



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI
DIRITTO ED ECONOMIA DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE

Dottorato di ricerca: DIRITTO ROMANO, TEORIA DEGLI ORDINAMENTI E
DIRITTO PRIVATO DEL MERCATO

Curriculum: DIRITTO DEI CONTRATTI ED ECONOMIA D'IMPRESA

XXVIII CICLO

Tesi di Dottorato

**L'USO DI CLAUSOLE VESSATORIE COME PRATICA
COMMERCIALE SCORRETTA**

TUTOR:
CH.MO PROF. SALVATORE ORLANDO

DOTTORANDO:
DOTT. FRANCESCO BERNARDI

Ai miei Genitori

CAPITOLO I

INTRODUZIONE: LA DIRETTIVA 93/13/CEE E LA DIRETTIVA 2005/29/CE NEL DIRITTO DEL CONSUMO.

1. Introduzione. Il metodo.....	5
2. La direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 e il codice del consumo (D. Lgs. 206/2005). L'ambito di applicazione e la trattativa individuale.....	9
2.1 (<i>Segue</i>) La clausola generale di abusività (<i>rectius</i> : vessatorietà). La buona fede.....	17
2.2 (<i>Segue</i>) I rimedi e il nuovo art. 37 <i>bis</i> cod. cons.....	23
3. La direttiva 29/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 per il nuovo diritto delle pratiche commerciali sleali. Ambito di applicazione.....	28
3.1 (<i>Segue</i>) L'architettura della disciplina sulle pratiche commerciali sleali (<i>rectius</i> : scorrette). Rinvio.....	38
3.2 (<i>Segue</i>) I rimedi e la tutela dei consumatori collettivamente considerati.....	45

CAPITOLO II

UN PRIMO CONFRONTO: UNA DIVERSA PROSPETTIVA PER DIVERSI EFFETTI.

1. Il mutamento di prospettiva: dal consumatore «individuale» al consumatore «medio». Dall'«atto» all'«attività».....	52
2. Ancora sul distinto piano di rilevanza delle due discipline: l'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE e il nesso con il diritto dei contratti.....	62
3. (<i>Segue</i>) L'incidenza di una pratica commerciale sleale sulla natura abusiva di una clausola. Il caso <i>Jana Pereničová e Vladislav Perenič</i> contro <i>SOS financ spol. s r. o.</i> e la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I [^] , del 15/03/2012, C-453/10.....	69

CAPITOLO III

LA PRATICA DELL'«UTILIZZO» DI CLAUSOLE VESSATORIE COME PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA.

1. La dimensione super-individuale della direttiva 1993/13/CEE. L'«utilizzo» di clausole abusive come «pratica commerciale».....	78
2. La slealtà/scorrettezza della pratica di «utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie. Premessa.....	85
2.1 (<i>Segue</i>) La contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio di una pratica commerciale.....	88
2.2 (<i>Segue</i>) Il caso dell'«utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie e la loro potenzialità «ingannevole» nella fase esecutiva del rapporto contrattuale.....	99
3. Il caso dell'uso di clausole non «chiare» e «comprensibili» (<i>ex artt. 5 della direttiva 1993/13/CEE e 35, comma 2°, cod. cons.</i>) come «omissione ingannevole» (<i>ex artt. 7, para 2 e 4, della direttiva 2005/29/CE e 22, commi 2° e 4°, cod. cons.</i>).....	105

CAPITOLO IV

L'ESIGENZA DI UN COORDINAMENTO: LA DIMENSIONE TRASVERSALE DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE E LA COERENZA DEL DIRITTO DELLE PRATICHE COMEMRCIALI SLEALI.

1. Il problema.....	113
2. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani.....	119
3. (<i>Segue</i>) La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° <i>bis</i> dell'art. 27 cod. cons. Le sentenze “gemelle” nn. 3-4/2016 dell'Adunanza plenaria e la (tardiva) rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.....	128

4. Il caso del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 1993/13/CEE. Considerazioni critiche.....	144
5. Conclusioni.....	152
BIBLIOGRAFIA.....	155

CAPITOLO I

INTRODUZIONE: LA DIRETTIVA 93/13/CEE E LA DIRETTIVA 2005/29/CE NEL DIRITTO DEL CONSUMO.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il metodo; 2. La direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 e il codice del consumo (D. Lgs. 206/2005). L'ambito di applicazione e la trattativa individuale; 2.1 (Segue) La clausola generale di abusività (*rectius*: vessatorietà). La buona fede; 2.2 (Segue) I rimedi e il nuovo art. 37 bis cod. cons. 3. La direttiva 29/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 per il nuovo diritto delle pratiche commerciali sleali. Ambito di applicazione; 3.1 (Segue) L'architettura della disciplina sulle pratiche commerciali sleali (*rectius*: scorrette). Rinvio. 3.2 (Segue) I rimedi e la tutela dei consumatori collettivamente considerati.

1. Introduzione. Il metodo.

La direttiva 1993/13/CEE «concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori» e la direttiva 2005/29/CE «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno» costituiscono, senza timore dell'enfasi, due tra i più significativi e rivoluzionari interventi del legislatore europeo spesi nel tentativo di *sistemazione* del «diritto del consumo»¹.

¹ Si intende preferire la locuzione «diritto del consumo», piuttosto che quella di «diritto dei consumatori», e tanto sulla scorta dell'insegnamento di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 17 ss. L'attributo «consumatore» – spiega l'Autore (p. 21) – ha invero un'intonazione più sociologica che giuridica», valendo esso a «individuare in termini soggettivi l'atto di consumo», più che una «precisa categoria tecnico-giuridica». «In conclusione, gli interventi normativi determinati dalle fonti comunitarie dimostrano un tale grado di frammentarietà e settorialità da rendere improbabile, se non arbitrario, intraprendere un processo di generalizzazione volto alla costruzione d'una categoria giuridica definita e univoca, che metta capo a un autonomo soggetto di diritto: il consumatore. A tale stregua si deve affermare che consumatore non significa nient'altro dal comune soggetto di diritto, rispetto al quale trovano applicazione certe tutele in relazione alle *modalità oggettive* del suo *operare* nel traffico giuridico, con i limiti e per le finalità caratterizzate da un particolare ambito di rilevanza. Perciò l'attenzione finisce con il concentrarsi sulle specifiche finalità perseguite dalle regole poste a tutela del privato» (pp. 21-22).

Di là del diverso ambito di operatività e della diversa forza armonizzante, le due direttive in commento sono state, invero, le prime – nonché, a oggi, anche le uniche² – a recare discipline dalla dimensione «orizzontale»: la direttiva 1993/13/CEE si proponeva di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'utilizzo da parte dei professionisti di clausole abusive in *tutti* i contratti stipulati con i consumatori³, indipendentemente cioè dalla modalità di contrattazione, dall'oggetto e dalla causa del contratto; del pari, la direttiva 2005/29/CE si proponeva di armonizzare la disciplina relativa a *tutte* le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (cd. *business to consumers* – anche “B2C”) poste in essere prima, durante e dopo (la conclusione di) un'operazione commerciale relativa a un qualsivoglia prodotto, a prescindere dal settore economico di riferimento e dalla natura dei beni o servizi offerti dal professionista⁴.

Detta condivisa caratteristica “sistemica” delle due direttive si riflette con evidenza anche nella tecnica normativa – la medesima, non a caso – con cui il legislatore europeo ha inteso strutturare i rispettivi impianti normativi. Ciò nel

² Non si ritiene di poter considerare a carattere «orizzontale» o «trasversale» la direttiva 2011/83/UE (cd. *Consumers Rights*), recepita nell'ordinamento italiano con il D.lgs. n. 21/2014, giacché, diversamente dalla proposta originaria della Commissione di delineare una sorta di statuto dei diritti del consumatore, nella sua versione finale essa si è limitata a introdurre una disciplina destinata a trovare applicazione ai soli contratti a distanza (sostituendo la direttiva 85/577/CEE), ai contratti negoziati fuori di locali commerciali (sostituendo la direttiva 97/7/CE), ai contratti di vendita e di servizi (nei termini S. PERUGINI, *Dei diritti dei consumatori nei contratti*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, Torino, 2015, pp. 87-88).

³ Cfr. Art. 1, para 1, e *considerando* 10 della direttiva n. 93/13/CEE; cfr. V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria – Atti del convegno di studi sul tema 'Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993'*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1994, pp. 83 ss., secondo il Quale la direttiva 93/13/CEE veniva a collocarsi su di un «piano generale», al livello cioè «del sistema del diritto dei contratti»; essa - prosegue l'A. - «concorre, infatti – come ulteriore, notevolissima tessera – a comporre il mosaico dei nuovi interventi normativi»; negli stessi termini ID., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Le ragioni del diritto – Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Vol. I, 1995, Milano. pp. 689 ss.; cfr. altresì L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi in Italia*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., pp. 8-9; G. BERTI DE MARINIS, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, II, p. 615.

⁴ Art. 3, para 1, direttiva n. 2005/29/CE; cfr. S. ORLANDO, *Le informazioni*, Padova, 2012, p. 98, il Quale riconosce la portata innovativa della direttiva 2005/29/CE, il cui «carattere generale» e il cui obiettivo della armonizzazione completa hanno attribuito «unità ed identità normativa» a una materia prima oggetto di sole normative settoriali; cfr. S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 162.

senso che la comune dimensione trasversale delle discipline non poteva non imporre che le valutazioni di abusività (*rectius*: vessatorietà) e slealtà (*rectius*: scorrettezza) si imperniassero su clausole di portata «generale»: come in base alla disciplina recata dalla direttiva 1993/13/CEE, le cui norme di attuazione oggi sono contenute negli artt. 33 ss. del D.lgs. 206/2005 (Codice del consumo), sono vessatorie *tutte* le clausole contenute nei contratti tra professionisti e consumatori che *i*) non siano state oggetto di trattativa individuale e che *ii*), «malgrado la buona fede», abbiano determinato a carico del consumatore «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»⁵; così, in base alla direttiva 2005/29/CE, le cui norme di attuazione si rinvengono oggi agli artt. 18 ss. cod. cons., sono sleali *tutte* le pratiche commerciali *business to consumers* che siano *i*) contrarie alla diligenza professionale e che *ii*) falsino o siano idonee 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 sia diretta a un determinato gruppo di consumatori»⁶.

Può, allora, senz'altro condividersi l'opinione di Quanti ha efficacemente rilevato come le due direttive in esame costituiscono i due grandi pilastri del sistema europeo recanti le regole, *i.e.* gli *standard* comportamentali, cui i professionisti debbono attenersi nella promozione, istaurazione e esecuzione di qualsivoglia rapporto commerciale con i consumatori; «un *sistema* che – è stato felicemente osservato – d'ora in poi sarà essenzialmente imperniato su due fondamentali divieti: il divieto di inserire (unilateralmente e senza «trattativa individuale») clausole abusive nei regolamenti negoziali destinati a disciplinare i rapporti contrattuali intercorrenti con consumatori e il divieto di ricorrere a

⁵ Così, precisamente, recita l'art. 3, para 1, della direttiva 1993/13/CEE: «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»; cfr. art. 33, comma 1°, del D.lgs. 206/2005.

⁶ Così l'art. 20, comma 2°, cod. cons.; cfr. artt. 5, para 2, della direttiva 2005/29/CE. Sul valore della clausola generale di slealtà e sul rapporto con le fattispecie “particolari” di pratiche commerciali ingannevoli e pratiche commerciali aggressive, v. *infra*, § 3.1.

«pratiche commerciali sleali» per promuovere l'istaurazione o in sede di esecuzione di tali rapporti»⁷.

È proprio una siffatta attitudine di queste due direttive, tale da erigerle a riferimento essenziale di ogni strategia di mercato per le imprese che vogliono operare nello spazio unico europeo, a stimolare un'indagine che non si limiti a trattarle isolatamente e separatamente, ma che piuttosto, in una prospettiva per così dire "ordinante", sia per l'appunto in grado di coglierne la dimensione di *sistema*. E in tale prospettiva, l'interprete non potrà non sforzarsi di tentare – come in effetti i più attenti hanno tentato – un coordinamento tra le direttive in esame con ogni altro atto normativo europeo a esse preesistente e successivo; nonché, e anzi prim'ancora, un coordinamento tra le due stesse «direttive-pilastro» nn. 1993/13/CEE e 2005/29/CE.

Dopo tutto, un tale approccio – si crede – costituisce oggi un'esigenza ineludibile, ove si tenga debitamente a mente che gli interventi normativi dei primi decenni di politiche europee del consumatore hanno concepito, in ragione della loro specificità, una disciplina frammentaria, venutasi a comporre «gradualmente e asistematicamente»⁸. È nota, in questo senso, la tendenza fatta propria dal legislatore europeo (e, appresso, di quello italiano), che negli anni si è principalmente adoperato a «ricomporre l'esistente» piuttosto che a «disegnare il futuro»⁹, mostrandosi più preoccupato di rispondere a esigenze economiche e

⁷ Così G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di ID., Torino, 2007, pp. 124-125.

⁸ Nei termini L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi in Italia*, cit., p. 7. Ci riferiamo, in particolare, al periodo che l'A. descrive come «prima fase» dell'evoluzione delle politiche dei consumatori, caratterizzata da interventi che incidono sui diversi segmenti nei quali si articola il rapporto individuale tra il consumatore e il professionista; cfr. altresì V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria – Atti del convegno di studi sul tema 'Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993'*, cit., p. 83, il Quale, nel commentare la portata innovativa della direttiva 93/13/CEE, definisce «alluvionale» il ritmo con cui si sono accumulati i precedenti interventi normativi. Nel complesso, osserva l'A. (p. 84), si tratta di «un imponente materiale normativo che si carica tutto insieme sul tavolo dello studioso del diritto contrattuale, obbligandolo a un complicato lavoro di analisi, di ricostruzione, di risistemazione».

⁹ Le espressioni sono sempre di L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, f. 3, p. 685; cfr. G. GANDOLFI, *Per l'assetto normativo del mercato interno europeo: proposte e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 400 ss.

sociali estemporanee di una realtà complessa e in continuo mutamento, e dunque per lo più «attento a problemi contingenti ai quali intende dare una risposta immediata»¹⁰, che non di soddisfare esigenze sistematiche¹¹.

In questa prospettiva, il presente contributo – dopo un breve ricognizione in ordine a portata e ambito di applicazione delle direttive n. 1993/13/CEE in materia di clausole abusive e n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali cd. *B2C* – tenterà di illustrare come i rispettivi impianti normativi interagiscono e si coordinano tra loro, sia là dove essi convivono¹², sia là dove i rispettivi ambiti di azione si sovrappongono¹³.

2. La direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 e il codice del consumo (D. Lgs. 206/2005). L'ambito di applicazione e la trattativa individuale.

La direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993¹⁴, «concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori»¹⁵, ha segnato – come

¹⁰ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 685; cfr. ID., *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. notariato*, 2009, f. 1, pp. 11 ss., la Quale efficacemente rileva come il sistema non rappresenta più «un qualcosa di «dato», un «*prius*» posto dal potere legislativo, che funge da indirizzo certo per la soluzione dei diversi problemi che si vengono a porre in concreto. Esso, semmai, rappresenta il «risultato» che emerge dal raffronto, frutto di un'opera di coordinamento, delle diverse risposte che il legislatore ha dato per la soluzione dei problemi specifici».

¹¹ Sul delicato ruolo dell'interprete si veda già S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, pp. 667 ss.

¹² V. *infra*, Cap. 2.

¹³ Per tale profilo v. *infra*, Capp. 3-4.

¹⁴ G.U.C.E., n. L. 095 del 21 aprile 1993, pp. 29 ss.

¹⁵ La letteratura sul tema è molto vasta. In commento alla direttiva 93/13/CEE v. A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, pp. 467 ss.; G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 635 ss.; V. ROPPO – G. NAPOLITANO, *Clausole abusive*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VI, Roma, 1994, pp. 1 ss.; R. PARDOLESI, in *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 523 ss.; L. PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, I, 1995, pp. 347 ss. In commento alla normativa di recepimento, di cui agli artt. 33 ss. D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (già artt. 1469 *bis* ss. c.c.), v. AA.VV., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1996; E. ROPPO, *Clausole vessatorie*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VI, Roma, 1996, pp. 1 ss.; AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996; V. CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996, 3, pp. 248 ss.; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina. Commento alla l. 6 febbraio 1996 n. 52*, in *Notariato*, 1996, pp. 284 ss.; AA.VV., *Clausole "vessatorie" e "abusive" – Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, a cura di U.

anticipato – una vera e propria svolta nella disciplina dei contratti del consumatore. Essa, alla data della sua adozione, rappresentava senza alcun dubbio l'intervento legislativo comunitario più importante in materia di disciplina dell'attività di impresa e di tutela dei consumatori¹⁶.

Per tutto il periodo antecedente la sua entrata in vigore, gli interventi normativi europei di protezione del consumatore avevano invero recato discipline di tipo «verticale», aventi a oggetto per lo più singoli tipi negoziali o singole tipologie di operazioni «merceologicamente» individuate, in quanto riferite a specifici settori di mercato o a determinati beni e servizi (contratti turistici, assicurativi, bancari, di intermediazione finanziaria, ecc.)¹⁷. La direttiva sulle clausole abusive inserite nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori si connotava, per contro, per recare una disciplina di tipo «orizzontale», avendo a riferimento modalità di contrattazione e contenuti negoziali in potenza riscontrabili, indistintamente, in ogni operazione negoziale e nei più vari settori del mercato.

Mosso dalla preoccupazione che le «notevoli disparità» tra le legislazioni nazionali in materia di protezione del consumatore avverso le clausole imposte e predisposte dal professionista potesse determinare gravi «distorsioni di concorrenza»¹⁸, nonché dal connesso obiettivo di stimolare le transazioni

RUFFOLO, Milano, 1997; AA.VV., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469-bis – 1468-sexies del codice civile*; a cura di G. ALPA – S. PATTI, Milano, 1997; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 5 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 45 ss.; AA.VV., *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. BIANCA – F.D. BUSNELLI, Padova, 1999; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Vol. 3, Milano, 2000, pp. 373 ss.; E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000; AA.VV., *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003; AA.VV., *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI – E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Vol. 3, Torino, 2005; AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA – L. ROSSI CARLEO, Napoli, 2005; AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007; AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008; AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013; F. RICCI, *I contratti del consumatore: le clausole vessatorie*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., pp. 47 ss.;

¹⁶ G. ALPA, *Codice del consumo. Commentario*, a cura di ID. – L. ROSSI CARLEO, cit., p. 25.

¹⁷ Così E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 1.

¹⁸ Cfr. *considerando 2*.

commerciali a livello transnazionale¹⁹, il legislatore europeo ha così elaborato un nucleo minimo di «regole uniformi», valedoli in tutti gli Stati membri e per tutti i contratti stipulati tra professionisti e consumatori (cd. mercato finale)²⁰. La tecnica normativa adoperata è stata, precisamente, quella della cd. armonizzazione minima, col che rimanendo consentito agli Stati membri di adottare o mantenere disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un più elevato livello di protezione per il consumatore²¹.

Nell'ordinamento italiano - come noto - la direttiva 1993/13/CEE è stata dapprima recepita, ai sensi dell'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, con l'introduzione di un gruppo di disposizioni, gli artt. 1469-*bis* ss., inserite nel (nuovo) Capo XIV-*bis* del codice civile, rubricato "Dei contratti del consumatore"²². Con l'introduzione del codice del consumo, le disposizioni di attuazione della direttiva sono poi confluite, con la medesima formulazione e lo stesso contenuto precettivo, negli artt. 33 ss. (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), mentre l'art. 1469-*bis* c.c. si è trasformato in una norma di raccordo tra la disciplina del codice civile e quelle a tutela del consumatore contenute nel codice del consumo o in altre disposizioni settoriali²³. Quanto alla tecnica legislativa impiegata dal legislatore italiano, sin da un prima e rapida lettura delle disposizioni, emerge che il tenore letterale delle stesse ricalca quasi

¹⁹ Cfr. *considerando* 7, ove si legge che l'eliminazione delle clausole abusive dai contratti con i consumatori faciliterà i venditori di beni e i prestatori di servizi «nelle loro attività commerciali sia nel proprio Stato che in tutto il mercato unico» e stimolerà «la concorrenza, contribuendo così a maggiori possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori».

²⁰ Cfr. *considerando* 10.

²¹ Cfr. *considerando* 12 e art. 8: «Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

²² Per un'analitica illustrazione dell'*iter* parlamentare v. G. ALPA, *Introduzione*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli artt. 1469-bis – 1468-sexies del codice civile*; cit., pp. XXXII ss.; E. ROPPO, *o.u.c.*, pp. 1-2.

²³ L'attuale art. 1469-*bis* c.c., come modificato dall'art. 142 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, così recita: «Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore». Si ritiene che la funzione della norma sia quella di dettare i criteri mediante i quali risolvere eventuali antinomie che si dovessero riscontrare fra una disposizione del Titolo II del Libro IV c.c. e una disposizione del codice del consumo o di altri provvedimenti normativi (cfr. A. ZACCARIA, sub art. 1469 bis, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. CIAN, Padova, 2014, pp. 1618-1619; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, n. 2, 2006, p. 172-173).

pedissequamente, anche là dove non risultava necessario, quello delle disposizioni della direttiva, secondo un prassi legislativa oramai collaudata nel recepimento delle direttive europee e che spesso – e a ragione – è stata tacciata di superficialità e ruvidezza stilistica²⁴. L'unico spunto terminologico degno di nota del legislatore nazionale ha visto l'utilizzo del termine «vessatorie» in luogo del termine «abusive»; una scelta, questa, che ai più è sembrata venata da un certo nazionalismo linguistico²⁵, dettata cioè dall'idea di evocare una sorta di continuità con la normativa portata dagli artt. 1341, comma 2°, e 1342 c.c., relativa per l'appunto a clausole anch'esse tradizionalmente – anche se non normativamente – definite «vessatorie».

L'ambito di applicazione della disciplina è limitato, sul piano soggettivo, ai soli contratti intercorrenti tra le due categorie del consumatore e professionista (artt. 1, para 1, direttiva 1993/13/CEE e 33, comma 1°, cod. cons.), come definite - nella sostanza in modo corrispondente alla definizioni date dalla direttiva all'art. 2, lett. a) e b)²⁶ - dall'art. 3, lett. a) e c), cod. cons. (già art. 1469-bis, comma 2°, c.c.). Il consumatore²⁷, precisamente, è «la persona fisica che agisce per scopi

²⁴ Molto critico è U. RUFFOLO, *Le problematiche generali*, in *Clausole "vessatorie" e "abusive" – Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, cit., p. 7. In commento agli artt. 1469-bis ss., l'A. osserva come la portata innovativa della novella codicistica avrebbe meritato ben altra attenzione e cura nella sua formulazione: «la novella precipuamente consiste in mera – e talora errata – traduzione del testo linguistico della direttiva da attuare; addirittura calata come corpo brutto all'interno del codice civile».

²⁵ Così E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 2. L'A. ricorda, invero, che il termine «abusive» era senz'altro il più accreditato a livello internazionale (sotto l'influenza delle discipline tedesca e francese), come peraltro dimostra che lo stesso è stato poi utilizzato dalla versione italiana della direttiva 1993/13/CEE (cfr. artt. 2, lett. a), e 3, para, 1).

