.

R. SACCO (voce) *Giustizia contrattuale*, in *Dig.disc. priv., sez. civ., agg.*, I, Torino, 2012.

R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993.

R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009.

- M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, III ed., Torino, 2017.
- M. SANTISE, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza. Cassazione civile, Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564*, in *Urb. app.*, 12/2015.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964.
- F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, in *Corr. giur.*, 2000.
- F. SCAGLIONE, *Responsabilità civile – “Responsabilità precontrattuale e flessibilità del sistema rimediale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7 – 8, 2016.
- V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001.
- D. L. SCAMMON, *Information Load and Consumers*, *The Journal of Consumer Research*, vol. 4, iss. 3, 1977.
- N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015.
- F. SCAVONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr./Europa*, 2014.
- A. SCIUME', *Il giurista e la certezza nell'aurora del terzo millennio*, in C. MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico*, Torino, 2017.

E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1, 2006.

E. SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, IV, 2002.

C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008.

O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

C. SHAPIRO – H. R. VARIAN, *Information Rules. Le regole dell'economia dell'informazione*, Milano, 1999.

E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999.

A. SIRAGUSA, *Sub art. 45*, in A. M. GAMBINO – G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014.

P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004.

N. SOLDATI, *L'arbitro per le controversie finanziarie presso la Consob (ACF)*, in *Contr.*, 2016.

R. STAELIN – J.W. PAYNE, *Studies of the information-Seeking Behaviour of Consumers*, in *Cognition and Social Behaviour*, Hillsdale, 1976.

S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004.

J.E. STIGLITZ, *Informazione, economia pubblica e macroeconomia*, Bologna, 2002.

J.E. STIGLITZ, *Information and the Change in the Paradigm of Economics, Prize Lecture*, 8 dicembre 2001.

G.J. STIGLER, *L'economia dell'informazione*, in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994.

G.J. STIGLER, *The Economics of Information*, in *The Journal of Political Economy*, 1961 (G.J. STIGLER, *L'economia dell'informazione*, in *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994).

G. TADDEI ELMI, *Art. 6*, in G. VETTORI (a cura di) *Codice del consumo*, Padova, 2007.

A. TARALLO – R. CANGIANO – P. MESSANA – I. POLITO – I. PERNA – D. SORVILLO – I. NASTI – M. QUARANTA – M. IASELLI, *MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 3/2014.

R. H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2009.

R. H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, in *93 The American Economic Review*, 2, 2003.

R. H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *70 Univ. Chicago L. Rev.*, 4, 2003.

M. TARUFFO, (voce) *Procedura civile (codice di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, 1996.

M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004.

L. TONELLI, *Intesa antitrust e risarcimento dei danni*, in *Resp. civ. prev.*, 2002.

- A. TRABUCCHI, (voce) *Dolo (dir. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, 1960.
- A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.
- E. M. TRIPODI – C. BELLI, *Codice del consumo. Commentario del D.Lgs. 206/2005 e successive modifiche e integrazioni*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2008.
- N. TROCKER, *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. FAZZALARI, *Diritto Processuale Civile e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.
- G. TROPEA, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in M. CAFAGNO – G. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016.
- J. TRZASKOWSKI, *Behavioral Economics, Neuroscience and the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011.
- C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forme negoziali*, Napoli, 1999.
- L. VALENTINO, *Violazione di situazioni giuridiche soggettive di matrice comunitaria: decentrati solo gli obblighi o anche le garanzie?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002.
- L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. impr./Europa*, fasc. 2, 2000.
- G. VETTORI, *Codice del consumo*, sub art. 1, Padova, 2007.
- G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.

G. VETTORI, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002.

V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *NGCC*, 2012.

V. VIGORITI, *Europa e mediazione. Problemi e soluzione*, in *Contr. impr./Europa*, 2011.

V. VIGORITI, *E-commerce e tutela giurisdizionale*, in *NGCC*, 2002.

G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 3, 2015.

G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

W. VIRGA, *Informazione e consenso*, Torino, 2010.

G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987.

G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

F. VOLPE, (voce) *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg. I*, 2007.

F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

C. VON BAR – E. CLIVE – H. SCHULTE-NOLKE (a cura di), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Berlin, 2009.

T. VORHEES – D. SPIEGEL – D. COOPER, *Neuromarketing: Legal and Policy Issues. A Convington White paper*, 2012 consultabile al sito www.cov.com.

S. WEATHERILL, *Who is the “Average Consumer?”*, in S. WEATHERILL – U. BERNITZ (a cura di), *The Regulation of Unfair Commercial Practises under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Oxford, 2007.

V. ZENO ZENCOVICH, (voce) *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. IX, Torino, 1993.

A. ZITO, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. giur., Annali III*, Milano, 2010.

A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 518 ss.

N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, pp. 549 ss.

S.D. WARREN – L.D. BRANDAIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193 ss.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cass. civ., 18 ottobre, 1980, n. 5610

Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18

Cass. civ., 16 ottobre 1998, n. 10249

Cass. civ., 2 novembre 1998, n. 10926

Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775

Trib. Parma, 6 luglio 1995

Corte di giustizia dell'Unione europea, 7 marzo 1999, C-362/88.

Cass. civ., 29 marzo 1999, n. 2956

Cass. civ., 14 luglio 2000, n. 9321

Cass. civ., 6 giugno 2002, n. 8222

Cass. civ., 25 settembre 2003, n. 14234

Trib. Mantova, 1° dicembre 2004

Trib. Venezia, 22 novembre 2004

Trib. Genova, 15 marzo 2005

Trib. Roma 31 marzo 2005

Cass. civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024

Trib. Milano, 26 aprile 2006

Trib. Foggia, 30 giugno 2006

Trib. Trani, 10 ottobre 2006

Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725

Cass. civ., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828

Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248

Corte di Giustizia dell'Unione europea, 17 ottobre 2013, C-218/12

Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77

Cass. civ., 6 maggio 2016, n. 9140

Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188

Cass. civ., ord. 19 gennaio 2018, n. 1465