²⁶ Queste le definizioni di cui all'art. 2, lett. b) e c) della direttiva 1993/13/CEE: consumatore è «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale»; professionista è «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce nel quadro della sua attività professionale, sia essa pubblica o privata».

²⁷ L'art. 3, lett. a), per la verità, contiene il riferimento alle figure di «consumatore» e «utente». Al riguardo, è stato rilevato come l'impiego nella definizione della congiunzione disgiuntiva «o» da parte del legislatore sembrerebbe suggerire che il significato e la portata dei due termini siano identici (così E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010, p. 36). Altri, invece, muovendo dal rilievo che in tutte le altre disposizioni del codice il termine «utente» è accostato al termine «consumatore» dalla congiunzione «e», ritiene che l'incertezza terminologica possa essere superata attribuendo alla figura dell'«utente» la funzione di designare le persone fisiche che usufruiscono di servizi pubblici. Gli «utenti» non sarebbero, cioè, altro che una *species* del più ampio *genus* «consumatori», rispetto al quale si specificherebbero in forza della natura pubblica del servizio di cui sono destinatari (così G. DE CRISTOFARO, sub. art. 3, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 65).

estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»²⁸; professionista è, invece, «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale, ovvero un suo intermediario»²⁹.

Sotto il profilo oggettivo, s'è detto che la disciplina prescinde dal tipo contrattuale o dallo specifico settore dell'attività professionale³⁰. Avuto riguardo alla ragione della normativa - che introduce un controllo sostanziale dei contratti contro gli abusi di chi ha il potere di predisporre e imporre il contenuto³¹ - il suo ambito di operatività è però da circoscriversi alle sole clausole che siano state

²⁸ Secondo il costante orientamento della giurisprudenza (di legittimità e merito), per escludere che un contratto possa essere qualificato come «contratto del consumatore» non è indispensabile che sia stato stipulato «nell'esercizio» dell'attività imprenditoriale o professionale, essendo per contro sufficiente che sia stato posto in essere per uno «scopo connesso all'esercizio» di siffatte attività. È invece sempre «del consumatore» il contratto che sia stato posto in essere dal soggetto che, ancorché esercitante un'attività imprenditoriale o professionale, abbia agito per il soddisfacimento di bisogni privati (personale o familiare) o di esigenze della vita quotidiana. Cfr., tra i più recenti pronunciamenti, Giudice di pace Milano Sez. III, 04/05/2017; Trib. Nuoro, 12/10/2015; Cass. civ. Sez. VI - 3 Ordinanza, 12/03/2014, n. 5705; Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza, 28/08/2012, n. 14679; Cass. civ. Sez. VI Ordinanza, 14/07/2011, n. 15531; tutte in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>. In dottrina v. G. CHINÈ, sub art. 3, in *Codice del consumo*, cit., p. 19. Non sembra dunque aver trovato accoglimento l'opinione di quella dottrina secondo cui «contratto del consumatore» è anche quello che, pur essendo stipulato nel quadro dell'attività professionale o imprenditoriale, si ponga rispetto a tali attività in un rapporto di strumentalità meramente occasionale (cfr. E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI - E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO - E. GABRIELLI, cit., p. 21). Quanto ai contratti stipulati per «finalità promiscue» o «scopi misti», la Corte di Giustizia ha escluso che questi possano essere imputati a un «consumatore» (Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2005:32), 20/01/2005, C-464/01, in <http://curia.europa.eu>).

²⁹ Si ritiene che ai fini della qualificazione come «professionista» rilievo decisivo assumono le caratteristiche dell'attività nell'esercizio della quale viene concluso il contratto: l'attività deve *i*) avere natura economica, *ii*) essere connotata da abitualità, ovvero svolta in modo non occasionale e *iii*) essere connotata da un minimo di organizzazione (così G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 80 ss.). Si considera altresì «professionista» colui il quale abbia contratto nello svolgimento di attività preparatorie e strumentali rispetto a una futura attività imprenditoriale o professionale (cfr. Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:1997:337), 03/07/1997, C-269/95, in <http://curia.europa.eu>).

³⁰ A tal riguardo, deve rilevarsi che, già con l'art. 25 della l. 21 dicembre 2012, n. 526 («Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 1999»), è stato eliminato l'inciso che limitava l'ambito di applicazione della disciplina al contratto «che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi» e che, nell'originaria formulazione dell'art. 1469-*bis*, era inserito immediatamente dopo il termine «professionista». La detta soppressione, precisamente, si è resa necessaria per adeguare il testo normativo alle indicazioni della Commissione Europea (cfr. procedura di infrazione n. 98/2026 ex art. 169 del Trattato di Roma) che aveva ritenuto la formulazione nazionale limitativa dell'ambito di tutela del consumatore (cfr. G. ALPA - S. PATTI, *Introduzione*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis - 1469-sexies*, a cura di IDD., cit., pp. 12 ss.).

³¹ Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, cit., p. 377.

predisposte *unilateralmente* dal professionista, costituiscano o meno esse «condizioni generali di contratto» (*ex art. 1341 c.c.*). La disciplina di protezione del consumatore contro le clausole abusive, in altri termini, muove dalla empirica constatazione che la capacità di predisporre e imporre unilateralmente il contenuto del regolamento contrattuale da parte del professionista/contraente «forte» spesso impedisce al consumatore/contraente «debole» di compiere una scelta libera, informata e (dunque) razionale, così costringendolo a un regolamento «squilibrato». È invece irrilevante, di per sé³², che le clausole unilateralmente predisposte sia utilizzate dal professionista per regolare una serie indefinita di rapporti contrattuali omogenei³³; anche se appare innegabile – come mostra costantemente la prassi – che la disciplina è destinata a operare per lo più proprio nel campo delle condizioni generali di contratto, là dove, in ragione delle esigenze imposte dai frenetici ritmi della moderna produzione di massa, il regolamento contrattuale non è normalmente oggetto di negoziato tra le parti³⁴.

³² La circostanza che determinate clausole vengano utilizzate per disciplinare in modo uniforme tutti i rapporti del professionista non incide, di per sé, sulla natura vessatoria delle stesse. Essa, piuttosto, introduce un particolare regime della prova ai fini dell'accertamento della vessatorietà: se in virtù della regola generale di ripartizione della onere probatorio (art. 2967 c.c.), il consumatore che voglia far valere la vessatorietà di una clausola è tenuto a provare il fatto della sua unilaterale predisposizione, nell'ipotesi in cui questa sia inserita in condizioni generali di contratto sarà il professionista, *ex art. 34*, comma 5°, cod. cons., a dover provare che le clausole siano state negoziate. Opera cioè un'inversione dell'onere della prova, fondata su di una presunzione legale relativa concernente l'assenza di negoziato (cfr. P. SIRENA, sub *art. 1469-ter*, 5°, comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, cit., pp. 1007-1008; S. MONTICELLI, sub *art. 1469 ter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, cit., p. 419; A. BARENGHI, sub *art. 34*, in *Codice del consumo*, cit., p. 225).

³³ La disciplina recata dalla direttiva 93/13/CEE è «disciplina dei contratti per adesione, non necessariamente dei contratti standard» (così. E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 3)

³⁴ Cfr. C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 375. È proprio il frequente ricorso da parte degli operatori professionistici a modelli contrattuali uniformi a determinare la coesistenza della disciplina consumeristica con quella codicistica (*ex artt. 1341-1342 cod. civ.*); sul distinto ambito di applicabilità delle due discipline e sulla possibilità di un loro concorso, v. in giurisprudenza, per tutte, Cass. civ. Sez. III, 20/03/2010, n. 6802, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 407, secondo cui: «La disciplina di tutela del consumatore posta dagli art. 33 e ss. d.lg. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. Codice del consumo) prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, che di contratto singolarmente predisposto. Infatti, detta disciplina è volta a garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso sostanziantesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, con la conseguenza che la vessatorietà della clausola può ben attenere anche al rapporto contrattuale che sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare (come nella specie, concernente un contratto di appalto privato di lavori di ristrutturazione di un immobile), risultando,

Sul piano oggettivo, pertanto, l'assenza di trattativa individuale si atteggia – come è stato rilevato – a presupposto applicativo (negativo) della disciplina di protezione del consumatore, quale elemento valevole cioè a definire in negativo il campo di applicazione della tutela³⁵. E in questo senso sembrerebbe dover essere inteso l'inciso di cui all'art. 3, para 1, della direttiva 1993/13/CEE («Una clausola contrattuale, *che non è stata oggetto di negoziato individuale [...]*»)³⁶, in tal guisa volendo il legislatore europeo escludere in radice dallo spettro di applicazione della regola le clausole individualmente negoziate³⁷.

Non si è compresa, per contro, la diversa scelta operata dal legislatore nazionale, il quale, abbandonando la traccia formale e l'impostazione di fondo della direttiva 1993/13/CEE, ha inserito la corrispondente previsione non tra gli elementi della fattispecie che ne definiscono il campo di applicazione, bensì all'interno della disposizione (art. 34, comma 4°, cod. cons.; già art. 1469-ter, comma 4°, c.c.) che disciplina le modalità di «accertamento della vessatorietà»³⁸. È proprio in forza di tale diversa prospettiva formale adottata dal legislatore italiano che il negoziato individuale, anche alla luce del tenore letterale dell'*incipit* dell'art. 33, comma 4° («Non sono vessatorie...»), è a taluni parso rappresentare uno degli elementi incidenti sulla valutazione della natura vessatoria della clausola, come fosse una sorta di «qualità redimente»³⁹ o «fattore impeditivo»⁴⁰ della vessatorietà.

quindi, categoria diversa dall'onerosità ex art. 1341, comma 2, c.c., con cui concorre unicamente nell'ipotesi, per l'appunto, di contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti». In dottrina, sul doppio concorrente controllo (formale e sostanziale), v. A. BARENGHI, sub art. 33, in *Codice del consumo*, cit., pp. 223-224; E. ROPPO, *o.u.c.*, pp. 13-14; C.M. BIANCA, *o.u.c.*, pp. 375-376.

³⁵ L'espressione è di M. FARNETI, sub art. 34, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 386 ss.

³⁶ Così, per intero, l'art. 3, para 1: «Una clausola contrattuale, *che non è stata oggetto di negoziato individuale*, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto» (il corsivo è nostro).

³⁷ Cfr. M. FARNETI, *o.u.c.*, p. 386.

³⁸ M. FARNETI, *o.u.l.c.*

³⁹ Così R. PARDOLESI, in *o.u.c.*, pp. 529 ss. e, precisamente, p. 531.

⁴⁰ cfr. E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 9; C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 380; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 947 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd.*

La tesi non è sembrata però convincente ai più, i quali, muovendo dal rilievo che per l'art. 3, para 1, della direttiva (come anche per l'art. 33, comma 1°, cod. cons.) il carattere vessatorio di una clausola è fatto dipendere esclusivamente dal «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», hanno condivisibilmente osservato come l'assenza (o la presenza) di una trattativa individuale non può dirsi assurgere a elemento costitutivo (o impeditivo) della vessatorietà della clausola, quanto piuttosto, e più semplicemente, a elemento o presupposto determinante (o meno) l'operatività della disciplina⁴¹. Tale orientamento appare maggiormente condivisibile posto che meglio coglie – si crede – la *ratio* della disciplina in esame, volta com'è a tutelare la pienezza e l'integrità dell'autonomia privata del consumatore; esigenza di protezione, questa, che, per converso, viene meno proprio in presenza di una trattativa individuale, la cui effettiva conduzione e positiva conclusione fanno ritenere «integra» l'autonomia negoziale del consumatore⁴². «La regolamentazione dell'assetto di interessi emergente all'esito delle specifiche trattative – è stato felicemente osservato -, pur se *oggettivamente* non vantaggiosa e anzi penalizzante per il consumatore, [...] non può infatti ricondursi che all'esplicazione nel caso dell'autonomia privata delle parti e all'operare nei loro confronti del principio di autoresponsabilità»⁴³.

vessatorie cioè abusive, cit., pp. 8 ss.; G. ALPA - P. GAGGERO, *L'applicabilità della disciplina sulle clausole abusive ai contratti di locazione di immobili urbani*, in *Arch. Loc.*, 1997, p. 9 ss.; B. POSTIGLIONI, *L'impatto della direttiva comunitaria 92/13, e della legge di attuazione 52/96, sulla prassi dei contratti assicurativi*, in *Resp. Comunic. Impr.*, 1997, pp. 75 ss.; V. CARBONE, *o.u.c.*, p. 254.

⁴¹ Cfr. L.A. SCARANO, sub *art. 1469-ter, 4° comma*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice Civile*, a cura di G. ALPA – S. PATTI, cit., p. 941 ss.; G. BERNARDI, sub *art. 1469-bis, 3° comma, n. 1 – art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 1*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, cit., p. 221; A. BARENGHI, sub *art. 34*, in *Codice del consumo*, cit., p. 225.

⁴² In questo senso sembra deporre anche l'art. 3, para 2, secondo il quale a fronte di una clausola che non sia stata oggetto di negoziato individuale – quale è quella «redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione» – il consumatore non ha il potere di «esercitare alcuna influenza sul suo contenuto».

⁴³ Così L.A. SCARANO, *o.u.c.*, p. 948. Nello stesso senso anche G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 26, il Quale così rileva: «se questa [la trattativa, n.d.r.] v'è stata, quelle clausole, dal medesimo contenuto, non vanno più neanche qualificati come vessatorie [...]. Si tutela dunque *il contratto*, come mezzo di scambio *negoziato*, per consentire al mercato di funzionare, e non il consumatore, in sé, il quale può ben addossarsi, *dopo averli negoziati col professionista*, obblighi eccessivi, comunque «squilibrati» a fronte dei diritti

2.1 (*Segue*) La clausola generale di abusività (*rectius*: vessatorietà). La buona fede.

Alla direttiva n. 13 del 5 aprile 1993 deve riconoscersi il pregio di avere condotto a conclusione un tormentato dibattito lungo oltre un secolo, quello relativo alle modalità e al contenuto della tutela dell'aderente a condizioni contrattuali unilateralmente predisposte⁴⁴.

Nella prospettiva dell'ordinamento italiano, in particolare, l'intervento del legislatore europeo ha rappresentato la spinta per superare definitivamente la resistenza che, per decenni, la giurisprudenza e il legislatore italiani avevano opposto all'introduzione di controlli di tipo sostanziale dei contratti standard. Il contenuto e la portata precettiva degli artt. 1341 e 1342 c.c. - la cui collocazione nella sezione dedicata all'accordo delle parti già tradiva lo scopo di garantire la mera sussistenza dei presupposti formali di un consenso - non avevano invero consentito il ricorso a criteri più elastici, quale quello della buona fede (intesa nella sua portata oggettiva), che consentissero un controllo di tipo sostanziale-contenutistico⁴⁵.

Sulla scorta dell'esperienza tedesca, e in particolare del modello di cui al § 9 della legge del 1976 (*AGB-Gesetz*)⁴⁶, la direttiva 1993/13/CEE ha quindi imposto

derivanti dal contratto»[...]. Per più completo un quadro delle posizioni dottrinali, si rimanda a M. FARNETI, sub *art. 34*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 386 ss.

Quanto ai caratteri essenziali della trattativa, v., su tutti, L.A. SCARANO, *o.u.c.*, pp. 969 ss., secondo il quale essi sono: *i*) l'individualità, *ii*) la serietà, *iii*) l'effettività.

⁴⁴ Così S. PATTI, *Introduzione*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469-bis – 1468-sexies del codice civile*, a cura di G. ALPA – ID., cit., p. XLV.

⁴⁵ E tanto nonostante fosse numerosi i riferimenti normativi che nel nostro codice civile (artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.) avrebbero senz'altro potuto rappresentare la base di un controllo sostanziale (cfr. S. PATTI, *o.u.c.*, XLVII). In questo senso l'esigenza di un siffatto controllo era stata messa in luce dalla Commissione Bianca, che, già nel 1981, aveva elaborato in questa direzione un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto. Il progetto, più precisamente, ispirato al modello della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto, avrebbe voluto introdurre una clausola generale che giudicava nulle le clausole che «alterano l'equilibrio del contratto in pregiudizio dell'aderente senza giustificarsi obiettivamente nell'economia dell'affare» e che, in generale, non sono «conformi alle regole della correttezza, anche professionale, e dell'equità» (il testo del progetto di riforma è consultabile in S. TONDO, *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto (in margine al convegno di Fiuggi del 5-6 giugno 1981)*, in *Foro.it*, 1981, V, pp. 282 ss., precisamente p. 292).

⁴⁶ Oltre all'esperienza tedesca, anche quelle inglese (*Unfair Contract Terms* del 1977) e francese (*Loi Scrivener* del 1978) avrebbero costituito modelli di riferimento per il legislatore comunitario (cfr. S. TROIANO, sub. *art. 33*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 256).

agli Stati membri l'adozione di un controllo sostanziale (*i.e.* di contenuto) delle condizioni unilateralmente predisposte nei contratti tra professionisti e consumatori; controllo che risulta imperniato su di una clausola generale, seguita da un elenco non esaustivo (contenuto nell'allegato n. 1 della direttiva) di clausole il cui carattere abusivo, ancorché con evidenza più marcato, doveva avere solamente valore indicativo⁴⁷.

La clausola generale, precisamente, trova collocazione nell'art. 3, para 1, della direttiva, e definisce come «abusiva» la clausola contrattuale che, oltre a non essere stata oggetto di negoziato tra le parti, determina a carico (e a danno) del consumatore, «malgrado il requisito della buona fede», un «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

La formulazione della clausola generale di vessatorietà adottata dal legislatore italiano, oggi contenuta nell'art. 33, comma 1°, cod. cons. (già art. 1469-*bis* c.c.), non si discosta significativamente da quella comunitaria. Essa, invero, definisce «vessatoria» la clausola contrattuale «che, malgrado la buona fede, determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», ovvero uno squilibrio cd. normativo⁴⁸. Raccogliendo il suggerimento della direttiva, il legislatore italiano ha inoltre recepito (all'art. 33, comma 2°, cod. cons, già art. 1469-*bis*, comma 3°, c.c.)

⁴⁷ cfr. *considerando* 17 e art. 3, para 3.

⁴⁸ Tale è lo squilibrio che corre tra le rispettive *posizioni giuridiche* che la clausola attribuisce alle parti. Pertanto, il controllo di vessatorietà non può estendersi «al sindacato della stretta convenienza economica dell'affare, ossia alla congruità del rapporto esistente tra il valore della prestazione principale a carico di una parte e il corrispettivo a cui l'altra è tenuta (c.d. «squilibrio economico»), la determinazione di quest'ultimo rimanendo, in linea di principio, nella disponibilità delle parti» (così S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 268): il che, peraltro, sembra trovare sicura conferma nel disposto dell'art. 34, comma 2°, cod. cons. (già art. 1469 *ter*, comma 2°, c.c.), a mente del quale «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

È stato però osservato come la distinzione operata dal legislatore tra «equilibrio normativo» e «equilibrio economico» si presti ad alcuni rilievi critici, in primo luogo per la considerazione che «qualsiasi clausola del contratto, e non soltanto quelle che definiscono la natura delle prestazioni principali, è potenzialmente in grado di incidere sulla convenienza, anche economica, dell'affare per l'una o per l'altra parte [...], e questo per l'ovvia ragione che il contratto è, *per definizione*, e in tutti i suoi aspetti, strumento per regolare la sfera dei rapporti *patrimoniali* dei contraenti» (S. TROIANO, sub art. 1469-*bis*, 1° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, cit., p. 68 ss.).

l'elenco di clausole indicativamente vessatorie contenuto nell'allegato⁴⁹, cui ha attribuito un preciso e diverso valore normativo, invero stabilendo che le clausole ivi contenute debbono presumersi vessatorie⁵⁰. Ha rappresentato invece una significativa novità rispetto alla disciplina della direttiva l'elenco di tre clausole, contenuto nell'art. 36, comma 2°, cod. cons. (già art. 1469-*quinquies*, comma 2°, c.c.) da considerarsi nulle «quantunque oggetto di trattativa»⁵¹.

Ai fini che qui interessano, nell'ottica cioè di un raffronto con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, conviene in particolare soffermarsi sul significato e sulla portata applicativa della clausola generale di abusività (o

⁴⁹ Delle clausole così elencate sembra condivisibile la classificazione offerta già dai primi commentatori, che vede: da un lato, *i*) le cd. clausole di «squilibrio», tutte accomunate dal dato (positivizzato nella stessa formula della clausola generale) di prevedere determinati pesi contrattuali a carico del solo consumatore, ovvero determinati vantaggi a favore del solo professionista; dall'altro, *ii*) le cd. clausole di «sorpresa», il cui connotato comune (originariamente presente nella formula dell'art. 3, para 1°, della direttiva, poi espunto) è di rendere l'esecuzione del contratto significativamente differente da quella che il consumatore legittimamente si potrebbe attendere (così E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 5 ss.; V. ROPPO – G. NAPOLITANO, *Clausole abusive*, in *Enciclopedia Giuridica*, cit., p. 3 ss.).

⁵⁰ Al riguardo, è stato correttamente rilevato come il contenuto della disposizione – secondo cui «si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole» ivi contenute – sia in realtà estraneo al modello della presunzione legale relativa (cd. *juris tantum*), che invero può avere a oggetto (*ex* art. 2727 c.c.) solamente un fatto, e non anche un giudizio: «la norma, piuttosto, prevede una regola particolare sull'onere della prova, divergente da quella dettata dall'art. 2697 c.c.» (così P. SIRENA, sub art. 1469-bis, 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, cit., p. 207; cfr. C. CASTRONOVO, *o.u.c.*, p. 10 ss.). La norma, in altri termini, ricorrendo una delle clausole ivi elencate, addossa al professionista l'onere di allegare e provare il difetto del «significativo squilibrio malgrado la buona fede».

⁵¹ Si tratta di un'innovazione senz'altro legittima, stante la facoltà espressamente riconosciuta (*considerando* 12 e art. 8) agli Stati membri di introdurre disposizioni più severe al fine di garantire un più elevato livello di tutela del consumatore. Anche in tale caso, però, il legislatore ha peccato di imprecisione e incoerenza, giacché le stesse tre clausole contemplate dall'art. 36, comma 2° (che sono nulle «quantunque oggetto di trattativa»), sono altresì contemplate dall'art. 33, comma 2°, lett. *a*), *b*) e *l*) (tra le clausole, cioè, che si presumono vessatorie fino a prova contraria). In assenza di un espresso criterio di orientamento, il rapporto tra le due disposizioni è stato ricostruito dalla dottrina secondo due diverse interpretazioni: per taluni, la ripetizione delle medesime clausole nell'art. 36 cod. cons. varrebbe unicamente a escludere che per vincere la presunzione *relativa* di vessatorietà non sarebbe concesso ricorrere alla prova contraria della trattativa, ma soltanto a altre diverse prove (in questo senso E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 9; G. LENER, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI – E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, cit., pp. 194-195; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., pp. 170 ss.); per altri, la ripetizione delle medesime clausole nelle due diverse disposizioni sarebbe il frutto della negligenza del legislatore, a fronte della quale non vi sarebbe altra soluzione che interpretare l'elenco di cui all'art. 36, comma 2°, come una «lista nera» di clausole, da considerarsi sempre e senz'altro nulle perché oggetto di una presunzione assoluta di vessatorietà (Cfr. F. ASTONE, *art. 1469-quinquies*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di A. BARENGHI, cit., pp. 196 ss.; G. BERNARDI, *o.u.c.*, pp. 221 ss.).

vessatorietà), sulla concretizzazione del cui contenuto precettivo si sono negli anni concentrati i maggiori sforzi degli studiosi.

In particolare, come noto, ad animare il dibattito è stata principalmente l'infelice formulazione «malgrado il requisito della buona fede» di cui all'art. 3, para 1, della direttiva 1993/13/CEE, poi riproposta nella normativa interna con l'espressione «malgrado la buona fede» (già art. 1469-*bis* c.c., oggi art. 33 cod. cons.). Ci si è chiesti, in particolare, se detta formula dovesse intendersi nel senso che il giudizio di abusività debba fondarsi (anche) sull'accertamento della violazione del principio della buona fede (intesa in senso oggettivo), ovvero se, in linea con il significato semantico del termine «malgrado», il «requisito» della buona fede (intesa in senso soggettivo) risulti del tutto irrilevante in siffatta valutazione.

Già all'indomani dell'entrata in vigore della direttiva, e prima ancora dell'introduzione della novella, l'utilizzo del termine «malgrado» era stato considerato il frutto di un vero e proprio errore di traduzione⁵², come peraltro appariva evidente dal raffronto con le altre versioni della direttiva nelle diverse lingue della Comunità, ove emergeva che la disciplina intendesse avere riguardo a un'ipotesi di clausole che si ponessero «in contrasto» con (o «in violazione» de) il principio della buona fede oggettiva⁵³. In questo senso induceva anche il *considerando* 16 della direttiva, che definiva la buona fede come «uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa», nonché quale precetto (una vera e propria regola di condotta) che impone al professionista di trattare «in modo *leale* ed equo la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi». Tali argomenti sono rimasti convincenti ai più anche dopo l'entrata in vigore della novella codicistica (art. 1469-*bis* ss. c.c.) e del codice del

⁵² Molto critici furono i primi commentatori, tra cui R. PARDOLESI, *o.u.c.*, p. 528, che definì la formulazione «una vistosa cantonata», e G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contr.*, 1993, p. 356, che attribuisce la traduzione «alla donna delle pulizie».

⁵³ Nella versione tedesca si leggeva «*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*»; nella versione francese «*en dépit de l'exigence de bonne foi*»; nella versione inglese «*contrary to the requirement of good faith*». A favore dell'interpretazione che legge la buona fede in senso oggettivo, è stata altresì addotta la considerazione che proprio in questa direzione andava anche la clausola generale del para 9 dell'AGB-Gesetz (oggi § 307 BGB), che aveva – come già rilevato – rappresentato il principale modello normativo di riferimento del legislatore europeo (cfr. S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 56).

consumo (artt. 33 ss. c.c.), nonostante il permanere nelle rispettive normative della formula concessiva, in luogo di una diversa (auspicata) avversativa⁵⁴. E tanto in forza del noto – quanto ineludibile – principio che impone di interpretare le norme di attuazione in senso conforme alle (*rationes* delle) direttive comunitarie⁵⁵.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la scelta del legislatore di mantenere la stessa formulazione dell'art. 3 della direttiva («...malgrado...») e di eliminare contestualmente il riferimento alla buona fede in termini di «requisito» - scelta poi confermata con l'entrata in vigore del codice del consumo - starebbe indubbiamente a significare l'irrilevanza (almeno per il legislatore italiano) dello stato soggettivo del professionista ai fini della valutazione della vessatorietà della clausola: una clausola che determini un «significativo squilibrio» a carico del consumatore sarebbe colpita da nullità anche ove il professionista non si fosse avveduto della potenzialità lesiva degli interessi della controparte, ovvero del carattere vessatorio (perché squilibrante) della stessa clausola⁵⁶. L'espressione normativa «malgrado la buona fede» sancirebbe, in altri termini, l'irrilevanza della buona fede soggettivamente intesa.

Senonché le due letture - e questo è il dato più rilevante - pur muovendo da un approccio formale (e linguistico) diverso, giungono nella sostanza al medesimo risultato. Anche quanti finivano per cedere al significato semantico del termine «malgrado», invero, non negavano ciononostante rilievo al requisito della buona fede oggettivamente intesa. Si rilevava in effetti come, su di un piano

⁵⁴ S. TROIANO, *o.u.c.*, pp. 40-41. Cfr. ID., sub. art. 33, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 261, il quale ha altresì rilevato che il termine «malgrado» nella lingua italiana, oltre ad avere una portata concessiva, può altresì avere – seppur più raramente – una portata avversativa, equivalente alle espressioni «ad onta di», «a dispetto di».

⁵⁵ Cfr. V. ROPPO – G. NAPOLITANO, *o.u.c.*, p. 3; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 16; L. BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede in Clausole abusive e direttiva comunitaria – Atti del convegno di studi sul tema Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1994, p. 32; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria – Atti del convegno di studi sul tema 'Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993'*, cit., pp. 93 ss.; A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, cit., p. 485; C. CASTRONOVO, *o.u.c.*, pp. 32 ss..

⁵⁶ In questo senso, fra i molti, V. RIZZO, sub art. 1469-bis, 1° comma, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1996, p. 30 ss.; A. BARENGHI, sub art. 1469-bis, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di A. ID., Napoli, 1996, p. 41; U. MORELLO, *o.u.c.*, pp. 285 e 290; C. M BIANCA, *o.u.c.*, p. 379.

interpretativo, il testo (cfr. *considerando* 16) e il contesto storico della normativa comunitaria evidenziassero senza margini di dubbio che il legislatore comunitario avesse voluto ancorare la valutazione della abusività di una clausola al requisito della buona fede intesa (oggettivamente) quale regola di condotta⁵⁷, così come un inquadramento (*ex art.* 38 cod. cons.) della stessa normativa comunitaria nell'ambito dei principi che informano la disciplina generale del contratto e dell'obbligazione (*in primis*, proprio il principio della buona fede *ex artt.* 1337, 1358, 1366, 1375 e 1175 c.c.) non potesse non portare a considerare il riferimento alla buona fede oggettiva quale implicito nel concetto di «significativo squilibrio»⁵⁸.

Può allora dirsi che il requisito della buona fede oggettiva – lo si voglia intendere quale elemento positivizzato dalla norma, ovvero quale requisito recuperabile per via interpretativa perché implicito nel concetto di «significativo squilibrio» – svolge un ruolo centrale nel giudizio di abusività/vessatorietà delle clausole predisposte dai professionisti. Detto principio costituisce anzi, secondo l'opinione quasi unanime della dottrina, esso stesso il criterio per valutare la significatività dello squilibrio normativo cagionato dalla clausola in danno del consumatore. In questa prospettiva, la stessa nozione di significativo squilibrio e i criteri espressamente individuati (*ex art.* 34 cod. cons.) per la valutazione della vessatorietà di una clausola (che impongono di tenere conto della natura dei beni e servizi, delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, delle altre clausole del contratto e dei contratti collegati), derivano dall'applicazione diretta del principio della buona fede, inteso generalmente come «precetto che regola l'esercizio di poteri discrezionali, e che qui si specifica come

⁵⁷ V. RIZZO, *o.u.c.*, p. 43; A. BARENGHI, *o.u.c.*, p. 39; U. MORELLO, *o.u.c.*, p. 290; F.D. BUSNELLI, *o.u.c.*, p. 26. Dopotutto – è stato rilevato da C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 379 - «il convincimento personale del professionista di agire secondo legge non potrebbe mai rendere lecite le clausole vietate».

⁵⁸ Significativo era in questo senso che, prima dell'entrata in vigore del D.lgs 206/2005, la novella codicistica in materia di clausole abusive (artt. 1469-*bis* ss. c.c.) fosse stata collocata nel Titolo II del Libro delle obbligazioni, ovvero nell'ambito della disciplina del contratto in generale. L'inserimento della normativa nel codice del consumo non ha mutato questa interpretazione stanti, da un lato, il chiaro disposto dell'art. 38 secondo cui la disciplina delle clausole vessatorie continua a essere retta dai principi generali del diritto dei contratti, e, dall'altro, il riconoscimento *ex art.* 39 dei «principi di buona fede, di correttezza e lealtà» nell'esercizio delle attività commerciali (cfr. S. TROIANO, *sub art.* 33, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 263).

precetto di non abusare del potere di autoregolamentazione del contratto [...]»⁵⁹. La significatività dello squilibrio è essa stessa – è stato efficacemente rilevato - «espressione della contrarietà a buona fede, in quanto è alla stregua di questa che ne va accertata la sussistenza»⁶⁰, ovvero una sua «concretizzazione contenutistica [...] e dunque forma speciale e assertiva di esso»⁶¹.

La formula dell'art. 33 cod. cons. potrebbe quindi essere riletta nel senso che sono vessatorie tutte le clausole unilateralmente predisposte dal consumatore che determinano un significativo squilibrio a danno del consumatore, in tal modo ponendosi in contrasto con la buona fede (oggettiva)⁶².

2.2 (*Segue*) I rimedi e il nuovo art. 37 bis cod. cons.

Il rispetto di siffatta regola di condotta è affidata, nella struttura della direttiva, a un sistema «multilivello»⁶³ di rimedi, aventi funzioni differenti e operanti con modalità diverse tra loro.

⁵⁹ Così C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 379.

⁶⁰ Così S. TROIANO, sub art. 1469-bis, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, cit., p. 64.

⁶¹ Così V. RIZZO, *o.u.c.*, p. 47.

⁶² Questa lettura della clausola generale e del ruolo della buona fede sembra trovare conferma nell'esperienza tedesca, cui il legislatore comunitario – come già detto – si è ispirato. Nel testo del § 307 BGB (già § 9 dell'ABG-Gesetz), l'elemento dello «sproporzionato svantaggio» (*unangemessene Benachteiligung*) non è, invero, mai parso operare come criterio ulteriore e concorrente con quello della contrarietà alla «dettami della buona fede» (*entgegen den Geboten von Treu und Glauben*), quanto piuttosto come una sua specificazione e concretizzazione contenutistica (cfr. S. TROIANO, *o.u.c.*, pp. 56 ss.). Detta lettura interpretativa è stata sostenuta anche dal Consiglio di Stato nel Parere reso dalla Sezione consultiva nel corso dell'*iter* di approvazione del codice del consumo (n. 11602/2004, Adunanza del 20 dicembre 2004), là dove (cfr. para 7.1) veniva suggerito di sostituire il termine «malgrado» con l'espressione «in contrasto», o, in alternativa, di eliminare del tutto il riferimento alla buona fede, considerata implicita nel parametro del significativo squilibrio, di cui costituisce «una "figura sintomatica", un modo di manifestarsi della contrarietà a buona fede». La tesi sembra infine trovare ulteriore conferma nella scelta della Commissione europea di non sollevare alcun rilievo nei confronti della Francia, la quale ha invero recepito la clausola generale omettendo ogni riferimento al criterio della buona fede (così S. TROIANO, sub art. 33, *o.u.c.*, p. 266). *Contra*, ma la tesi sembra oramai minoritaria, v. U. MORELLO, *o.u.c.*, p. 290, secondo il quale il significativo squilibrio e la contrarietà alla buona fede dovrebbero essere entrambi presenti ai fini di un positivo giudizio di vessatorietà; in questo senso cfr. altresì L. PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori*, cit. p. 366. Diversa ancora è la posizione di G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 642, il quale sembra optare per un giudizio di abusività che può indipendentemente e disgiuntamente conseguire sia dall'accertata presenza di un significativo squilibrio, sia dall'accertata violazione del precetto della buona fede.

⁶³ M. FARNETI, sub art. 37 bis, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 433.

In primo luogo, sotto un primo profilo che potrebbe definirsi «soggettivo/individuale»⁶⁴, l'uso di clausole abusive è sanzionato, secondo il disposto dell'art. 6 della direttiva, con la non vincolatività delle stesse clausole, mentre «il contratto rest[a] vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive». Nell'ordinamento italiano, l'inidoneità delle clausole vessatorie a creare qualsivoglia vincolo tra professionista e consumatore è stata dapprima tradotta in «inefficacia» (ex art. 1649-*quinquies* c.c.)⁶⁵, e poi, come disposto dall'attuale art. 36 cod. cons., in «nullità» (cd. di protezione, secondo la rubrica della stessa disposizione). Si tratta, come è ben noto, di un rimedio apprestante una tutela individuale ed *ex post* (cd. *private enforcement*), la cui disciplina differisce dalla quella tradizionale della nullità codicistica sotto (almeno) tre diversi profili: *i*) in primo luogo, si è dinanzi a una nullità a legittimazione cd. relativa, potendo essa essere fatta valere dal solo consumatore (art. 33, comma 3°)⁶⁶; *ii*) inoltre, sempre in linea con l'esigenza di tutela di un contraente considerato «istituzionalmente» debole⁶⁷, la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice nell'interesse del solo consumatore (art. 33, comma 3°)⁶⁸; e *iii*) in deroga al disposto di cui all'art. 1419, comma 1°, c.c., la

⁶⁴ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2012, p. 493.

⁶⁵ È noto come la dottrina abbia poi variamente inteso detta inefficacia come nullità (cfr. G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium juris*, 1996, p. 417; C.M. BIANCA, *o.u.c.*, pp. 388 ss.), come annullabilità (cfr. U. MORELLO, *o.u.c.*, p. 294) e come inefficacia in senso stretto (A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratto del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 501 ss.; P. CHIRICO, *sub. art. 1469-quinquies*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, cit., pp. 478 ss.; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1996, pp. 46 ss.).

⁶⁶ Appare senz'altro condivisibile l'osservazione - che trae forza anche dalla *ratio* della stessa disciplina - secondo cui la legittimazione a far valere la nullità della clausola vessatorie non può essere riconosciuta in capo al professionista, il quale, in effetti, difetterebbe di un interesse ad agire. Osserva L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2006, p. 669 (nota 30) che «quanto alla legittimazione assoluta, anche in capo al professionista, essa realizzerebbe un *venire contra factum proprium* nella misura in cui le clausole vessatorie sono il frutto dell'esercizio abusivo dell'autonomia contrattuale da parte sua».

⁶⁷ C.M. BIANCA, *o.u.c.*, pp. 389 e 394.

⁶⁸ Come rilevato dalla Corte di Giustizia, l'autorità giurisdizionale nazionale opererebbe come supplente ogni qual volta il consumatore non sia in grado di riconoscere i «difetti» del contratto, ovvero lo squilibrio contrattuale determinato dalla clausola. Cfr., su tutte, Corte Giust., 27/06/2000, C-240/98, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/>; Corte Giust., 27/06/2000, C-244/98, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/>; Corte Giust., 29/10/2006, C-168/05, consultabile

nullità della clausola vessatoria non determina la caducazione dell'intero contratto (art. 36, comma 1°)⁶⁹.

Accanto alla tutela individuale così delineata, l'uso di clausole abusive è, in una diversa prospettiva (per così dire) macroeconomica⁷⁰, contrastato attraverso la previsione di altre due forme di tutela, aventi rilevanza collettiva e natura preventiva (cd. *ex ante*): l'una operante per via giurisprudenziale (art. 37), l'altra per via amministrativa (art. 37 *bis*)⁷¹.

L'art. 37 riconosce alle associazioni dei consumatori (di cui all'art. 137), alle associazioni dei professionisti e alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di convenire in giudizio il professionista o l'associazione dei professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni

in <http://eur-lex.europa.eu/>; Corte Giust., 04/06/2009, C-243/08, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu/>

⁶⁹ In questo senso v. le conclusioni dell'avv. generale Tizzano nella causa C-302/04 (consultabile in <http://curia.europa.eu/>), secondo il quale l'art. 6 della direttiva 1993/13/CEE osta a una normativa nazionale che preveda che in presenza di una clausola abusiva il contratto rimanga per il resto vincolante solo se le parti lo avrebbero concluso anche in assenza di detta clausola. In altri ordinamenti – è stato rilevato da L. VALLE, sub. art. 36, in *Commentario al diritto dei consumatori*, cit., p. 400 ss. – si è prospettato che la nullità della clausola vessatoria potrebbe portare alla caducazione dell'intero contratto quando, ad es., l'eliminazione di un gran numero di clausole rischierebbe di lasciare il contratto privo di significato; nel caso in cui, a seguito della sua integrazione, il contratto risulterebbe modificato al punto da perdere l'originaria identità; oppure nel caso in cui risulterebbe squilibrato in maniera insostenibile a vantaggio di una delle parti. Altra ipotesi in cui la nullità della(e) clausola(e) possa portare alla caducazione dell'intero contratto potrebbe ravvisarsi – a dire dell'A. – allorché la vessatorietà colpisca l'oggetto negoziale, tutte le volte in cui la clausola che lo descrive sia formulata in modo poco chiaro e comprensibile (ai sensi dell'art. 34, comma 2°, cod. cons.): ciò potrebbe costituire un'ipotesi in cui, a mente dell'art. 6 della direttiva, il contratto non può sussistere «senza le clausole abusive». Cfr. F. RICCI, *I contratti del consumatore: le clausole vessatorie*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 74 ss. secondo cui la regola della nullità parziale subisce una deroga nell'ipotesi in cui *i*) la clausola vessatoria concerne uno degli elementi essenziali del contratto e qualora *ii*) risulti che il consumatore non avrebbe stipulato il contratto senza quella parte colpita da nullità.

La scelta di far sopravvivere il contratto alla caducazione delle clausole vessatorie pone, inoltre, il delicato problema dell'integrazione dello stesso; problema a cui, però, il legislatore italiano non ha dato risposta (cfr. L. VALLE, *o.u.c.*, p. 399 ss.).

⁷⁰ Muta invero la prospettiva della tutela, rispondente in questa ottica all'esigenza di «vigilare sulla correttezza del mercato, anche con l'obiettivo di reprimere comportamenti e offerte che possano incidere sulla libertà e/o sulla consapevolezza del consumatore» (così L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 493).

⁷¹ V. art. 7 della direttiva 1993/13/CEE. Cfr. V. ROPPO – G. NAPOLITANO, *o.u.c.*, pp. 1 e 6 che distinguono *i*) un regime «comune e generale» applicabile a tutte le clausole tra professionisti e consumatori che non abbiano formato oggetto di negoziato, e *ii*) un «sub-regime» o «regime particolare» apprestante un rimedio di tipo generale, applicabile alle sole clausole che siano state redatte per un impleto generalizzato.

generali di contratto⁷² al fine di ottenere una pronuncia che inibisca l'uso di quelle di cui sia accertata la vessatorietà. Si tratta della cd. *azione inibitoria*, che può specificarsi in inibitorie cd. finali, scaturenti cioè in provvedimenti inibitori pronunciati in forma di sentenza e conclusivi di un processo ordinario di cognizione (art. 37, comma 1°), e in inibitorie cd. provvisorie, ossia in forme cautelari di tutela giurisdizionale cui è possibile ricorrere allorché sussistano i «giusti motivi di urgenza» di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c. (art. 37, comma 2°)⁷³.

A oltre vent'anni dall'entrata in vigore della disciplina, detta forma di tutela inibitoria, su cui originariamente era ricaduta la scelta del mezzo per far cessare «l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore», si è tuttavia rivelata uno strumento nient'affatto adeguato ed efficace⁷⁴, sì da evidenziare l'opportunità di affiancare a esso un rimedio amministrativo, dalla medesima dimensione «oggettiva/collettiva»⁷⁵. L'art. 5 del d.l. 24/1/2012, n. 1 (convertito con modifiche in l. 24/3/2012, n. 27) ha così introdotto l'art. 37-*bis* - rubricato «tutela amministrativa contro le clausole vessatorie» - che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.G.C.M.) il potere di accertare, all'esito di una procedura istruttoria avviabile «d'ufficio e su denuncia»⁷⁶, la vessatorietà della clausole che assumano il carattere della «serialità»⁷⁷, inserite cioè nei contratti dei consumatori che si

⁷² Cfr. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., p. 120, il quale correttamente puntualizza che la norma, pur riferendosi espressamente alle sole condizioni generali di contratto, ben è applicabile anche ai moduli e formulari «in virtù di un'elementare operazione di interpretazione estensiva».

⁷³ Si tratta di una forma di tutela la scelta della quale è stata ancora una volta tratta dalla legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (*AGB-Gesetz*) del 1° aprile 1977 (cfr. G. DE NOVA, *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 134 ss.; F. TOMMASEO, sub art. 1469-*sexies*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, cit., p. 1149 ss.).

⁷⁴ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 492; V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2, 2012, p. 48. Per una sintesi del dibattito, sorto in sede di recepimento della direttiva 1993/13/CEE, circa l'opportunità di contrastare la diffusione di clausole abusive per mezzo di un controllo giurisdizionale o di un sindacato amministrativo v. T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *I contratti*, 7, 2012, p. 643 ss.

⁷⁵ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 493.

⁷⁶ V. art. 23 della Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411 (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94).

⁷⁷ L'espressione è di T. RUMI, *o.u.c.*, p. 638. Si consideri che, in tale prospettiva, la nuova competenza dell'A.G.C.M. viene ad affiancarsi al controllo esercitato dalle Camere di Commercio

concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o sottoscrizione di moduli o formulari⁷⁸. L'accertamento da parte dell'AGCM dell'eventuale natura vessatoria delle clausole diffusamente utilizzate dai professionisti non ha però l'effetto di inibirne l'uso per il futuro, né tantomeno incide sulla loro validità (il cui accertamento rimane demandato all'autorità giurisdizionale⁷⁹). L'accertamento dell'Autorità amministrativa ha, da un lato, uno scopo principalmente «informativo» e «divulgativo», rispondendo invero all'esigenza di informare compiutamente i consumatori dell'esistenza di condizioni generali di contratto potenzialmente idonee a determinare uno squilibrio normativo nel rapporto contrattuale⁸⁰: il provvedimento - dispone il comma 2° dell'art. 37 *bis* - è invero diffuso mediante pubblicazione su apposita sezione del sito istituzionale dell'Autorità, sul sito del professionista e mediante ogni altro mezzo ritenuto all'uopo opportuno. D'altro lato, proprio alla divulgazione del provvedimento non potrà non riconoscersi anche una finalità *lato sensu* sanzionatoria - facente leva sul discredito commerciale cui l'operatore viene irrimediabilmente a essere esposto⁸¹ - nonché, per conseguenza, un effetto «dissuasivo» dell'utilizzazione delle clausole vessatorie⁸², stante anche il maggiore rischio per il professionista che pensasse ciononostante di utilizzarle di essere convenuto in giudizio dal singolo consumatore per l'accertamento della invalidità della clausola, ovvero dalle associazioni rappresentative e dalle camere di commercio per l'inibizione alla diffusione e utilizzazione delle medesime clausole.

Finalità «dissuasiva» deve altresì attribuirsi al controllo preventivo (cd. interpello), previsto e disciplinato dal comma 3° dell'art. 37 *bis*. Detta

circa l'eventuale esistenza di clausole vessatorie contenute in contratti standard (cfr. art. 2, comma 2°, lett. i) del D.lgs. 23/2010).

⁷⁸ Non rientrano, pertanto, nel sindacato dell'A.G.C.M. le clausole contrattuali predisposte dal professionista appositamente per una singola operazione. Vi rientrano invece i negozi unilaterali conclusi dai consumatori sulla base di moduli e formulari predisposti dal professionista, trattandosi di negozi *inter vivos* a contenuto patrimoniale, cui si estende *ex art.* 1324 c.c. la disciplina dei contratti (in questo senso V. PANDOLFINI, *o.u.c.*, p. 51).

⁷⁹ V. comma 4° dell'art. 37 *bis*, che lascia intatta la giurisdizione del giudice ordinario in punto di validità delle clausole eventualmente già sottoposte al giudizio dell'A.G.C.M.

⁸⁰ V. PANDOLFINI, *o.u.c.*, p. 57; L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 494.

⁸¹ V. PANDOLFINI, *o.u.c.*, p. 57.

⁸² T. RUMI, *o.u.c.*, p. 644; ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 495.

disposizione - come noto - riconosce al professionista «interessato» la facoltà di interpellare preventivamente l'Autorità per verificare se le clausole che questi intenda utilizzare con i consumatori siano o meno vessatorie⁸³: l'accertamento potrà avere esito negativo, nel qual caso la stessa autorità non potrà più valutarle «per gli effetti di cui al comma 2», ovvero a essa risulterà impedito di aprire *ex commi 1° e 2°* un'istruttoria avente a oggetto le medesime clausole già approvate; ma potrà avere esito positivo, nel qual caso il professionista sarà indotto a modificare le clausole non approvate o comunque a non servirsene nella regolazione dei rapporti contrattuali con i consumatori, diversamente non potendosi sottrarre al controllo ordinario dall'esito evidentemente scontato⁸⁴.

3. La direttiva 29/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 per il nuovo diritto delle pratiche commerciali sleali. Ambito di applicazione.

L'adozione della direttiva 2005/29/CE⁸⁵, «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»⁸⁶, è stata salutata con grande

⁸³ V. art. 23 della Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411 (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94).

⁸⁴ E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2012, f. 3, p. 567; cfr. L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 495, secondo cui l'interpello tende a scongiurare, oltre che l'azione amministrativa, «anche, sia pure indirettamente, l'azione inibitoria».

⁸⁵ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in G.U.C.E., n. L. 149 dell'11 giugno 2005, pp. 22 ss. I lavori preparatori iniziarono con il *Green Paper on Consumer Protection*: COM(2001) 531 (2 ottobre 2001); cui seguì la *Commission's Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection* dell'11 giugno 2002: COM(2002) 289. Essa si compone di due parti. La prima (artt. 2-13) contiene la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali; la seconda prevede l'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti: precisamente, alla direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14), alle direttive 97/7/CE e 2002/65/CE in materia di contratti conclusi a distanza (art. 15), alla direttiva 98/27/CE in tema di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e al regolamento CE n. 2006/2004 «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori» (art. 16).

⁸⁶ Anche sul tema della pratiche commerciali sleali/scorrette la letteratura è molto ampia. Cfr. AA.VV., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, a cura di H. COLLINS, London-New York, 2004; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007; AA.VV. *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007; AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive*

entusiasmo tra gli studiosi e operatori del settore di tutta Europa, stanti la rilevante portata innovativa e il forte impatto sistematico della disciplina da essa recata. Da taluni è stata significativamente accolta come «the most exciting event» degli ultimi anni nel campo del diritto (della protezione) dei consumatori («consumer protection law») e del diritto delle concorrenze (s)leali («fair trading law») ⁸⁷.

2005/29. *New Rules and New Techniques*, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, Oxford, 2007; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008; AA.VV., *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2009; AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Torino, 2010, pp. 1671 ss.; AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 116 ss.; G. ANAGNOSTARAS, *The Unfair Commercial Practices Directive in Context: From Legal Disparity to Legal Complexity?*, in *Common Market Review*, 2010, 147 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. Impr./Europa*, 2007, p. 1 ss.; ID., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2,4 e 8 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2008, 4-6, pp. 1057 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2012, p. 1079 ss.; ID., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. I, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 1059 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, a cura di ID., Torino, 2008, pp. 15 ss.; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, pp. 165 ss.; A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis. Commento alla sentenza della Corte dei Giustizia UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13*, in *Contr.*, 2015, 8-9, pp. 770 ss.; F. GOMEZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 4 ss.; C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, pp. 776 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 73 ss.; S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, pp. 25 ss.; ID., *Le Informazioni*, Padova, 2012; S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi – Soggetti – atto – attività – enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 161 ss.; M. RADEIDEH, *Fair Trading in EC Law - Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2004; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 45 ss.; J. STUICK, E. TERRY e T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 107 ss.; T. WILHELMSSON, *Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: the Cultural and Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, pp. 461 ss.

⁸⁷ Così, precisamente, J. STUICK, E. TERRY e T. VAN DYCK, *o.u.c.*, p. 107: «For lawyers and scholars in the field of consumer protection and fair trading law the adoption of the total harmonization Directive 2005/29/CE [...] is without any doubt the most exciting event in the past years. The objectives of the UCPD are far-reaching, its methods are innovative, and its legal impact is likely to be massive»

Al pari della direttiva 1993/13/CEE in materia di materia di clausole abusive e differentemente da ogni altra intervento normativo adottato in ambito europeo per la protezione dei consumatori, la direttiva 2005/29/CE reca una disciplina dal respiro «trasversale» (o «orizzontale», che dir si voglia), destinata com'è a trovare applicazione a *qualsiasi* «pratica commerciale», quale che sia la natura del bene e del servizio che costituisce oggetto dell'operazione economica cui la pratica si riferisce (*i.e.* il settore dell'attività professionale) e quale che sia la causa dei contratti alla cui conclusione essa è diretta o che si trovano a «valle» della pratica stessa⁸⁸.

In questa prospettiva - come è stato autorevolmente evidenziato - può dirsi che la direttiva 2005/29/CE ha introdotto nell'ordinamento europeo il *diritto* «generale» delle pratiche commerciali sleali⁸⁹, in tal senso attribuendo «unità» e «identità»⁹⁰ a una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, a-sistematicamente organizzata; materia, questa, che precedentemente era stata fatta oggetto di sole normative settoriali, tutte disciplinanti, attraverso specifici obblighi o divieti, le condotte imprenditoriali dalla rilevanza meta-individuale che, nei diversi settori merceologici del mercato, sono idonee a influenzare i comportamenti economici dei consumatori relativamente alla conclusione ed esecuzione dei contratti con i professionisti⁹¹.

⁸⁸ La direttiva 2005/29/CE trova applicazione anche al settore dei prodotti alimentari, come risulta dal *considerando* 5 del Regolamento UE 1169/2011, là dove viene precisato che le norme ivi contenute in materia di fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori costituiscono «norme specifiche» che vanno a integrare i «principi generali» sulle pratiche commerciali sleali. Sono altresì soggetti alla disciplina della direttiva 2005/29/CE i servizi di comunicazione elettronica, come precisato dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 11 marzo 2010, causa C-522/08, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/>, e come ricavabile dall'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE (come modificato dalla direttiva 2009/136/CE), per il quale «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario». La direttiva 2005/29/CE trova infine applicazione a tutti i servizi finanziari in generale (servizi di investimento, assicurativi, bancari e di pagamento), come risulta senza margini di dubbio dall'art. 3, para 9 della stessa direttiva che espressamente autorizza gli Stati membri a prevedere in tale settore regole più rigorose.

⁸⁹ L'espressione è di S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173.

⁹⁰ Così S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 98 e 175-176.

⁹¹ S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 98.

A muovere l'intervento del legislatore comunitario è stato, dunque, l'obiettivo di costruire un «diritto uniforme»⁹² delle pratiche commerciali sleali *business to consumers*, la cui esigenza era stata fortemente avvertita stanti le marcate difformità caratterizzanti tali discipline settoriali nei diversi ordinamenti nazionali. «Le leggi degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali - si legge nel *considerando* 3 della direttiva - [erano] caratterizzate da differenze notevoli che [potevano] provocare sensibili distorsioni della concorrenza e costituire ostacoli al buon funzionamento del mercato interno», giacché con evidenza rappresentavano - si legge nel *considerando* 4 - «fonte di incertezza per quanto concerne le disposizioni nazionali da applicare alle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori», in tal senso generando significativi ostacoli sia alle imprese, per le quali risultava inevitabilmente «più oneroso l'esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove tali imprese intend[essero] effettuare attività di marketing, campagne pubblicitarie e promozioni delle vendite transfrontaliere», sia ai consumatori, che vedevano sacrificata la certezza dei propri diritti⁹³.

La direttiva 2005/29/CE ha introdotto pertanto una disciplina di carattere generale⁹⁴, un unitario *corpus* normativo per una materia della quale, in maniera del tutto coerente con la sua finalità, ha inteso assicurare un'armonizzazione massima⁹⁵. Col che rimanendo precluso agli Stati membri non solo di ridurre il

⁹² Così L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e ID., cit., p. 10; cfr. P. AUTIERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, cit., p. 2.

⁹³ Cfr. altresì *considerando* 5, dal quale emergono i due obiettivi del legislatore comunitario: *i*) il corretto funzionamento del mercato interno (anche nella dimensione transfrontaliera; cfr. *considerando* 2); *ii*) la certezza del diritto, tanto per gli operatori professionistici quanto per i consumatori.

⁹⁴ E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, cit., p. 82.

⁹⁵ L'obiettivo della massima armonizzazione è ricavabile: *i*) dall'assenza di una disposizione (invece presente nelle direttive di cd. armonizzazione minima) che autorizzi gli Stati membri a introdurre o mantenere in vigore disposizione più rigorose volte a garantire un più elevato livello di tutela dei consumatori; *ii*) dal *considerando* 15 che fa espresso riferimento alla «piena armonizzazione introdotta dalla presente direttiva»; *iii*) dall'art. 3, para 5, che autorizzava gli Stati membri a mantenere, fino al 12 giugno 2013, disposizioni più severe purché si trattasse di disposizioni introdotte in attuazione di una direttiva di armonizzazione minima, essenziali al fine

livello di tutela di protezione assicurato dalla direttiva ai consumatori, ma anche di incrementarlo, mantenendo o introducendo disposizioni più favorevoli⁹⁶.

Nell'ordinamento italiano - come noto - la direttiva 2005/29/CE è stata recepita mediante l'adozione di due decreti legislativi, entrambi del 7 agosto 2007: da un lato, il d.lgs. 145/2007 recante, in attuazione dell'art. 14 della direttiva, la disciplina della pubblicità ingannevole e illecita comparativa nei rapporti tra professionisti, che così è stata espunta dal codice del consumo; dall'altro, il d.lgs. 146/2007 recante la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, che, invece, è stata inserita agli artt. 18-27 *quater*, Titolo III, Capo II del medesimo codice. Anche in tale caso - proprio come avvenuto per il recepimento della direttiva 1993/13/CEE - la normativa nazionale non si discosta dalla versione italiana della direttiva 2005/29/CE, della quale risulta, salvo poche e non significative varianti terminologiche, una fedele riproduzione. Lo stesso uso del termine «scorrette» impiegato del legislatore nazionale, in luogo del termine «sleali» proprio della versione italiana della direttiva, non ha alcuna sostanziale rilevanza, essendo stato dettato con ogni probabilità solamente per evidenziare anche a livello lessicale le diversità di *ratio*, obiettivi di tutela e ambito di applicazione delle nuove disposizioni rispetto alla disciplina generale della concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 ss. c.c.⁹⁷

L'aspirazione della direttiva 2005/29/CE a porsi come «direttiva-quadro» nella materia da essa armonizzata si riflette nella definizione che l'art. 2, lett. *d*) della direttiva e, appresso, l'art. 18, lett. *d*) cod. cons. danno di «pratica

di garantire un'adeguata protezione dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali e proporzionate a tale obiettivo (cfr. G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di ID., cit. pp. 32 ss.).

⁹⁶ J. STUICK, E. TERRY e T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, cit., p. 115; S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 162.

⁹⁷ Così G. DE CRISTOFARO, sub *art. 20*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 149-150, il quale peraltro rileva come, se tale è stato l'intento del legislatore, la scelta non è ricaduta sul termine più idoneo, giacché all'interno del codice del consumo le locuzioni «lealtà» e «correttezza» risultano «utilizzate entrambe [...] sempre in combinazione con la nozione di «buona fede» (oggettiva), senza che appaia possibile e ragionevole attribuire all'una un significato ed una portata non pienamente corrispondenti a quelli propri dell'altra»; ID., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., pp. 125 ss.

commerciale» tra professionisti e consumatori: si tratta, invero, di una definizione dalla portata assai ampia⁹⁸, capace com'è di far ricadere nell'ambito di applicazione della normativa *qualsiasi* azione (anche meri atti materiali), omissione, condotta, dichiarazione (dal contenuto negoziale o meno) e comunicazione commerciale, ivi comprese la pubblicità e le attività di commercializzazione del prodotto (marketing), posta in essere da un professionista e connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto⁹⁹ ai consumatori. A dispetto del significato semantico che può assumere il termine «pratica»¹⁰⁰, peraltro, oggi si ritiene del tutto irrilevante, ai fini della qualificazione come pratica commerciale sleale e dunque ai fini della irrogazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 27 cod. cons., la circostanza che la condotta professionistica sia stata tenuta una sola volta e abbia interessato un solo consumatore: «infatti – ha osservato la stessa Corte di Giustizia – né le definizioni fornite agli articoli 2, lettere c) e d), 3, paragrafo 1, nonché 6, paragrafo 1, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali né quest'ultima, considerata nel suo insieme, contengono indizi secondo cui l'azione o l'omissione da parte del professionista dovrebbe presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore»¹⁰¹.

⁹⁸ E. BARGELLI, *o.u.c.*, p. 75; cfr. sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 1059 ss.; cfr. altresì sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 14 gennaio 2010, causa C-304/08, para 36, reperibile in <http://curia.europa.eu/>; sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 9 novembre 2010, causa C-540/08, para 17, reperibile in <http://curia.europa.eu/>; sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 17 gennaio 2013, causa C-206/11, para 26, reperibile in <http://curia.europa.eu/>.

⁹⁹ Anche il termine «prodotto» ha un significato molto ampio, per esso intendendosi «qualsiasi bene o servizio, compresi beni immobili, i diritti e le obbligazioni» (artt. 2, lett. c) della direttiva e 18, lett. c) cod. cons.).

¹⁰⁰ Per «pratica» s'intende normalmente «usanza», «costume», «consuetudine»: V. <http://www.treccani.it/vocabolario/pratica/>.

¹⁰¹ Sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13, para 42, reperibile in <http://curia.europa.eu/>. Si veda anche la nota sentenza della Corte di Giustizia UE, 15 marzo 2012, causa C-453/10, in <http://curia.europa.eu/>, ove è stata qualificata come pratica commerciale sleale la condotta consistente nell'inserimento in un contratto sottoscritto da un singolo consumatore dell'indicazione di un TAEG non corrispondente al complesso dei costi dell'operazione di finanziamento: la Corte non si è cioè preoccupata di accertare se il testo fosse o meno impiegato in maniera sistematica per la stipulazione di una pluralità di contratti.

In realtà, la questione non è sempre stata pacifica per la giurisprudenza amministrativa italiana: talvolta è stato ritenuto che la condotta dovesse essere reiteratamente posta in essere con carattere di apprezzabile omogeneità (così TAR Lazio-Roma, 6/4/2009, n. 3692, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>), ovvero che si inserisse in una più ampia «prassi», tale essendo il significato da attribuire al termine «pratica» (Cons. Stato, 7/11/2012, n. 4753, in [33](http://pluris-</p></div><div data-bbox=)

L'ampiezza della nozione di pratica commerciale si lascia apprezzare anche sul piano temporale, quanto cioè al "momento" in cui le condotte in essa considerate sono poste in essere¹⁰². Come disposto dall'art. 3, para 1, della direttiva e dal corrispondente art. 19, comma 1°, cod. cons., la nozione di pratica commerciale investe l'intero arco temporale dell'attività di consumo, comprendendo tutte le condotte poste in essere antecedentemente, contestualmente o successivamente alla conclusione dell'«operazione commerciale»¹⁰³: in essa sono quindi destinate a essere ricomprese *i)* tutte le forme di messaggio pubblicitario e comunicazione commerciale volte a sollecitare e promuovere la conclusione del contratto¹⁰⁴; *ii)* tutte le condotte della fase precontrattuale propriamente intesa, a partire cioè dall'istaurazione del contatto iniziale con il consumatore fino al momento della conclusione del contratto¹⁰⁵; nonché *iii)* ogni altra condotta connessa alla fase esecutiva o di cd. post-vendita¹⁰⁶. Ciò che risulta necessario è dunque che la condotta del professionista sia posta in essere in relazione¹⁰⁷ con la promozione e/o commercializzazione di

cedam.utetgiuridica.it); in altri casi, è stata considerata irrilevante la significatività statistica del dato numerico dei consumatori interessati dalla pratica commerciale (TAR Lazio-Roma, 11/6/2009, n. 5570, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>).

¹⁰² S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 169-170.

¹⁰³ L'espressione «operazione commerciale» deve senz'altro essere intesa come sinonimo di «contratto» (cfr. G. DE CRISTOFARO, sub *art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 133)

¹⁰⁴ Tanto trova conferma nello stesso art. 2, lett. *d)* della direttiva, che espressamente comprende nella definizione di pratica commerciale la pubblicità e il marketing.

¹⁰⁵ G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 133-134, secondo il quale vengono in considerazione sia i comportamenti volti a incidere sulla scelta del consumatore relativa alla conclusione del contratto (*an*), sia i comportamenti volti a incidere sulle scelte del consumatore inerenti le condizioni economiche e giuridiche dell'affare.

¹⁰⁶ Cfr. *considerando* 13, ove è così statuito: «Per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione».

¹⁰⁷ Cfr. C. TUVERI, sub *art. 18*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, cit., pag. 1677, secondo il quale è proprio la «relazione» esistente tra la pratica (o condotta professionistica) e la promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori a rendere una pratica «commerciale» ai sensi della direttiva 2005/29/CE. Al riguardo viene poi segnalato come il legislatore italiano abbia sostituito l'espressione «direttamente connessa» con l'espressione «in relazione», evidentemente più generica e omnicomprensiva (C. TUVERI, *ibidem*).

un prodotto o un servizio¹⁰⁸, potendo poi incidere indifferentemente sulla «percezione dei beni e dei servizi», ovvero sulla percezione dei contratti e/o dei «diritti contrattuali»¹⁰⁹.

Un così vasto àmbito di operatività della nuova disciplina sotto il profilo oggettivo trova un unico limite, di tipo funzionale, che non risulta espressamente menzionato nella definizione positivizzata (dalla direttiva e dal codice del consumo) di «pratica commerciale». È stato invero attentamente osservato che la direttiva 2005/29/CE intende occuparsi non di qualsiasi condotta commerciale connessa alla promozione e/o commercializzazione di un bene o servizio, bensì delle sole pratiche commerciali sleali che, oltre a connotarsi nei termini appena descritti, siano altresì idonee a influenzare il comportamento economico dei consumatori¹¹⁰. Ciò risulta inequivocabilmente dal *considerando 7* della direttiva, ove viene espressamente precisato che «la presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di *influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti*», nonché indirettamente dal *considerando 6*, nel quale è precisato che la novella non intende proibire pratiche pubblicitarie e di marketing «in grado di incidere *legittimamente* sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di *influenzarne* il comportamento *senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole*»: col che, per l'appunto, intendendosi che la direttiva vuole regolare siffatte pratiche proprio in considerazione di tale «orientamento» e tali «capacità»¹¹¹.

Il legislatore europeo, in altri termini, ha inteso disciplinare le sole pratiche commerciali che presentano siffatta attitudine, nella consapevolezza che di essa gli imprenditori sovente abusano allo scopo di indurre il consumatore a compiere una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe compiuto. Lo scopo della direttiva, detto ancora in altre parole, è quello di stabilire «a quali condizioni

¹⁰⁸ Cfr. TAR Lazio-Roma, 9 agosto 2010, n. 30428, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

¹⁰⁹ Cfr. art. 2, lett. k) della direttiva e art. 18, lett. m) cod. cons. In dottrina, S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 108.

¹¹⁰ L'osservazione è sempre di S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 105 ss. Lo evidenzia anche E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 315-316.

¹¹¹ S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 106.

influenzare è legittimo (leale) e a quali condizioni diventa illegittimo (sleale)»¹¹², ovvero – parafrasando la formula della clausola generale di slealtà¹¹³ – di stabilire quando la pratica commerciale (non si limita a influenzare, ma) falsa o è idonea a falsare il comportamento economico del consumatore.

Sotto il profilo soggettivo, l'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE coincide pienamente con quello della direttiva 93/13/CEE, essendo essa destinata a regolare le pratiche commerciali poste in essere tra «professionisti»¹¹⁴ e «consumatori». Le stesse definizioni nella sostanza coincidono, e le relative varianti terminologiche o espressive possono ritenersi irrilevanti¹¹⁵.

Quanto alla categoria del «consumatore», per il vero, l'art. 2, lett. a) della direttiva 2005/29/CE riferisce ai «fini» per cui il consumatore agisce con maggiore precisione rispetto all'art. 2, para 1, lett. a), della direttiva 1993/13/CEE: mentre per la prima disposizione «consumatore» è colui che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività «commerciale, industriale, artigianale o professionale», per la seconda «consumatore» è – come visto – colui che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività (solamente) «professionale»; differenza però, quest'ultima, che nel codice del consumo viene fortemente ridotta¹¹⁶. Non costituisce invece una categoria, destinataria della disciplina in analisi, il «consumatore medio» (artt. 5 della direttiva e 20 cod.

¹¹² S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 107.

¹¹³ Artt. 5, para 2, lett. b) e art. 20, comma 2.

¹¹⁴ Non è dato comprendere il motivo per cui l'art. 3, para 1, della direttiva riferisca, nel definire l'ambito di applicazione della novella, alle «imprese» piuttosto che al «professionista». In effetti, tra le definizioni passate in rassegna dall'art. 2 figura, alla lett. b), per l'appunto il «professionista», non anche l'«impresa» o l'«imprenditore».

¹¹⁵ Cfr. A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29CE*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, cit., p. 144, secondo il quale la nozione di consumatore propria della direttiva 2005/29/CE è conforme a quella che si rinviene in tutte le altre direttive.

¹¹⁶ Ai sensi dell'art. 3, lett. a), consumatore (o utente) è «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»; ai sensi dell'art. 18, lett. a), consumatore è «qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». L'essere stato in tal ultima disposizione preferito l'aggettivo «industriale» a quello «imprenditoriale» non sembra, anche in tale caso, avere alcuna rilevanza (così G. DE CRISTOFARO, sub art. 18, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 121).

cons.), che opera piuttosto quale «criterio di riferimento» della slealtà di una pratica, elemento cioè rispetto al quale parametrare l' idoneità dell' «influenzare» e/o «falsare» della condotta professionistica¹¹⁷.

Analoghe considerazione valgono per la categoria del «professionista», che risulta descrittivamente più ampia nella direttiva 2005/29/CE, ma che nel codice del consumo trova la medesima definizione agli artt. 3, lett. c) e 18, lett. b)¹¹⁸.

Se nella prospettiva europea la disciplina sulle clausole abusive e quella sulle pratiche commerciali abusive hanno un coincidente ambito di operatività soggettivo, altrettanto non può invece dirsi avendo riguardo alla normativa nazionale. Nella quale, invero, in accoglimento di un'istanza analoga a quella che parte della dottrina aveva già evidenziato in materia di clausole vessatorie¹¹⁹, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata estesa oltre i rapporti tra professionisti e consumatori¹²⁰. Con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (art. 7), convertito con modificazioni con l. 24 marzo 2012, n. 27, il Titolo III, Parte II, cod. cons. è divenuto applicabile anche «alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese» (art. 19, comma 1°)¹²¹, per tali ultime intendendosi

¹¹⁷ A. SACCOMANI, *o.u.c.*, p. 145.

¹¹⁸ Cfr. G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 122, secondo il quale della definizione contenuta dall'art. 18, lett. b) «si sarebbe potuto tranquillamente fare a meno: sarebbe stato invero sufficiente adeguare la formula testuale della definizione «generale» contenuta nella lett. c dell'art. 3 c.cons., sostituendo l'ambiguo riferimento al «suo intermediario» con il più corretto riferimento a «chiunque agisca in nome o per conto di un professionista». Per l'A. nessuna rilevanza può, anche in tale caso, essere attribuita alla circostanza che nella lett. b) dell'art. 18 cod. cons. all'aggettivo «imprenditoriale» sia stato preferito l'aggettivo «industriale», invece utilizzato dall'art. 3, lett. c) cod. cons.

¹¹⁹ La novella è stata introdotta su sollecitazione dell'A.G.C.M., a mezzo della Segnalazione del 5 gennaio 2012 indirizzata al Presidente della Repubblica e ai Presidenti delle Camere, intitolata «Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza» (v. Boll. A.G.C.M., ed. spec. del 9 gennaio 2012, pp. 19-60).

¹²⁰ Nel senso di estendere la tutela tradizionalmente riconosciuta ai soli consumatori anche ad altri soggetti, v. la direttiva 2011/83/UE (cd. *Consumers rights*), recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 21/2014: in particolare, v. il *considerando* 13 ove si prevede che gli Stati membri possono «decidere di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese».

¹²¹ Avuto debito riguardo alla *ratio* della novella – ovvero fornire un'adeguata tutela delle microimprese nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive poste in essere dai professionisti (v. rubrica dell'art. 7 del d.l. n. 1/2012) – la nozione di «pratiche commerciali tra professionisti e microimprese» deve propriamente essere intesa nel senso di escludere che tale nozione comprenda anche pratiche commerciali poste in essere da microimprese nei confronti di imprenditori. Rientrano, invece, in tale nozione le pratiche commerciali poste in essere da

(art. 18, lett. *d) bis*) tutte le «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003». In verità, il legislatore italiano – la cui scelta di ampliare l'ambito di operatività della direttiva è senz'altro legittima¹²² – non ha esteso l'intera disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette a tutte le pratiche tra professionisti e microimprese, giacché la tutela di quest'ultime «in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145» (art. 19, comma 1°, cod. cons.). Ciò significa che quando la pratica posta in essere dal professionista nei confronti della microimpresa debba qualificarsi come pubblicità (ai sensi dell'art. 2, lett. *a*), d.lgs. 145/2007), a essa non trovano applicazione gli artt. 21-23 cod. cons. (relativi alle pratiche commerciali ingannevoli), dovendo l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario essere valutata ai sensi dell'art. 2, lett. *b*) e 3 d.lgs. 145/2007.

3.1 (Segue) L'architettura della disciplina sulle pratiche commerciali sleali (*rectius* scorrette). Rinvio.

La disciplina delle pratiche commerciali idonee sleali recata dalla direttiva 2005/29/CE non impone ai professionisti obblighi di contenuto positivo, con ciò rinunciando a individuare gli elementi al ricorrere dei quali una pratica possa definirsi «leale». La direttiva, piuttosto, si limita a porre un unico, generale divieto: il divieto di ricorrere a pratiche commerciali «sleali»¹²³. Cui segue la

microimprese nei confronti di altre microimprese, purché le prime abbiano i caratteri del «professionista», ovvero agiscano nel quadro della loro attività economica (così S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 157-158).

¹²² Cfr. G. DE CRISTOFARO, sub *art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 136; S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 161; S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 167.

¹²³ Così art. 5, para 1, della direttiva: «Le pratiche commerciali sleali sono vietate».

fissazione dei criteri e dei parametri in applicazione dei quali può stabilirsi se e in quale misura detto divieto debba considerarsi violato¹²⁴.

A tale fine, il legislatore europeo ha fatto ancora una volta proprio il modello tedesco, mutuando in particolare l'approccio adottato dal legislatore teutonico nel *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* del 2004, recante la disciplina della concorrenza sleale¹²⁵. Alla stessa stregua di tale disciplina¹²⁶, invero, anche la direttiva 2005/29/CE ha adottato una struttura normativa a piramide, detta anche a cerchi concentrici, comprendente una clausola generale («*grand general clause*», art. 5, para 2) che fornisce la definizione dell'intera categoria di pratica commerciale «sleale», e due ulteriori clausole («*small general clauses*», art. 5, para 4) relative ad altrettante sottocategorie di pratiche commerciali sleali (*i.e.* «ingannevoli» di cui agli artt. 6-7, e «aggressive» di cui agli artt. 8-9). In aggiunta a ciò, sono altresì previste, all'allegato I della direttiva, due liste cd. nere di pratiche che sono considerate «in ogni caso sleali» (ingannevoli o aggressive)¹²⁷.

La medesima impostazione è stata seguita anche dal legislatore italiano che, nel dare attuazione alla direttiva con la consueta fedeltà, ha quindi previsto un divieto generale di porre in essere pratiche commerciali «scorrette» (art. 20, comma 1° cod. cons.), cui seguono una clausola generale di «scorrettezza» (art. 20, comma 2°, cod. cons.), due clausole più circoscritte (art. 20, comma 4°) relative alle pratiche commerciali «ingannevoli» (artt. 21 ss., cod. cons.) e «aggressive» (art. 24 ss., cod. cons.), nonché due liste di pratiche considerate «in

¹²⁴ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., p. 11.

¹²⁵ Segnala però S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 181-182, che il test di slealtà previsto dalla disciplina tedesca è più ampio, contrastando essa tanto le pratiche commerciali lesive degli interessi dei concorrenti, quanto le pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori.

¹²⁶ Cfr. § 3 contenente la clausola generale di «slealtà» («*Grosse Generalklausel*») che vieta le pratiche commerciali sleali in danno dei consumatori e dei concorrenti e §§ 5 e 7 («*Kleine Generalklausel*») relativi, rispettivamente, alle pratiche commerciali «ingannevoli» («*Irreführend*») e alle pratiche commerciali «moleste» («*Belästigung*»).

¹²⁷ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, cit., pp. 28-29; ID., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 73-74.

ogni caso ingannevoli» (art. 23 cod. cons.) e «in ogni caso aggressive» (art. 26 cod. cons.).

Secondo l'interpretazione prevalente tra gli studiosi, con una tale architettura la direttiva, a dispetto dell'ambizioso obiettivo di creare un diritto generale e uniforme delle pratiche commerciali sleali, non avrebbe però introdotto un concetto unitario di (s)lealtà. È stato invero ritenuto che le liste nere delle pratiche commerciali vietate in «ogni caso» e le due più circoscritte fattispecie di pratiche commerciali «ingannevoli» e «aggressive» sarebbero del tutto autonome rispetto al divieto generale di pratica commerciale «sleale»/«scorretta» (artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons.). Dette disposizioni, cioè, recherebbero delle *norme speciali* rispetto al più generale divieto di pratica commerciale «sleale»/«scorretta», con la conseguenza che *i*) ove si accertasse che una pratica rientri in una delle fattispecie considerate nelle liste nere, siffatta pratica sarebbe senz'altro vietata, senza che sia ammessa la possibilità di valutare se ricorrano o meno i requisiti per considerarla ingannevole (ai sensi degli artt. 6-7 della direttiva e 21-22 cod. cons.), aggressiva (ai sensi degli artt. 8-9 della direttiva e 24-25 cod. cons.) o «generalmente sleale» (ai sensi degli artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons.); e che *ii*) ove una pratica, pur non essendo rientrante tra le ipotesi di pratiche senz'altro sleali, presenti i requisiti per essere qualificata «ingannevole» o «aggressiva», sarebbe irrilevante se essa abbia o meno i requisiti per essere considerata «generalmente sleale», ovvero se sia contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento del consumatore medio¹²⁸. In altri termini, la clausola generale di cui agli artt. 5, para

¹²⁸ In questi termini G. ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, cit., p. 20 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., pp. 12 e 139 ss.; ID., *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di ID., p. 12; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., p. 777; J. STUICK, E. TERRYNE T. VAN DYCK, *o.u.c.*, pp. 132-133, i quali, peraltro, ritengono che tanto dovesse avvenire anche nella disciplina tedesca della concorrenza sleale UWG del 2004 (p. 124, nota 81). In questa direzione sembrerebbe orientata anche la Corte di Giustizia: Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2009:244), 23.04.2009, C-261/07 e C-299/07, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 56, ove così si legge: «La direttiva redige anche, al suo allegato I, un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che, conformemente

2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons. avrebbe un valore normativo meramente residuale (o sussidiario, che dir si voglia), essendo destinata a colpire le sole pratiche commerciali non generalmente o tipicamente ingannevoli e aggressive, quelle che il legislatore non è stato cioè in grado di prevedere, e quindi per consentire alla direttiva di superare «*the test of the time*»¹²⁹.

Altra parte della dottrina, di contro, ha ritenuto di non potere leggere nella clausola generale di cui all'art. 5, para 2, una mera norma di chiusura del sistema, difettando un tale orientamento interpretativo di «coerenza sistematica»¹³⁰. La connessione tra i diversi precetti appare, per il vero, resa palese già dal dato testuale del para 4 dell'art. 5 della direttiva (nonché comma 4° dell'art. 20 cod. cons.), che mostra di considerare le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive come esemplificazioni della più ampia e generale categoria di pratica commerciale sleale¹³¹.

Non è parso, in ogni caso, affatto adeguato il richiamo al principio di specialità cui rimanda più o meno consapevolmente l'orientamento maggioritario, giacché l'architettura della direttiva 2005/29/CE - come tutti gli altri sistemi in cui vengono in esame norme «generali» e norme «speciali» esemplificative - non evoca l'esigenza di comporre un'antinomia tra norme diverse «caratterizzate da

all'art. 5, n. 5, della direttiva, sono considerate sleali «in ogni caso». Conseguentemente, come espressamente precisato dal diciassettesimo 'considerando' della direttiva, si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso ai sensi delle disposizioni degli articoli da 5 a 9 della direttiva»; Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2010:12), 14.01.2010, C-304/08, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 45; Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2013:574), 19.09.2013, C-435/11, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, che ha concluso che la direttiva 2005/29/CE deve essere interpretata nel senso che «nell'ipotesi in cui una pratica commerciale soddisfi tutti i criteri enunciati all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva per poter essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore, non occorre verificare se tale pratica sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), della direttiva medesima perché essa possa essere legittimamente ritenuta sleale e, pertanto, essere vietata ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della stessa direttiva».

¹²⁹ Così la Commissione nel MEMO/07/572, Bruxelles, 12 dicembre 2007, the *Unfair commercial practices Directive. Questions and answers*, para 2-3, consultabile in <http://europa.eu/>.

¹³⁰ Così M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 32; ID., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 77.

¹³¹ S. TROIANO, sub art. 20, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, cit., p. 1701.

parziale sovrapposizione delle fattispecie e da diversità di sanzioni»¹³², quanto piuttosto l'esigenza di ordinare a sistema fattispecie appartenenti allo stesso *corpus* normativo e tra loro accomunate dal medesimo elemento caratterizzante, *i.e.* l'attitudine a «falsare» le decisioni di natura commerciale del consumatore medio.

Detta lettura appare più convincente. È proprio la comune attitudine ad alterare considerevolmente le capacità decisionali dei consumatori, sì da indurli a compiere scelte economiche che diversamente non avrebbero compiuto, a costituire - ci sembra - l'elemento decisivo che induce a preferire una lettura di insieme delle varie fattispecie, così ravvisando nella clausola generale una *norma di principio* (disciplinante le pratiche commerciali generalmente scorrette) rispetto alla quale le clausole particolari e le liste speciali (previdenti pratiche commerciali specialmente e tipicamente scorrette) costituiscono *norme esemplificative*¹³³. Detto tratto qualifica tutte le pratiche commerciali sleali/scorrette e, in effetti, da un lato, è riassunto nella formula della clausola generale come l'idoneità a falsare «in misura rilevante il comportamento economico [...] del consumatore medio», nonché, dall'altro, richiamato nelle stesse clausole «intermedie» di slealtà, con varie (ma nel significato corrispondenti) formule¹³⁴: come idoneità «a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (artt. 6 e 7 con riferimento alle *azioni e omissioni ingannevoli*); ancora come idoneità a «limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, [come idoneità] ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti

¹³² M. LIBERTINI, *o.u.c.*, p. 77.

¹³³ In questo senso S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 141 ss; S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1701; M. LIBERTINI, *o.u.c.*, pp. 80 ss.

¹³⁴ Riteniamo in questo senso di non poter condividere l'opinione di G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., p. 153, secondo il quale l'elemento della «idoneità a falsare» in misura apprezzabile il comportamento del consumatore non dovrebbe essere accertato nelle pratiche suscettibili di essere qualificate come generalmente o tipicamente ingannevoli e aggressive. In tutte dette fattispecie ricorre invero il requisito della idoneità della pratica a indurre in consumatore a compiere una scelta che altrimenti non avrebbe preso, ovvero a limitare considerevolmente la libertà di scelta o comportamento del consumatore. Requisito, questo, che, seppure enunciato con formule non sempre pienamente corrispondenti, esprime la stessa attitudine sintetizzata dalla formula della «idoneità a falsare» della clausola generale.

preso» (art. 8 con riferimento alle *pratiche commerciali aggressive*); ovvero come idoneità a «limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» (art. 2, lett. j), con riferimento alla definizione di *indebito condizionamento*)¹³⁵.

La bontà di questa lettura sembra peraltro trovare conferma in un altro dato accomunante tutte le ipotesi di p.c. scorrette previste dal legislatore, simmetrico rispetto all'attitudine sopra descritta, e, non a caso, anch'esso sintetizzato nella clausola generale: la contrarietà alla buona fede (oggettivamente intesa) della condotta del professionista. S'intende che falsare il comportamento economico del consumatore altro non significa che abusare¹³⁶ del potere, di fatto proprio di ogni professionista, di influenzare il comportamento economico dei consumatori¹³⁷; una condotta, questa, qualificabile come sleale, scorretta, o, per l'appunto, contraria a buona fede.

E anche detto elemento è, da un lato, riassunto nella clausola generale con la formula (pur ambigua per l'interprete italiano¹³⁸) della «contrarietà alla diligenza professionale»¹³⁹, e, dall'altro, parimenti richiamato nelle clausole particolari attraverso la descrizione di quelle peculiari modalità in cui si esplicano le condotte ingannevoli o aggressive¹⁴⁰. Ci sembra, in altre parole, che il

¹³⁵ M. LIBERTINI, *o.u.c.*, p. 97.

¹³⁶ S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 117.

¹³⁷ Si è visto *supra* che le pratiche commerciali destinarie della disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE sono unicamente le pratiche che presentano l'idoneità a influenzare il comportamento economico dei consumatori (*considerando* 6-7) e che la finalità della stessa direttiva è di stabilire quando suddetto «influenzare» diviene, nella sua connotazione illegittima, un «falsare».

¹³⁸ Sul punto si tornerà più diffusamente *infra*, Cap. 3, § 2.1.

¹³⁹ Cfr. S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 118, per il quale il principio della buona fede è richiamato attraverso la formula della «diligenza professionale».

¹⁴⁰ In tale ottica, è stato evidenziato come la connessione tra norma generale e norme esemplificative deve essere apprezzata sotto il profilo interpretativo, nel senso che le fattispecie previste dagli artt. 21, 22, 24 e le più analitiche fattispecie di cui alle liste nere devono essere lette alla luce dei parametri su si fonda la clausola generale *ex art.* 20 (M LIBERTINI, *o.u.c.*, p. 85; S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 142-144; S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1701). Anzi, detta inscindibile connessione deve essere intesa come «reciproca» (così S. TROIANO, *o.u.c.*, pp. 1701-1702), ovvero operante «in due direzioni di chiarimento» (così S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 144), nel senso che anche le figure particolari di p.c. scorrette possono contribuire a definire il significato della clausola generale (in questo senso anche L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, cit., p. 221).

professionista violi sempre il precetto della buona fede (*i.e.* della diligenza professionale) ogni qual volta ponga indifferentemente in essere un'azione ingannevole (fornendo informazioni non corrispondenti al vero o comunque inducendo in errore il consumatore medio circa gli elementi essenziali per prendere una decisione consapevole), un'omissione ingannevole (omettendo informazioni rilevanti), una condotta aggressiva (esercitando violenza, coercizione, indebito condizionamento o forza fisica), ovvero ponendo in essere le condotte passate in rassegna nelle liste di pratiche in ogni caso «ingannevoli» e «aggressive»¹⁴¹.

Sul punto, ovvero su significato e portata del requisito della «diligenza professionale», si tornerà *infra*¹⁴². Valga ora solamente segnalare che, senza margini di dubbio, è ancora una volta la buona fede a rappresentare il criterio cardine cui i professionisti debbono conformare la propria condotta¹⁴³, rappresentando esso in definitiva il discrimine tra un influenzare legittimo e un influenzare illegittimo (*i.e.* un «falsare»)¹⁴⁴. Tale principio, in questi termini, esprime un dovere di solidarietà cui i professionisti sono tenuti verso i consumatori, della cui libertà e consapevolezza nelle scelte economiche debbono garantire un elevato *standard* di tutela¹⁴⁵.

Bene lo ha compreso e sicuramente meglio enunciato il legislatore italiano che, da un lato, all'art. 2, comma 2, lett. *c bis*), cod. cons., ha riconosciuto il diritto fondamentale dei consumatori e utenti «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà», e, dall'altro, all'art. 39 cod. cons., ha sancito in termini generali che tutte le attività commerciali «sono

¹⁴¹ Così, precisamente, S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 142: «[...] deve ritenersi che i comportamenti ingannevoli e aggressivi, come rappresentati nelle fattispecie generali degli artt. 21, 22 e 24 Codice del consumo e nelle fattispecie tipiche di cui alle liste nere degli articoli 23 e 26 Codice del consumo, sono comportamenti vietati come p.c. scorrette *in quanto ritenuti dal legislatore contrari per definizione alla diligenza professionale*» (il corsivo è dell'Autore).

¹⁴² V. *infra*, Cap. 3, § 2.1.

¹⁴³ È indubitabile, dopotutto, che la buona fede sia «presente oggi come principio pervasivo in tutti gli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale» (così F. RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, Vol. II, p. 495).

¹⁴⁴ S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 143, gli attribuisce «valore ermeneutico ordinante all'interno del sistema della nuova disciplina».

¹⁴⁵ Cfr. M. LIBERTINI, *o.u.c.*, p. 96.

[*rectius* debbono, ndr] essere improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutate alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie dei consumatori»¹⁴⁶.

Ciò, allora, consente di concludere¹⁴⁷ – come d'altronde concludono più o meno consapevolmente anche quanti intendono predicare una autonomia tra le diverse clausole – che la qualificazione in termini di «scorrettezza» di una pratica commerciale nel senso di cui agli artt. 20 ss. cod. cons. (*indifferentemente* dunque se tanto avvenga in forza della clausola generale, di quelle speciali o delle liste nere) esprime senz'altro la non rispondenza di tale pratica ai «principi di buona fede, correttezza e lealtà» *ex* art. 39 cod. cons.¹⁴⁸, nonché la contestuale violazione del corrispondente diritto fondamentale del consumatore, di cui all'art. 2, comma 2, lett. *c bis*), a che la pratica risponda a tali requisiti¹⁴⁹.

3.2 (Segue) I rimedi e la tutela dei consumatori collettivamente considerati.

La direttiva 2005/29/CE reca – come si è visto – un'analitica e dettagliata disciplina delle fattispecie sostanziali di pratiche commerciali sleali. Altrettanto non può invece dirsi quanto alla previsione dei rimedi esperibili nel caso di

¹⁴⁶ Non deve fuorviare l'utilizzo da parte del legislatore italiano anche dei termini di «lealtà» e «scorrettezza», accanto alla «buona fede». Fanno correttamente notare G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., cit., p. 126 e S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1698, che le nozioni di «lealtà» e «correttezza» vengono utilizzate sempre in combinazione con la «buona fede», di cui, in definitiva, rappresentano solamente particolari articolazioni dai medesimi significato e portata.

¹⁴⁷ Cfr. G. DE CRISTOFARO, sub art. 39, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 435-436, il quale correttamente osserva, a bontà della lettura qui sostenuta, che alla norma in commento non possa essere attribuita «la funzione di individuare parametri di valutazione della liceità delle condotte dei professionisti diversi e ulteriori rispetto a quelli dettati dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta negli artt. 18 ss.».

¹⁴⁸ Nella relazione illustrativa del D.lgs. n. 206/2005 (Codice del consumo) si legge invero che la disposizione dell'art. 39 «introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali».

¹⁴⁹ Anche la relazione al D.lgs. n. 221/2007 - che ha introdotto la lett. *c bis*) all'art. 2, comma 2 - evidenzia come il richiamo ai principi di correttezza e buona fede sia stato introdotto in conformità ai principi sanciti dalla direttiva 2005/29/CE e dal D.lgs. 147/2007 che a quella ha dato attuazione.

violazione del generale divieto di porre in essere siffatte pratiche, rispetto ai quali agli Stati membri è stato riconosciuto un più significativo margine di manovra.

L'art. 11 della direttiva ha invero lasciato ai legislatori nazionali il compito di assicurare «che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali [...]», limitandosi a imporre che detti mezzi includano (ma non si esauriscano in) «[...] disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria». Del pari liberi sono stati lasciati gli Stati membri di individuare le sanzioni (purché effettive, proporzionate ed effettive) che le Autorità competenti possono irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in recepimento della direttiva (art. 13), fermo solo restando il riconoscimento del potere – che deve loro essere necessariamente attribuito – «a) di far cessare le pratiche commerciali sleali o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per ingiungere la loro cessazione, o b) qualora la pratica commerciale sleale non sia stata ancora posta in essere ma sia imminente, di vietare tale pratica o di proporre le azioni giudiziarie appropriate per vietarla, anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista»¹⁵⁰.

Il legislatore italiano – come noto – ha inteso affidare all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (A.G.C.M.) il compito di garantire l'*enforcement* delle disposizioni adottate in recepimento della direttiva 2005/29/CE. Si è trattata di una scelta dettata da ragioni di opportunità, da più parti auspicata, considerate, da un lato, la scarsa affidabilità che la tutela giurisdizionale avrebbe offerto in relazioni a interessi dalla natura diffusa e sopra-individuale¹⁵¹, e, dall'altro,

¹⁵⁰ Cfr. art. 11, para 2.

¹⁵¹ Cfr. A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, cit., pp. 383 ss., il quale evidenzia come le controversie in materia, dato lo scarso valore economico che nella stragrande maggioranza dei casi avrebbero avuto, sarebbero rientrate nella competenza del Giudice

l'efficienza e l'autorevolezza con cui da anni l'A.G.C.M. aveva mostrato di saper operare nell'ambito della tutela della concorrenza e del mercato, in applicazione precisamente della disciplina *antitrust* (l. n. 287/1990) e della disciplina in materia di pubblicità ingannevole (D.lgs. n. 74/1992). L'Autorità, peraltro, soddisfaceva pienamente le esigenze di imparzialità prescritte dall'art. 11, para 3, lett. a) della direttiva¹⁵² e di affidabilità organizzativa e professionale prescritta dall'art. 4, para 7, del regolamento n. 2006/2004/CE «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori»¹⁵³.

L'art. 27 cod. cons. (rubricato «tutela amministrativa e giurisdizionale») ha così attribuito così all'A.G.C.M.¹⁵⁴ poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori, da esercitarsi all'esito di un articolato procedimento amministrativo – avviabile d'ufficio¹⁵⁵ o su istanza di parte – come attualmente disciplinato dagli artt. 4 ss. della Delibera dell'Autorità n. 25411 dell'1/04/2015, (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94)¹⁵⁶.

di pace, con tutti rischi a ciò connessi, compresi il non infrequente ricorso al «pericoloso strumento dell'equità» e le «inevitabili complicazioni» che avrebbe comportato la diversa competenza funzionale del Tribunale per la sola tutela d'urgenza. Nello stesso senso ID., *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, cit. 270-271, ove veniva l'illustrata l'inopportunità («un *monstrum* giuridico») anche della diversa possibile scelta di riservare all'Autorità giurisdizionale ordinaria la competenza dell'*enforcement* in materia, riconoscendo a un organo amministrativo il solo potere di promuovere l'azione.

¹⁵² Cfr. art. 10 della l. n. 287/1990.

¹⁵³ Così precisamente l'art. 4, para 7: «Gli Stati membri si adoperano affinché le autorità competenti dispongano delle risorse necessarie all'applicazione del presente regolamento. I funzionari competenti rispettano le norme professionali e sono soggetti ad adeguate procedure interne o regole di condotta che garantiscono, in particolare, la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali, l'imparzialità procedurale e il rispetto delle norme in materia di riservatezza e segreto professionale di cui all'articolo 13».

¹⁵⁴ L'A.G.C.M. è competente per l'accertamento e repressione delle pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, come disposto dal comma 1 *bis* dell'art. 27, introdotto dalla D.lgs. 21/2014 in recepimento della direttiva 2011/83/UE (cd. *Consumers Rights*). Sul punto v. più diffusamente *infra*, Cap. IV, § 3.

¹⁵⁵ Sulla possibilità di procedere d'ufficio da parte dell'A.G.C.M. all'accertamento della scorrettezza di una pratica è particolarmente favorevole A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ID., cit., pp. 229-230, la quale evidenzia come in tal modo sia stata superata «ogni esigenza di verifica sulla legittimazione del denunciante».

¹⁵⁶ Si tratta - come chiarisce il suo art. 2 - del regolamento che, nel rispetto dei principi del contraddittorio, della piena cognizione degli atti e della verbalizzazione, «si applica ai procedimenti dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, di pratiche

Più precisamente, è prevista la possibilità che chiunque ne abbia interesse (sia un consumatore, un professionista o una microimpresa) possa richiedere attraverso una formale comunicazione (art. 4 Reg.) l'intervento dell'Autorità¹⁵⁷, la quale, all'esito di una prima valutazione di tutti gli elementi portati alla sua conoscenza, potrà stabilire se procedere alla fase istruttoria vera e propria, ovvero semplicemente archiviare l'istanza o dichiararla irricevibile (per motivi espressamente individuati dall'art. 5 Reg.). Di particolare rilievo in detta fase (cd. pre-istruttoria) è la possibilità per il responsabile del procedimento, dopo averne informato il Collegio, di invitare «professionista, per iscritto, a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza o illiceità di una pubblicità ovvero di possibile scorrettezza di una pratica commerciale»: si tratta della cd. *moral suasion*, strumento di razionalizzazione dell'attività amministrativa dell'Autorità, funzionale com'è a evitare di aprire un procedimento istruttorio vero e proprio nell'ipotesi in cui sia verosimilmente fondata l'esistenza di una pratica scorretta¹⁵⁸.

Con l'apertura della fase istruttoria propriamente detta – che avviene con avviso da comunicarsi da parte del responsabile del procedimento alle parti interessate (art. 6) – s'instaura un pieno contraddittorio tra queste e l'Autorità, la quale quindi procederà all'istruzione della pratica, eventualmente ricorrendo a tutti gli strumenti istruttori già riconosciutigli dalla disciplina *antitrust*, quali la richiesta di informazioni, l'esibizione di documenti (art. 12) e la disposizione di ispezioni (art. 14). Nel corso di detta fase, o contestualmente alla sua apertura, l'Autorità, ogni qual volta ricorrano motivi d'urgenza, potrà altresì disporre, d'ufficio e con atto motivato, la sospensione provvisoria della pratica commerciale scorretta (art. 27, comma 3°, cod. cons., e art. 8 Reg.). È la c.d. fase

commerciali scorrette, di violazioni dei diritti dei consumatori nei contratti, di violazioni del divieto di discriminazioni, nonché di clausole vessatorie».

¹⁵⁷ A. GENOVESE, *o.u.c.*, p. 211 evidenzia come la possibilità di denunciare all'A.G.C.M. «a costo zero» una pratica commerciale scorretta sia pienamente coerente con la finalità di garantire un elevato *standard* di tutela del consumatore e del mercato, giacché la totale assenza di «costi di reazione» non può che favorire l'emersione, la denuncia e il contrasto delle pratiche commerciali scorrette.

¹⁵⁸ Cfr. art. 4, comma 5°, del Regolamento.

cautelare, il cui provvedimento di sospensione è adottabile solo ove ricorrano i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Esaurita l'istruttoria, gli atti (compresi gli scritti difensivi e i documenti offerti dalle parti interessate) vengono rimessi al Collegio decidente (art. 16), il quale con provvedimento motivato potrà *i*) chiudere il procedimento per accertata inesistenza di una pratica commerciale scorretta ovvero «per insufficienza degli elementi probatori, o per una delle ragioni di cui all'articolo 5, comma 1» [art. 17 Reg. lett. *a*)]; *ii*) accertare l'esistenza di una pratica commerciale scorretta [art. 17 Reg. lett. *b*)], nel qual caso verrà vietata la diffusione o continuazione della pratica (art. 27, comma, 8°, cod. cons.), irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 27, comma 9°, cos. cons.) ed eventualmente disposta la pubblicazione di estratto del provvedimento e/o di una dichiarazione rettificativa (art. 27, comma 8°, cod. cons.). Il procedimento potrà altresì chiudersi con provvedimento dell'Autorità che *iii*) accolga l'impegno del professionista - da presentarsi entro e non oltre il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento (art. 9 Reg.) - a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della pratica o modificandola sì da eliminare i profili di illegittimità (art. 27, comma 7°, cod. cons.): in tale caso il provvedimento renderà gli impegni obbligatori per il professionista, senza accertamento dell'infrazione contestata in sede di avvio del procedimento (artt. 17, lett. c, e 9 Reg.)¹⁵⁹.

L'articolata disciplina di controllo e repressione prevista dall'art. 27 cod. cons. ha negli anni pienamente soddisfatto le aspettative, garantendo efficacemente l'*enforcement* della disciplina di recepimento della direttiva 2005/29/CE¹⁶⁰. Non sorprende, pertanto, che siffatto controllo di ordine

¹⁵⁹ Il riconoscimento della facoltà dell'A.G.C.M. di accogliere gli impegni eventualmente proposti dal professionista, pur non essendo contemplata dalla direttiva 2005/29/CE, deve considerarsi pienamente legittima (A. GENOVESE, *o.u.c.*, p. 237; S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 227) trovando esplicita previsione nell'art. 4, para 6, lett. *e*) del Regolamento 2001/2004/CE ai sensi del quale le autorità nazionali responsabili della normativa che tutela i consumatori possono «ottenere dal venditore o fornitore responsabile delle infrazioni intracomunitarie l'impegno di porre fine all'infrazione intracomunitaria e, laddove opportuno, disporre la pubblicazione dell'impegno in questione».

¹⁶⁰ È quanto emerge dai dati delle relazioni dell'attività svolta dall'Autorità negli ultimi anni (reperibili in <http://www.agcm.it/relazioni-annuali.html>). A titolo esemplificativo, nell'anno 2016, su 112 procedimenti istruttori conclusi nelle materie di competenza dell'Autorità, 53 hanno riguardato pratiche commerciali scorrette nei confronti di consumatori o di microimprese, e 25 hanno visto l'applicazione della disciplina delle pratiche scorrette congiuntamente con quella

amministrativo abbia avuto maggiore diffusione rispetto altri rimedi pure preposti alla tutela degli interessi dei consumatori (sempre collettivamente considerati¹⁶¹) contro le pratiche commerciali scorrette¹⁶². Il riferimento è, da un lato, al meccanismo di tutela «autodisciplinare» di cui all'art. 27 *ter* cod. cons. e, dall'altro, alla già collaudata forma di tutela giurisdizionale di cui all'art. 140 cod. cons.

Ai sensi dell'art. 27 *ter* cod. cons. è previsto che – per l'ipotesi in cui le associazioni o organizzazioni imprenditoriali e professionali abbiano adottato, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta «che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici (art. 27 *bis* cod. cons.) – i consumatori, i concorrenti, individualmente o tramite le proprie associazioni e organizzazioni¹⁶³, possano convenire con il professionista di adire preventivamente il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore per la risoluzione concordata della controversia, volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta¹⁶⁴.

consumer rights. Si sono inoltre registrati ben 51 casi in cui l'Autorità, intervenendo con lo strumento della *moral suasion*, ha ottenuto da parte dei professionisti la rimozione di profili di scorrettezza/ingannevolezza di non eccessiva gravità ed ha così potuto procedere alla loro archiviazione senza svolgere accertamenti istruttori.

¹⁶¹ C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., pp. 777-778.

¹⁶² Lo aveva previsto G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2,4 e 8 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221)*, cit., p. 1109.

¹⁶³ Condivisibile è la qualificazione del presente rimedio come «a tutela dei consumatori collettivamente considerati»: cfr. C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 778, il quale evidenzia come il ricorso a questa forma di *alternative dispute resolution*, essendo finalizzata a vietare o far cessare la continuazione della pratica, proietta «i propri effetti sull'intero mercato: nei confronti, cioè, dei consumatori (e dei concorrenti) globalmente considerati».

¹⁶⁴ Ciò in conformità all'art. 10 della direttiva 2005/29/CE che invero «non esclude il controllo [...] delle pratiche commerciali sleali esercitato dai responsabili dei codici né esclude che le persone o le organizzazioni di cui all'articolo 11 possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi, oltre a quelli giudiziari o amministrativi di cui al medesimo articolo».

Per altro verso, e sempre nell'ottica di una tutela collettiva degli interessi della categoria del consumatore¹⁶⁵ e (quindi) del buon funzionamento del mercato¹⁶⁶, l'art. 139 cod. cons. prevede che le associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale (inserite nell'elenco istituito ai sensi dell'art. 137 presso il Ministero dello sviluppo economico) e i soggetti comunitari di cui al comma 2° del medesimo articolo possono (*i.e.* hanno la legittimazione ad) agire, ai sensi dell'art. 140, dinnanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria per la tutela degli interessi degli utenti e consumatori, compreso evidentemente quello «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà» [art. 2, lett. *c bis*)]. Ciò al fine di ottenere l'ordine di cessazione della pratica già posta in essere o il divieto di diffusione di quella di imminente attuazione, l'eventuale condanna del professionista al pagamento di una somma di denaro per ogni eventuale successivo inadempimento all'ordine giudiziale, la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani nazionali o locali, nonché ogni altra misura idonea a correggere o eliminare gli effetti della pratica.

¹⁶⁵ Cfr. C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 777; L. DI NELLA, *o.u.c.*, p. 352; G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 1108, il quale osserva che tale rimedio sia esperibile ogni qual volta la violazione del divieto di cui all'art. 20 ss. cod. cons. assuma una dimensione «collettiva», non esaurendosi in un comportamento tenuto *una tantum* nei confronti di un singolo consumatore.

¹⁶⁶ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Le tutele. Cenni introduttivi*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., pp. 221 ss., la quale mette in evidenza come sia sempre «più evidente una sorta di circolarità, che più *non* consente *separazioni nette*, in primo luogo fra concorrenza e consumatori e, di conseguenza, fra *public* e *private enforcement*» (il corsivo è dell'Autore). In altri termini, la funzione riequilibratrice del mercato e la tutela del consumatore rappresentano obiettivi inevitabilmente convergenti. Con specifico riferimento all'azione inibitoria collettiva v. M. RABITTI, *Le tutele collettive*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 266, secondo cui detta azione è «strumento di tutela dei consumatori e del mercato».

CAPITOLO II

UN PRIMO CONFRONTO: UNA DIVERSA PROSPETTIVA PER DIVERSI EFFETTI.

SOMMARIO: 1. Il mutamento di prospettiva: dal consumatore «individuale» al consumatore «medio». Dall'«atto» all'«attività»; 2. Ancora sul distinto piano di rilevanza delle due discipline: l'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE e il nesso con il diritto dei contratti; 3. (Segue) L'incidenza di una pratica commerciale sleale sulla natura abusiva di una clausola. Il caso *Jana Pereničová e Vladislav Perenič* contro *SOS financ spol. s r. o.* e la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I[^], del 15/03/2012, C-453/10.

1. Il mutamento di prospettiva: dal consumatore «individuale» al consumatore «medio». Dall'«atto» all'«attività».

È noto come il movimento di azione e opinione denominato “*consumerism*” abbia avuto origine negli Stati Uniti d’America nei primi anni del secolo XX, allorquando la figura del “consumatore”, dapprima oggetto delle analisi dottrinali degli economisti e sociologi, divenne argomento di elaborazione giuridica¹⁶⁷. È a questo periodo che risalgono i primi interventi del governo federale americano, tra i quali meritano menzione l’emanazione del *Pure and Food Drug Act* del 1906 e l’istituzione della *Federal Trade Commission* nel 1914, l’organo (una “*bipartisan federal agency*”) ancora oggi deputato alla tutela dei consumatori e alla promozione di un mercato competitivo attraverso l’esercizio di competenze funzionali alla repressione delle pratiche commerciali anticompetitive e sleali “*business to consumers*”.

È altrettanto noto come l’esperienza europea, di contro, abbia acquisito con forte ritardo la consapevolezza dell’opportunità di una tutela del consumatore e,

¹⁶⁷ Per un’esaustiva illustrazione della nascita ed evoluzione del fenomeno (oggi anche tradotto con il termine “consumerismo”), si veda G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, pp. 4 ss.

più in generale, di una disciplina dell'atto di consumo¹⁶⁸. Alquanto lungo e faticoso è stato il percorso che – dalla Risoluzione sui diritti dei consumatori del Consiglio del 1975 riguardante il “*Programma preliminare della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore*”¹⁶⁹ al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 (ratificato in Italia con legge 3 novembre 1992, n. 454; in G.U. 24 novembre 1992, n. 277, suppl. ord., entrato in vigore in data 1 novembre 1993) – ha condotto la tutela del consumatore da una posizione meramente strumentale rispetto all'obiettivo di

¹⁶⁸ Da taluni (G. ALPA, *ibidem*; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumatori in Italia*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., pp. 3 ss.) è stato rilevato come, per la verità, già il legislatore italiano del 1942 ebbe l'intuizione della centralità del ruolo del consumatore nel mondo degli scambi. Nella *Relazione al Re* (n. 238) del Libro V - *Del Lavoro* - del codice civile vigente (approvato con r.d. 30/01/1941-XIX, n.17), in commento all'art. 2597 c.c. sull'obbligo a contrarre del monopolista con chiunque e in condizione di parità di trattamento, la Commissione aveva così osservato: «un tale principio si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale, per ragioni varie e non tutte contingenti, va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i trasporti ferroviari) nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno». Analogamente, un indiretto riferimento al diritto del consumo sembrava potersi rinvenire nella disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto *ex artt.* 1341 e 1342 c.c., là dove, allo scopo di contemperare le esigenze organizzative e produttive degli «*imprenditori*» con quella di tutela dei «*clienti*» da potenziali abusi, venivano (come anche oggi vengono) previste «formalità speciali [...] per la conclusione dei contratti su moduli e formulari predisposti da una sola parte o dei contratti con rinvio a condizioni generali». Risulta difficile dire quanto il legislatore italiano fosse consapevole della centralità della figura del consumatore e di una disciplina specificamente rivolta al diritto del consumo. Appare, pur tuttavia, altrettanto arduo rinvenire in detti due isolati riferimenti normativi i prodromi di un vero e proprio diritto dei consumi, come invece iniziatosi a sviluppare, a partire dagli anni settanta, a livello comunitario.

¹⁶⁹ Nella piena consapevolezza che - si legge nella Risoluzione (in G.U.C.E., 25/4/1975, C 92/1) - «il consumatore non è più considerato come compratore e utilizzatore di beni e di servizi per il proprio uso personale, familiare o collettivo, ma come individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore», venivano quindi fissati i fondamentali obiettivi in materia, cui corrispondevano altrettanti diritti “fondamentali”, quali: *a)* il diritto alla protezione della salute e della sicurezza; *b)* il diritto alla tutela degli interessi economici; *c)* il diritto al risarcimento dei danni; *d)* il diritto all'informazione e all'educazione; *e)* il diritto alla rappresentanza e il diritto di essere ascoltato. Seguiranno un «Secondo programma della Comunità Economica Europea per una politica di protezione e informazione dei consumatori» del 19 maggio 1981 (in G.U.C.E., 3/5/1982, C 133/1) con l'obiettivo di proseguire e approfondire, in continuità con il primo programma, l'azione di tutela e di contribuire, in particolare, alla creazione delle condizioni per un migliore dialogo tra consumatori e produttori-distributori; nonché una terza Risoluzione del Consiglio del 23 giugno 1986 (in G.U.C.E., 5/7/1986, C 167/1) «concernente il futuro orientamento della politica della Comunità economica europea per la tutela e la promozione degli interessi del consumatore», sempre proiettata sull'obiettivo di garantire la protezione della salute, della sicurezza e degli interessi economici, nonché la promozione dell'educazione e dell'informazione del consumatore.

istaurazione e integrazione del mercato interno¹⁷⁰, ad assurgere ad autonoma politica nell'ambito delle finalità istituzionali dell'Unione Europea¹⁷¹.

¹⁷⁰ Il Trattato di Roma del 25 marzo 1957 non contemplava norme *ad hoc* sui diritti dei consumatori e sulla loro tutela. Ben pochi erano i riferimenti: nell'art. 39, tra le finalità della politica agricola comunitaria si menzionava quella di «assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori»; nell'art. 40, nel perseguimento delle predette finalità, alla costituenda organizzazione comune dei mercati veniva assegnato il compito di «escludere qualsiasi discriminazione tra produttori o consumatori della Comunità»; nell'art. 86, tra le politiche incompatibili con il mercato comune, venivano considerate quelle che tendono a «limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnologico a danno dei consumatori».

In altri termini, la tutela del consumatore non godeva affatto di significativa considerazione nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea; e, a ben vedere, di ciò davano conto anche i primi programmi d'intervento summenzionati (cfr. nota che precede), nei preamboli di ciascuno dei quali veniva significativamente ricordato che il riconoscimento dei diritti dei consumatori non costituisse una politica della CEE, dovendo piuttosto essere garantito «da azioni intraprese nell'ambito di politiche specifiche quali, ad esempio, la politica economica, la politica agricola comune, la politica sociale, le politiche dell'ambiente, dei trasporti e dell'energia, nonché di ravvicinamento delle legislazioni che, tutte, incidono sulla situazione del consumatore», ovvero che gli interessi del consumatore venivano presi in considerazione solo «nell'ambito di altre politiche comunitarie, segnatamente quelle concernenti il completamento del mercato interno». Che la tutela del consumatore fosse un «riflesso» della formazione e dell'integrazione del mercato interno ne sono testimonianza anche le due ulteriori Risoluzioni del Consiglio in tema, rispettivamente, di «integrazione della politica dei consumatori nelle altre politiche comuni» del 15 dicembre 1986 (in G.U.C.E., 7/1/1987, C 3/1) e «future priorità per il rilancio della politica dei consumatori» del 9 novembre 1989 (in G.U.C.E., 22/11/1989, C 294/1). In particolare, in quest'ultima si legge che «i lavori relativi al mercato interno dovrebbero progredire anche nel senso di una liberalizzazione del commercio e di una maggiore concorrenza di cui dovrebbe beneficiare anche il consumatore». In quest'ottica, dunque, la tutela del consumatore altro non costituiva che una ricaduta del processo di integrazione del mercato interno.

La situazione non mutò neppure con l'Atto Unico Europeo, firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e ratificato in Italia con legge 23 dicembre 1986, n. 909, (in G.U. 29 dicembre 1986, n. 300, entrato in vigore in data 1 luglio 1987), con cui venivano apportate alcune modifiche al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Per quel che qui interessa, veniva aggiunto il nuovo art. 100 A, ove si stabiliva che la Commissione, nel formulare proposte «in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato». È indubbio che con esso, per la prima volta, si rinveniva finalmente un espresso riferimento «alla protezione del consumatore» in una fonte di diritto primario; ma è altrettanto indubbio che l'esercizio del potere propositivo della Commissione rimaneva pur sempre strumentale all'adozione, da parte del Consiglio, di «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno»: la tutela del consumatore, in altri termini, rimaneva sempre in una posizione ancillare, divenendo rilevante - seppur «di livello elevato» - solo se coinvolta nelle dette misure dirette all'istaurazione e al funzionamento concorrenziale del mercato comunitario.

¹⁷¹ È proprio nel trattato di Maastricht che la protezione del consumatore assurge, nell'ambito delle finalità istituzionali della nuova Unione Europea (art. 2), a politica autonoma [art. 3, lett. s)] e a essa è dedicato un apposito Titolo, l'undicesimo (XI). La Comunità - così recitava l'art. 129 A - «contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori» non più e solamente mediante «a) misure adottate in applicazione dell' articolo 100 A nel quadro della realizzazione del mercato interno», ma anche mediante, «b) azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata».

La medesima attenzione alla tutela degli interessi dei consumatori è prestata dal successivo Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 e ratificato in Italia con legge 16 giugno 1998, n. 209 (in G.U. 6 luglio 1998, n. 155, suppl. ord. n. 114, entrato in vigore in data 1 maggio 1999). Il

Di questo lungo percorso europeo e della sua evoluzione è stata autorevolmente offerta una partizione in diverse fasi, tra loro distinte sotto il profilo temporale e della produzione normativa¹⁷²; una partizione che appare opportuno richiamare giacché, seppure concepita in termini generali, appare efficacemente cogliere il tratto che, da un lato, sintetizza la principale peculiarità della disciplina della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, e, dall'altro, contestualmente traccia la più evidente linea distintiva tra quest'ultima e la disciplina recata della direttiva 1993/13/CEE sulle clausole abusive.

È stato rilevato come per quasi tre decenni la politica europea di tutela del consumatore sia stata caratterizzata da interventi normativi tutti relativi a determinate operazioni commerciali e/o singole modalità di conclusione di contratti, talora anche incidenti sul contenuto sostanziale del regolamento contrattuale. Le direttive che si sono incessantemente succedute in questo primo periodo, pur rispondenti a istanze di protezione diverse tra loro, possono accomunarsi per avere tutte disciplinato «diversi segmenti nei quali si articola il rapporto *individuale*» (e dunque - potrebbe dirsi - propriamente contrattuale) tra il

nuovo art. 153 (Titolo XIV), in sostituzione dell'art. 129 A, enfatizzava, già al primo comma, l'esigenza di «tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché [di] promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi»; tanto mediante misure adottate a norma dell'articolo 95 (già art. 100 A) nel quadro della realizzazione del mercato interno, quanto mediante misure di sostegno, integrazione e controllo della politica svolta dagli Stati membri. Sembrava trovare maggiore enfasi l'esigenza di protezione del consumatore anche nella definizione delle altre «politiche o attività comunitarie», in una nuova disposizione (comma 2° dello stesso art. 153) che può definirsi dal carattere «orizzontale», nel senso di imporre la considerazione delle istanze di protezione dei consumatori in ogni azione comunitaria, qualunque sia l'area istituzionale di intervento.

L'esigenza di tutela del consumatore veniva quindi richiamata nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (in G.U.C.E., 26/10/2006, C 326/391), precisamente all'art. 38 (rubricato «Protezione dei consumatori»), ove veniva espressamente previsto che «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori»; e da ultimo, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) (in G.U.C.E. n. C 326 del 26/10/2012), là dove, dove aver collocato la protezione dei consumatori tra i «principali settori» in cui l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri [art. 4, comma 2°, let. f)], si riconferma la necessità di tenere in considerazione le esigenze di tutela dei consumatori in sede di definizione e attuazione delle altre politiche comunitarie (art. 12), e si ripropone l'esigenza di assicurare loro un livello elevato di protezione, contribuendo «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».

¹⁷² Il riferimento è a L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 6 ss.; ID., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 4-5 della versione digitale; negli stessi termini anche G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., pp. 365-366.

consumatore e il professionista»¹⁷³. È a questo periodo che, a titolo esemplificativo, risalgono la direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali¹⁷⁴, la direttiva 90/314/CEE del Consiglio del 13 giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti «tutto compreso»¹⁷⁵, la direttiva del Parlamento europeo del Consiglio 97/7/CEE del 20 maggio 1997 in materia di contratti a distanza¹⁷⁶, la direttiva 99/44/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo¹⁷⁷.

E a questo periodo risale anche la direttiva 1993/13/CE sulle clausole abusive, diffusamente considerata la più importante¹⁷⁸ tra quelle della sua «generazione» in virtù – come visto¹⁷⁹ – del suo carattere trasversale, per essere cioè destinata a regolare ogni “tipo” della contrattazione consumeristica. Ma come le altre direttive a essa coeve, anche la n. 13 del 1993 della Comunità Economica Europea ha a riferimento la disciplina del rapporto *individuale* intercorrente tra il consumatore e il professionista, nel quale, più precisamente, intende evitare l’esistenza di un cd. «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Di tale dimensione individuale, che ineludibilmente colloca la disciplina delle clausole vessatorie nel più ampio alveo del *diritto dei contratti*, danno sicuro riscontro due dati normativi positivizzati nelle disposizioni della direttiva (e negli artt. 33 ss. cod. cons.).

In primo luogo, vengono in rilievo i tre criteri «positivi» espressamente menzionati dall’art. 4, para 1, della direttiva (art. 34, comma 1, cod. cons.) di cui l’autorità giurisdizionale deve tenere conto nel giudizio di vessatorietà della clausola o delle clausole oggetto del suo sindacato. Si tratta di criteri normativi dal carattere soggettivo, individualizzante e concreto: essi guidano cioè verso una

¹⁷³ Così L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumatori in Italia.*, cit., p. 7.

¹⁷⁴ In G.U.C.E., L 372 del 31/12/1985.

¹⁷⁵ In G.U.C.E., L. 158/60, 23/06/1990.

¹⁷⁶ In G.U.C.E., L 144 del 04/06/1997.

¹⁷⁷ In G.U.C.E., L 171/12, 07/07/1999.

¹⁷⁸ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 8, la definisce una «pietra miliare nella storia del diritto del consumo».

¹⁷⁹ V. *supra*, Cap. 1, §1-2.

necessaria contestualizzazione del giudizio, avendo la precipua funzione di orientare l'attenzione dell'interprete alla singola e particolare fattispecie negoziale nei termini specifici in cui si presenta all'indagine del giudice, ovvero valorizzando tutti gli elementi e le vicende che abbiano condotto all'istaurazione di quel *particolare* rapporto. Negli equilibri del giudizio di vessatorietà il giudice dovrà quindi tenere in debita considerazione la natura di quel *particolare* bene o servizio oggetto del contratto, far riferimento a tutte le *specifiche* circostanze esistenti al momento della sua conclusione, nonché valorizzare il contenuto sostanziale di ogni altra clausola di quel *particolare* contratto o di altro *specificamente* collegato o da cui dipende, sempre - s'intende - stipulato tra quel *singolo* consumatore e quel *singolo* professionista sulla di cui controversia è chiamato a pronunciarsi¹⁸⁰.

L'accertamento della natura vessatoria di una clausola si caratterizza, dunque, per la rilevante complessità del relativo apprezzamento, essendo esso sempre e inevitabilmente ancorato a una valutazione di carattere concreto e individuale¹⁸¹. È in questo senso che meglio si coglie la considerazione - pienamente condivisibile - di quanti hanno rilevato come i criteri di cui all'art. 34, comma 1°, cod. cons. rappresentano una sorta di concretizzazione pratica del principio di buona fede¹⁸² ex art. 33 cod. cons., di cui contribuiscono congiuntamente a specificarne il contenuto operativo¹⁸³.

A tradire la dimensione prevalentemente individuale della direttiva 1993/13/CEE è, in secondo luogo, il disposto dell'art. 6 della stessa, là dove - come visto - agli Stati membri è imposto di prevedere che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista non

¹⁸⁰ Stando così le cose, dovrà ammettersi l'eventualità che una medesima clausola possa considerarsi vessatoria e, come tale, nulla nel contratto stipulato da un dato consumatore, ma pienamente valida e efficace per un altro, nei cui confronti, ricorrendo altre "riequilibranti" contingenze, non si determina alcuno «significativo squilibrio» normativo.

¹⁸¹ S. MEUCCI, sub art. 34, in *Codice del consumo – Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007, p. 337.

¹⁸² S. TROIANO, sub art. 1469-bis, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, p. 64.

¹⁸³ Cfr. M. NUZZO, *Accertamento della vessatorietà*, sub. art. 1469-ter comma 1° e 2°, in *Le nuove leggi civili commentate*, I, 1997, p. 1144.

vincolino il consumatore. Al legislatore comunitario è parso cioè opportuno che la “lotta” alle clausole abusive dovesse anzitutto muovere dall’iniziativa dei *singoli* consumatori (o, in supplenza, della stessa autorità giurisdizionale da *questi* adita), attraverso il riconoscimento di un rimedio – che nell’ordinamento italiano ha assunto la veste di «nullità di protezione» (art. 36 cod. cons.) – dalla dimensione ancora una volta *individuale*, esperibile com’è *ex post* dal singolo consumatore vessato (cd. *private enforcement*).

La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, per contro, muove da un angolo prospettico radicalmente opposto, avendo inteso affidare la repressione di siffatte pratiche a rimedi esclusivamente *preventivi e generali*, espressione della necessità di una tutela di interessi tipicamente *diffusi* dei consumatori, *collettivamente* intesi quali macrocategoria operante nel mercato interno; nonché espressione di una tutela che non interviene *ex post* sul singolo regolamento contrattuale, ovvero sull’«atto», ma che, in una più ampia prospettiva macroeconomica, incide, arginandola, su qualsivoglia «pratica» (o, se si vuole, «comportamento» o «attività») professionistica in grado di illegittimamente incidere sulle scelte commerciali del consumatore, e dunque, «slealmente» spostare la domanda verso i propri prodotti.

Sono proprio questi i tratti che, seppure già parzialmente presenti già nella direttiva 1993/13/CEE¹⁸⁴ (come meglio si vedrà *infra*, Cap. III, § 1), andranno a costituire le peculiarità della successiva disciplina delle pratiche commerciali sleali di cui alla direttiva 2005/29/CE, una normativa recante regole di mercato «concernenti, per l’appunto, *pratiche* e dunque *comportamenti, attività*»¹⁸⁵, e destinate a proteggere, in via preventiva e generale, interessi *collettivi e diffusi*¹⁸⁶ dei consumatori.

¹⁸⁴ Se, per un verso, non può certamente negarsi che la direttiva 1993/13/CEE abbia una dimensione individuale, non può, per altro, del pari negarsi che essa anche abbia anche una dimensione superindividuale, come reso evidente dai rimedi collettivi *ex artt. 37 e 37 bis* cod. cons. Sul punto si tornerà con maggiore precisione *infra*, Cap. III, § 1.

¹⁸⁵ N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012, p. 164.

¹⁸⁶ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 4 (versione digitale). N. ZORZI GALGANO, *o.u.c.*, p. 165 e nota 5; C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali*

Tale ultimo aspetto, in particolare, emerge con chiarezza già nell'individuazione del destinatario della disciplina, con riferimento al quale l'autorità dovrà condurre la valutazione circa la potenzialità della pratica a falsarne il comportamento economico. Questi non è più, invero, il consumatore individuale con cui il professionista è entrato in contatto o che è stato concretamente colpito dalla pratica, bensì il «consumatore medio», ovvero un «virtuale consumatore tipico [...] normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici»¹⁸⁷. La scorrettezza di una pratica commerciale dovrà allora essere valutata alla stregua di un parametro generale e astratto, qual è quello di consumatore medio, rispetto al quale le istanze individuali del consumatore rimarranno del tutto estranee: con ciò ben potendosi ammettere che uno stesso comportamento, seppur contrario a buona fede nel rapporto individuale che lega il professionista a uno specifico consumatore, possa invece non esserlo avendo riguardo alla caratteristiche medie della categoria di consumatori cui quel comportamento è indirizzato; e che, viceversa, una pratica possa essere scorretta avendo riguardo al «consumatore medio», senza purtuttavia esserlo in relazione alle qualità del singolo consumatore con cui il professionista abbia contratto o stia per contrarre¹⁸⁸.

scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo, cit., pp. 777- 778.

¹⁸⁷ Cfr. *considerando* 18 della direttiva.

¹⁸⁸ Così S. TROIANO, sub *art. 20*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1699, il Quale, muovendo dalla dicotomia consumatore «medio»/consumatore «individuale», esclude che, sotto il profilo risarcitorio, possa sussistere una corrispondenza automatica tra la violazione del precetto della buona fede di cui all'art. 20 cod. cons. e la violazione della buona fede ai sensi della disciplina del codice civile (in particolare *ex artt.* 1337 e 1375 c.c.): «ciò in quanto, se comune è la nozione di buona fede, non del tutto coincidenti sono tuttavia, nell'uno e nell'altro contesto normativo, i criteri alla stregua dei quali la violazione della buona fede deve essere valutata». *Contra* S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 171, nota 246, secondo il Quale, avendo sempre riguardo al profilo risarcitorio, una siffatta conclusione non può considerarsi generalmente valida. Invero, secondo l'Autore, il comune carattere illegittimo di tutte le fattispecie di p.c. scorrette le caratterizza come «fatt[i] illecit[i] ai fini dell'accertamento della fondatezza di pretese risarcitorie individuali, tutte le volte in cui la p.c. scorretta cagioni un danno. In particolare, ciò equivale ad indicare che nel nostro ordinamento la p.c. scorrette sono idonee a comportare una responsabilità risarcitoria del professionista al quale siano imputabili nei confronti di quanti [...] subiscano un danno in conseguenza della loro commissione» (così ID., sub *artt.* 24-26, in *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., p. 106). Pertanto, sempre secondo l'A., a fronte di una pratica commerciale aggressiva per il consumatore medio, potrà avanzare pretese risarcitorie anche quel consumatore individuale il quale, in quanto più che mediamente capace di reagirvi, non abbia intrapreso alcuna trattativa né

Nella medesima prospettiva, significativo è altresì che la direttiva 2005/29/CE non fornisca alcun rimedio individuale al consumatore che sia stato vittima di una pratica commerciale scorretta. Essa, agli artt. 11, 12 e 13 richiede – come visto – solamente che gli Stati membri stabiliscano per siffatte pratiche un trattamento giuridico dalla dimensione superindividuale (cd. *public enforcement*), precisamente consistente in un rimedio funzionale a inibirne la diffusione o continuazione; e tanto indipendentemente dalla rilevanza giuridica delle medesime pratiche sui rapporti individuali¹⁸⁹: le pratiche commerciali scorrette, in altri termini, «hanno – come è stato attentamente osservato – una rilevanza giuridica *esterna* a quella ad essa eventualmente collegabile alla stregua degli ordinamenti degli Stati membri che disciplinano i rapporti individuali tra professionisti e consumatori»¹⁹⁰.

L'aver attribuito all'agire del consumatore un «rilievo macroeconomico» quale espressione della domanda in generale¹⁹¹ non rappresenta, però, l'unico tratto caratterizzante la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Venendo al secondo aspetto che connota tale normativa, va detto che ciò che la distingue rispetto a quelle precedenti, compresa la disciplina sulle clausole vessatorie, è, altresì, l'aver svincolato il consumatore dalla sua posizione di mero contraente per destinarlo a una tutela ben più pervasiva¹⁹², perché non più ristretta al solo momento dell'acquisto, bensì permeante l'intero processo di consumo. È quanto significativamente indicato dalla definizione di pratica commerciale scorretta, la quale non è invero circoscritta alla sola attività contrattuale propriamente detta, ma comprende - come visto - «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente *connessa* alla

avuto alcun contatto con il professionista molesto, ma che ciononostante abbia subito un danno (ad es. per avere sopportato costi per far cessare o sottrarsi a quelle molestie).

¹⁸⁹ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit. pp. 167-168.

¹⁹⁰ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit. p. 166.

¹⁹¹ Così L. ROSSI CARLEO, *Cenni introduttivi. Le tutele*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 222.

¹⁹² M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del consumo*, cit., p. 5.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi in Italia*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 13.

promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Ed è anche quanto reso palese dalla rilevanza «temporale» di detti comportamenti, che sono invero passibili di essere qualificati come pratiche commerciali scorrette indipendentemente dalla fase del rapporto di consumo in cui vengono in rilievo, ovvero indifferentemente dalla circostanza che essi siano posti in essere «*prima, durante e dopo*» l'operazione commerciale¹⁹³.

Il consumatore è, pertanto, destinatario di una tutela che – come illustrato *supra* (Cap. I, § 3) – abbraccia (già) i primi approcci del professionista volti a promuovere l'operazione commerciale, allorquando, ad esempio, il consumatore è un soggetto passivamente destinatario di una pratica pubblicitaria; che copre la fase precontrattuale propriamente detta, allorquando vengono istaurati i primi diretti contatti con il professionista; e che comprende anche la fase esecutiva del rapporto ormai istauratosi, là dove, ad esempio, vengono in rilievo le decisioni del consumatore circa l'esercizio o meno di un diritto contrattuale.

Si è così determinato quel mutamento di prospettiva nella disciplina della tutela del consumatore che è stato felicemente sintetizzato come passaggio «dall'atto all'attività»¹⁹⁴: un mutamento che – sempre ricorrendo alla autorevole ripartizione dell'evoluzione del diritto dei consumatori – ha aperto le porte a una terza fase e dato vita – come pure si è detto – a «una terza generazione di direttive a tutela dei consumatori», con la quale la «la normazione europea si è estesa ai comportamenti»¹⁹⁵ e l'attenzione si è spostata «dall'atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal suo profilo statico, all'attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico»¹⁹⁶.

¹⁹³ L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 166.

¹⁹⁴ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p. 12; ID., *Il diritto dei consumatori in Italia*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 9; ID., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., pp. 6-7 (versione digitale); L. FIORENTINO, *o.u.c.*, p. 166; N. ZORZI GALGANO, *o.u.c.*, p. 164.

¹⁹⁵ G. ALPA, *o.u.c.*, p. 366.

¹⁹⁶ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 6 (versione digitale). È interessante notare come, quanto al fenomeno della contrattazione standardizzata, già la meno recente dottrina aveva ricorso alla distinzione tra «atto» e «attività», in particolare al fine di discernere le forme di tutela che tengano conto della dimensione collettiva del fenomeno (per l'appunto configurantesi come forme di controllo di attività) e le forme di tutela che invece si

2. Ancora sul distinto piano di rilevanza delle due discipline: l'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE e il nesso con il diritto dei contratti.

Le considerazioni che precedono consentono di approdare a una prima - forse la più intuitiva - conclusione dell'analisi del rapporto che intercorre tra la disciplina delle clausole vessatorie e la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. L'una è principalmente destinata a incidere, imponendone *ex post* un controllo sostanziale (*i.e.* di tipo contenutistico), sul rapporto *individuale* tra il consumatore e il professionista, dacché deve inferirsi il suo inquadramento nella disciplina generale del *diritto dei contratti*¹⁹⁷. L'altra reca regole di (corretto funzionamento del) *mercato* interno volte a proteggere, in via preventiva e generale, gli interessi *collettivi* dei consumatori avverso ogni forma comportamentale sleale¹⁹⁸, sicché essa si colloca su di un piano diverso da quello del diritto dei contratti, da taluni definito come proprio del nuovo diritto (generale) delle pratiche commerciali scorrette¹⁹⁹, da tal'altri identificato - ma senza con ciò volerne attribuire una diversa portata - come peculiare della «disciplina della *concorrenza in senso lato*, vale a dire della disciplina volta ad assicurare il corretto e efficiente funzionamento della disciplina della concorrenza

limitano a un approccio individualizzante (configurantesi come forme di controllo di atti) (cfr. in questo senso E. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, pp. 105 ss.).

¹⁹⁷ In questo senso S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 35-36 il Quale motiva l'appartenenza della suddetta normativa alla disciplina del contratto muovendo dalla non vincolatività delle clausole abusive, così come disposto dall'art. 6. Così, precisamente, rileva l'Autore: «Article 6 of the UTD provided for the legal treatment of the unfair terms as a matter of contract law, *i.e.* at the level of the *individual contractual relationships* between traders and consumers, by requiring Member States to ensure that unfair terms are legally not-binding on the consumer in the contractual relationships between traders and consumers» (il corsivo è dell'A.).

Dopotutto, in termini di teoria generale, è noto come il contratto, in una prospettiva di stampo individualistico, sia anzitutto composizione di interessi (per l'appunto) individuali: esso poggia sulla spontaneità delle determinazioni delle singole parti che così lo adibiscono alle loro necessità e utilità (cfr. F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, pp. 808 e 813 ss.; cfr. N. ZORZI GALGANO, *o.u.c.*, p. 166).

Quanto poi alla possibilità di ricondurre le discipline dei contratti stipulati dai consumatori alla parte generale del diritto contrattuale v., in particolare, P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, n. 5, pt. 1, pp. 787 ss. e, più precisamente, pp. 792 ss., il Quale ben illustra come tale integrazione possa fondarsi sulla esistente compatibilità assiologica tra i corrispondenti contesti normativi.

¹⁹⁸ Così L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumatori in Italia*, in *Diritto dei consumi - Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 9.

¹⁹⁹ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173.

nell'interesse generale e di tutti i soggetti che agiscono sul mercato come operatori e come consumatori»²⁰⁰.

Stando così le cose, sotto tale profilo, sembra corretto rilevare come il rapporto tra le due direttive in analisi debba essere sussunto sotto il più ampio e generale rapporto che intercorre tra il diritto delle pratiche commerciali sleali (o, ove si preferisca, della concorrenza sleale) e il diritto dei contratti, del quale ultimo vengono in particolare rilievo le norme in materia di (in)validità del contratto.

Sebbene esuli dall'oggetto del presente lavoro ripercorrere l'ampio dibattito relativo all'incidenza che una pratica commerciale scorretta possa avere sui singoli rapporti eventualmente instauratisi tra il professionista e i consumatori e, in particolare, sulle sorti del contratto stipulato «a valle» di siffatta pratica, appare purtuttavia opportuno richiamarne alcune considerazioni che certamente ben tornano utili in questa sede, anche nell'affrontare l'ulteriore peculiare, ma non dissimile, questione - persino oggetto di un recente arresto della Corte di giustizia europea - relativa alla possibile influenza di una pratica commerciale sleale sulla qualificazione di una clausola come «abusiva».

Ora, il dato normativo primo da cui muovere deve senz'altro rinvenirsi nel disposto, avente con evidenza un ruolo chiave nella delicata ricostruzione del rapporto in analisi, dell'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE, il quale così dispone: «La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un

²⁰⁰ Cfr. P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit, p. 6, per il Quale la disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE mira precisamente a reprimere quella non trascurabile parte di atti di concorrenza sleale che pregiudicano in modo diretto gli interessi dei consumatori e in modo indiretto gli interessi dei concorrenti. Precisamente, l'Autore rileva che già «l'uso del termine “sleali” per indicare il criterio di valutazione delle pratiche commerciali suggerisce subito che la direttiva intenda introdurre una disciplina generale volta a reprimere le condotte delle imprese sul mercato contrarie a regole di correttezza che abbiano una diretta efficacia lesiva degli interessi dei consumatori *integrando così la tradizionale repressione della concorrenza sleale* [...]». Per il vero, anche, S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 151, rileva come il “posto” del nuovo diritto delle pratiche commerciali sleali sembra collocarsi idealmente insieme al diritto della concorrenza a presidio del corretto funzionamento del mercato interno e, più precisamente, a tutela dell'idea «di far funzionare il mercato interno attraverso i contratti, in quanto per il legislatore comunitario il mercato interno funziona correttamente attraverso i contratti se vi è una concorrenza effettiva e leale tra le imprese e se i professionisti non falsano il comportamento economico dei consumatori».

contratto». Detto disposto - è stato comunemente evidenziato - altro non vuole significare che la direttiva, nonostante sancisca un assai generale divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali relativamente a ogni fase del rapporto di consumo e imponga agli Stati membri di predisporre che il citato divieto venga rispettato e la sua eventuale trasgressione sanzionata, ha recisamente inteso escludere che tutto ciò debba ripercuotersi sul diritto privato dei contratti degli stessi Stati membri²⁰¹. Certamente, i legislatori nazionali, ove lo avessero voluto (e lo volessero), ben avrebbero potuto (e potrebbero) prevedere specifici rimedi contrattuali in capo al singolo consumatore eventualmente colpito da una pratica commerciale sleale, giacché previsioni di tale natura, seppure non imposte, non erano (e non sono) neppure vietate²⁰²: non essendo invero «pregiudicate» dall'applicazione della direttiva, le norme nazionali in materia contrattuale non ricadono nell'opera di armonizzazione del legislatore europeo, onde la determinazione dei loro contenuti è rimasta alla discrezionalità dei singoli Stati membri²⁰³. Dei quali, in effetti, alcuni sono variamente intervenuti prevedendo specifiche conseguenze sul rapporto individuale tra consumatore e professionista inciso dalla pratica sleale²⁰⁴, mentre altri, come l'Italia, hanno serbato quello che è stato definito un «clamoroso»²⁰⁵ silenzio.

²⁰¹ Così G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., p. 20; Cfr. S. WHITTAKER, *The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Law*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, cit., p. 145.

²⁰² In questo senso cfr. anche il *considerando* 9, ove si chiarisce che la direttiva 2005/29/CE «non pregiudica i ricorsi individuali proposti da soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale».

²⁰³ Così G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 23; cfr. M. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 479; S. WHITTAKER, *o.u.c.*, pp. 139 ss.

²⁰⁴ Si vedano i casi della Francia, ove l'art. L 122-15 del *Code de la Consommation*, come modificato dall'art. 39 della *Loi* n. 2008-3 del 3/1/2008 prevede la nullità (e l'inefficacia) del contratto stipulato «a valle» di una pratica commerciale aggressiva; del Portogallo, ove l'art. 14 del *decreto-lei* n. 57 del 26 marzo 2008 dispone che il consumatore possa alternativamente chiedere l'annullamento del contratto ovvero la sua riduzione a equità, o ancora l'eliminazione delle clausole il cui inserimento sia stato influenzato dalla pratica commerciale scorretta; del Lussemburgo, ove l'art. 11, comma 2, della *Loi relative aux pratiques commerciales déloyales* del 29 aprile 2009 stabilisce che qualsiasi clausola o combinazione di clausole di un contratto in violazione della medesima legge si reputa «nulla e non scritta»; del Belgio, ove l'art. 41 della *Loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur* del 6 aprile 2010, prevede che il contratto stipulato sotto l'influenza di una pratica commerciale sleale si converta, *ex lege*, da

Con formula quasi coincidente a quella comunitaria, l'art. 19, comma 2, lett. a), cod. cons. dispone invero che il titolo III, parte II del medesimo codice non pregiudica «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto».

Ben chiara è stata dunque la scelta di politica legislativa del legislatore italiano. Della quale, la si condivida o meno, non può che prendersi atto e trarre i dovuti esiti.

S'intende che dalla mancata previsione di specifici rimedi contrattuali nella disponibilità del singolo consumatore colpito dalla pratica commerciale scorretta non potrà dedursi che nessun contratto possa *ex se*, ovvero per il solo fatto di essere stato preceduto da una siffatta pratica, essere considerato affetto da nullità («strutturale» o «virtuale» che sia)²⁰⁶, annullabilità²⁰⁷, ovvero essere suscettibile di sciogliersi unilateralmente per atto di recesso *ad nutum* del

oneroso a gratuito, potendo il consumatore pretendere la ripetizione delle somme versate senza dover restituire quanto ricevuto; della Danimarca, ove il § 20, comma 1, del *Lov om markedsføring* del 2005, come modificato dalla legge di recepimento della direttiva 2005/29/CE, prevede che il giudice, contestualmente all'adozione dell'ingiunzione di astenersi dal continuare a porre in essere la pratica commerciale sleale, possa altresì disporre che tutti i contratti eventualmente stipulati dal professionista in violazione di tale divieto si considerino invalidi. Per una più precisa analisi comparatistica delle scelte operate dai Paesi membri si rinvia a G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2010, pp. 892 ss. e in particolare pp. 897 ss., e M. MAUGERI, *o.u.c.*, pp. 480 ss.

²⁰⁵ Cfr. C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 778. Come l'Italia, anche Malta, Ungheria e Romania hanno espressamente previsto, così replicando la formula di cui all'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE, che le nuove disposizione concernenti le pratiche commerciali scorrette «non pregiudicano» le regole del diritto dei contratti. Altri paesi, come Germania, Austria, Spagna e Paesi Bassi, non solo non hanno preso alcuna posizione sulle possibili conseguenze privatistiche del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, ma non hanno neppure riprodotto la formula del citato art. 3, para 2. Altri paesi ancora, come Irlanda e Regno Unito, hanno invece espressamente escluso che la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette possa determinare, di per sé sola, l'invalidità del contratto concluso «a valle» della pratica. Si v. sempre G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 892 - 897.

²⁰⁶ *Contra* v. L. DINELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 62; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, n. 2, 2006, p. 171; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837.

²⁰⁷ C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 781 per il quale «l'ambito di operatività del "rimedio" dell'annullabilità non coincide affatto con quello dei "rimedi" collettivi apprestati dalla novella in attuazione della dir. 2005/29/CE»; cfr. altresì D'AMICO, *Formazione del contratto* (voce), in *Enc. Dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, pp. 586 ss.

consumatore²⁰⁸, né – sembra doveroso anticipare – che possa qualificarsi in alcune sue parti affetto da squilibrio normativo nel senso e per gli effetti (cd. nullità di «protezione») della disciplina sulle clausole vessatorie. Ne deriva altresì che, nel caso di violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette (art. 20, comma 1, cod. cons.), la disponibilità e i presupposti di azionabilità da parte del consumatore dei summenzionati rimedi contrattuali non potranno che ricercarsi nel corrispondente sistema normativo in cui trovano fonte e disciplina, sia esso il codice civile o, come nel caso della disciplina delle clausole vessatorie, il codice del consumo (agli art. 33 ss.)²⁰⁹.

È una scelta, questa compiuta da legislatore italiano, che è stata più o meno condivisa. Appare tuttavia difficile non apprezzarne la ragionevolezza, essendo essa *coerente* con la rilevanza meta-individuale che il legislatore europeo ha inteso conferire alla struttura normativa della direttiva 2005/29/CE, rispetto alla quale, come visto, estraneo rimane l’assetto individuale dei rapporti tra consumatori e professionisti. Senza considerare, peraltro, che prevedere e disciplinare un unico e specifico rimedio che il consumatore possa esperire

²⁰⁸ C. TUVÉRI, sub art. 19, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1690; A. MIRONÉ, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, p. 326.

²⁰⁹ Cfr. in particolare C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 780-781 che, con specifico riferimento alla configurabilità di un’ipotesi di “nullità virtuale” del contratto stipulato in esito a una pratica commerciale scorretta (per violazione del divieto *ex* art. 20, comma 1, cod. cons., eventualmente inteso quale norma imperativa ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c.), osserva: «così, ad es., se il “prodotto” oggetto della vendita del consumatore dovesse rilevarsi “inesistente”, il relativo contratto sarà nullo non (*ex* art. 1418, 1° co., c.c.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 21, 1° co., lett. a, c. cons.) abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì (*ex* art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui il suo “oggetto” dovesse risultare carente del requisito della possibilità (art. 1436 c.c.); se la vendita del “prodotto” dovesse rilevarsi “illecita”, il relativo contratto sarà nullo non (*ex* art. 1418, 1° co., c.c.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 23, 1° co., lett. i, c. cons.) abbia falsamente affermato e generato comunque l’impressione che detta vendita fosse lecita, bensì (*ex* art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui “illeciti” dovessero risultare la «causa» o il suo «oggetto» (artt. 1343 e 1346 c.c.); se l’acquisto effettuato dal consumatore dovesse rilevarsi frutto di una violenza fisica che abbia annientato la volontà, al punto di rendere solo apparentemente a lui riferibile la dichiarazione negoziale, il relativo contratto sarà nullo non (*ex* art. 1418, 1° co., c.c.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 24) abbia posto in essere una “pratica commerciale aggressiva” in danno del consumatore, bensì (*ex* art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui detta “pratica” dovesse risultare aver determinato il difetto di quel “requisito essenziale” del contratto costituito dal “consenso” (art. 1325, 1° co., n. 1, c.c.)»; cfr. C. TUVÉRI, *ibidem*.

quando vittima di una pratica commerciale scorretta sarebbe, oltre che non doveroso, alquanto arduo²¹⁰.

Non può invero non rilevarsi come nel disegno delle fattispecie generali e particolari di pratiche commerciali scorrette risultino del tutto assenti «quelle distinzioni e quelle specificazioni che sono viceversa necessarie per la disciplina dei rapporti individuali. Ciò si spiega in quanto, come detto, le fattispecie previste dalla direttiva 2005/29/CE non sono pensate per la produzione di effetti inerenti ai rapporti individuali»²¹¹, bensì «in funzione della produzione di effetti inerenti al livello di protezione del mercato [...] e specificamente per eliminare dal mercato certe condizioni ostacolanti delle pre-condizioni di negoziabilità della generalità delle decisioni dei consumatori circa la conclusione e esecuzione dei contratti»²¹².

Ciò appare evidente in primo luogo con riferimento alla figura del «consumatore medio», che costituisce il parametro di riferimento nel valutare la contrarietà alla diligenza professionale di una pratica commerciale ai sensi dell'art. 20 cod. cons., ma che invece non sempre si giustifica nella prospettiva dei rapporti individuali, là dove, ad esempio nella disciplina dei vizi del consenso o dei rimedi rescissori, sono invece le condizioni dell'effettivo contraente - potenzialmente sempre distinte - ad avere rilievo²¹³. Assai significativa è, in secondo luogo, la generale indifferenza nell'ambito di siffatta disciplina dell'effettivo grado di incidenza che il «falsare» di una pratica determina sulla volontà del consumatore: superata la soglia dell'«apprezzabilità» (art. 20 cod.

²¹⁰ Secondo S. ORLANDO, sub art. 24-26, in *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., pp. 105 ss., l'unica generale rilevanza per il nostro ordinamento che le pratiche commerciali scorrette possono avere sul piano dei rapporti individuali deve rinvenirsi nella loro idoneità, in quanto comportamenti per definizione *contra legem* (ex art. 20, comma 1, cod. cons.), a fondare pretese risarcitorie tutte le volte in cui producano un danno. Cfr. *supra*, nota 188.

²¹¹ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit. p. 168. Con specifico riferimento alle pratiche commerciali aggressive v. ID., sub art. 24-26, in *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, cit., pp. 101 ss.

²¹² S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 169-170.

²¹³ Significativo in questo senso è, per esempio, il disposto di cui all'art. 1435 c.c., il quale, per valutare l'idoneità della violenza a fare impressione sopra una persona sensata, impone che si abbia riguardo all'età e al sesso e alle altre condizioni (concrete ed effettive) della persona (M. DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996, pp.106 ss.). Del pari significativo è il disposto dell'art. 1436 c.c. nel prevedere che l'annullamento del contratto è rimesso al prudente apprezzamento da parte del giudice delle (specifiche e concrete) circostanze del caso quando riguardi una persona diversa dal coniuge, dal di lui discendente o ascendente.

cons.), risulta cioè indifferente ai fini della qualificazione di una pratica come scorretta se questa abbia avuto forza *determinante* la sua decisione – ovvero se abbia indotto il consumatore alla stipula di un contratto che altrimenti non avrebbe concluso – o se, invece, abbia avuto mera forza *incidente* – ovvero se abbia influito solamente sulle condizioni negoziali di un contratto che il consumatore avrebbe comunque stipulato²¹⁴; ciò che, per contro, ha decisivo rilievo nella disciplina codicistica in materia di annullabilità per dolo, là dove la forza determinante o meno che il raggirò abbia avuto sulla volontà del contraente condiziona, positivamente o meno, la disponibilità del rimedio invalidante²¹⁵. Ancora, la peculiarità del disegno delle fattispecie di cui agli artt. 20 ss. cod. cons. - tale da svincolarle da una prospettiva rimediabile personale e individualizzante - ben può apprezzarsi ove si consideri che la tutela (amministrativa) contro le pratiche commerciali scorrette è accordata ogni qual volta essa siano risultate anche solamente *idonee* «a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico» del consumatore (art. 20 cod. cons.), dacché non è richiesto che le pratiche medesime abbiano effettivamente determinato quest'ultimo alla conclusione del contratto (cd. *illicito di pericolo*)²¹⁶; ciò che, ad esempio, è invece richiesto ai fini dell'annullamento del contratto per i vizi del dolo o della violenza, non potendosi in tal caso prescindere dall'accertamento (che uno specifico contratto sia stato concluso e) che tra la conclusione di quello specifico contratto e il raggirò o la minaccia vi sia un nesso causale²¹⁷. Si pensi inoltre, e ancora più in generale, all'elasticità e all'estensione strutturale di dette fattispecie, come ben risulta con riguardo alle pratiche commerciali aggressive, nel cui ampio divieto

²¹⁴ C. TUVERI, sub art. 18, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1679: «[...] l'induzione ad assumere una decisione che il consumatore altrimenti non avrebbe preso, rileva non soltanto quando determina il consumatore ad accettare la stipulazione o la risoluzione del contratto, ma anche quando è decisiva nell'indurlo [...] ad accordarsi secondo modalità o condizioni differenti da quelle che avrebbe scelto».

²¹⁵ Come noto, invero, ai sensi dell'art. 1439 c.c., il dolo è causa di annullamento del contratto solamente quando i raggiri sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato; mentre, ai sensi dell'art. 1440 c.c., se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, salvo il solo diritto al risarcimento del danno dovuto dal contraente in mala fede (Cfr. C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 781- 782 e S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 169).

²¹⁶ R. CALVO, sub art. 21, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 166.

²¹⁷ Cfr. C. TUVERI, sub art. 19, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1691; C. GRANELLI, *o.u.c.*, p. 781.

rientrano indistintamente comportamenti professionali assai diversi tra loro e diversamente rilevanti sul piano dei rapporti individuali, quali il ricorso alla forza fisica, la coercizione psicologica, le molestie o l'indebito condizionamento²¹⁸.

In altri termini, tentare di individuare un unico e costante rimedio individuale da riconoscere nella disponibilità del singolo consumatore vittima di una pratica scorretta condurrebbe lungo una via difficilmente praticabile, proprio in ragione dei diversi effetti per i quali siffatte fattispecie sono state pensate e, per conseguenza, della diversa struttura di cui sono state dotate; in ciò, in particolare, rilevando l'ineludibile ampiezza e generalità delle stesse (rispetto - s'intende - alla prospettiva del diritto dei contratti) che non potrà che rendere azionabili i diversi specifici rimedi individuali dei quali, di volta in volta, risulteranno integrati gli elementi costitutivi.

3. (Segue) L'incidenza di una pratica commerciale sleale sulla natura abusiva di una clausola. Il caso *Jana Pereničová e Vladislav Perenič* contro *SOS financ spol. s r. o.* e la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. I^a, del 15/03/2012, C-453/10.

Possono ora trarsi le fila del discorso e fare dunque applicazione delle considerazioni sopra illustrate sul più ampio rapporto tra il diritto delle pratiche commerciali scorrette e il diritto dei contratti al più circoscritto, ma pur sempre partecipe della medesima natura, rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 1993/13/CEE.

La questione è stata peraltro di recente affrontata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella oramai nota sentenza del 15/03/2012, pronunciata nella causa C-453/10, *Jana Pereničová e Vladislav Perenič* contro *SOS financ spol. s r. o.* Là dove, in particolare, il giudice europeo è stato chiamato a valutare, *inter alia*, se la qualificazione di una pratica commerciale come «sleale» ai sensi della direttiva 2005/29/CE possa influire sulla qualificazione di una clausola come «abusiva» ai sensi della direttiva 1993/13/CE, ovvero, detto in termini più precisi, se una pratica che falsi o sia idonea a falsare il comportamento economico del consumatore in contrasto con la diligenza professionale (ai sensi degli artt. 5 della

²¹⁸ S. ORLANDO, sub *artt. 24-26*, cit., pp. 104-105.

direttiva e 20 cod. cons.) possa determinare un «significativo squilibrio dei diritti e obblighi delle parti derivanti dal contratto» (ai sensi degli artt. 3 della direttiva e 33 cod. cons.).

Il caso demandato all'attenzione della Corte aveva a oggetto un contratto di concessione di credito stipulato tra la società *SOS* e i sig.ri *Pereničová-Perenič*, nel quale il tasso effettivo globale (TAEG) formalmente indicato (nella percentuale del 48,63%) risultava, secondo i calcoli del giudice di rinvio, inferiore a quello effettivo (pari al 58,76%) in quanto la società concedente non aveva considerato alcuni non marginali costi connessi all'operazione. Con rinvio ai sensi dell'art. 269 TFUE, il giudice polacco (*Okresný súd Prešov*) domandava quindi se tale errata informazione sul prezzo del credito potesse integrare una pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva 2005/29/CE e, in caso positivo, quali fossero le conseguenze da trarre da siffatta qualificazione nell'ambito della valutazione del carattere abusivo delle clausole del contratto di credito (ai sensi dell'art. 4, para 1), anche ai fini della validità dello stesso nel suo complesso (ai sensi dell'art. 6, para 1)²¹⁹.

Ebbene, la Corte, dopo avere osservato che la pratica consistente nell'indicazione di una falsa informazione sul costo complessivo del credito (TAEG) possa considerarsi «ingannevole» (ai sensi dell'art. 6, para 1, lett. d), della direttiva 2005/29/CE) se induce o è idonea a indurre il consumatore medio a assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso²²⁰, giungeva a escludere perentoriamente che essa potesse, di per sé sola, determinare il carattere abusivo delle singole clausole contrattuali e, per logica conseguenza, l'invalidità dell'intero contratto. Tanto, come chiaramente si evince da una pur succinta motivazione, muovendo dalla ineludibile considerazione che l'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE, non pregiudicando l'applicazione di quell'insieme di norme ordinamentali concernenti la formazione, la validità e l'efficacia del contratto, non pregiudica neppure l'applicazione delle norme, al medesimo insieme appartenenti, recate dalla direttiva 1993/13/CEE e sulla base

²¹⁹ Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2012:144), 15/03/2012, C-453/10, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 37, p. 10.

²²⁰ Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2012:144), 15/03/2012, C-453/10, cit., para 41, p. 10.

della quali unicamente il giudice (di rinvio) è tenuto a condurre la valutazione di abusività delle clausole contrattuali²²¹. L'*iter* argomentativo della Corte di Giustizia si fonda, dunque, sulla già evidenziata considerazione che la violazione del divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali non ha alcuna ripercussione sul diritto dei contratti, avendo quest'ultimo un ambito di applicazione del tutto distinto da quello della normativa recata dalla direttiva 2005/29/CE.

Salvo quanto più avanti si dirà, ciò significa che, sotto tale profilo, ai sensi dell'art. 3, para 2, rimane escluso che tra le norme recate dalla direttiva 1993/13/CEE e le normative recate dalla direttiva 2005/29/CE (ma analogamente ciò vale avendo riguardo alle rispettive discipline interne di recepimento) *potrà mai originarsi l'occasione di un'antinomia*²²².

Condivisibili a tale riguardo risultano le parole, cui peraltro la stessa sentenza della Corte rimanda, spese dall'avvocato generale in commento all'art. 3, para 2. Esse, anche per la chiarezza che le contraddistingue, meritano senz'altro di essere richiamate. Questi così ha osservato: «In considerazione del suo tenore letterale («non pregiudica») e della sua collocazione sistematica nell'articolo 3, che disciplina l'ambito di applicazione della direttiva e il suo rapporto con gli altri atti di diritto dell'Unione, questa regola deve essere letta come una *norma di delimitazione che*, per espressa volontà del legislatore dell'Unione, *permette di far ricorso a disposizioni specifiche di diritto dell'Unione e questo indipendentemente dall'eventuale applicazione della direttiva 2005/29. In questo modo continua ad essere possibile il ricorso a strumenti specifici a tutela del consumatore e disciplinati nei rispettivi atti giuridici. Sulla base dell'idea che fonda la regola stabilita nell'articolo 3, paragrafo 2, il fatto che la direttiva*

²²¹ Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2012:144), 15.03.2012, C-453/10, cit., para 44-45, p. 11.

²²² In questo senso, seppure in termini più generali, v. G. DE CRISTOFARO, sub *art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 138, che precisamente osserva come dalla mancata diretta incisione sul diritto dei contratti della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (ai sensi dell'art. 19, comma 2°, lett. *a*), cos. cons.), deriva «in primo luogo, che non sussiste né potrebbe crearsi, fra una disposizione inserita negli artt. 18-27 *quater* c.cons. e una disposizione inserita nel Titolo II del Libro IV del c.c., una antinomia tale da costringere l'interprete (*ex art. 1469 bis*) ad applicare in via esclusiva la regola dettata dal c. cons. in materia di pratiche commerciali, a discapito della confliggente norma del c.c.».

2005/29 sia applicabile ad una determinata fattispecie, non limita in alcun modo le forme di tutela giuridica spettanti al consumatore in forza del diritto dei contratti, quali il recesso dal contratto o la riduzione della controprestazione dovuta»²²³. «Tra le norme - prosegue l'avvocato generale - che disciplinano il diritto contrattuale e in particolare la validità del contratto, cui fa riferimento l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2005/29, rientrano indubbiamente le disposizioni della direttiva 93/13. Il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 e descritto all'inizio, di cui la regola contenuta nell'articolo 6 costituisce una parte essenziale, inerisce infatti ad aspetti del diritto dei contratti, specialmente all'efficacia giuridica di singole clausole contrattuali impiegate dai professionisti negli scambi commerciali con i consumatori. Vi si rinviene una disciplina dei rapporti giuridici contrattuali individuali tra due diverse categorie di privati, in base alla quale le clausole abusive non devono vincolare i consumatori e gli Stati membri devono attivarsi affinché anche i rispettivi ordinamenti di diritto civile prevedano tale conseguenza. Applicando coerentemente la norma di delimitazione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2005/29, non si dovrebbe considerare escluso il ricorso alle disposizioni della direttiva 93/13»²²⁴. «La ratio della norma di delimitazione contenuta nell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2005/29 - viene quindi concluso - è di garantire che tra le due direttive non si verificino sovrapposizioni indesiderate sul piano delle conseguenze giuridiche»²²⁵, al fine cioè di evitare che «una singola fattispecie, alla quale in linea di principio sono applicabili entrambe le direttive, venga valutata in modi differenti sotto il [medesimo, n.d.r.] profilo giuridico. È necessaria invece un'interpretazione coerente delle disposizioni di legge di volta in volta applicabili per evitare valutazioni contraddittorie»²²⁶.

²²³ Così le Conclusioni dell'Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10 (ECLI:EU:C:2011:788), disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 83, p. 19.

²²⁴ Così le Conclusioni dell'Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10, (ECLI:EU:C:2011:788), cit., para 84, p. 19.

²²⁵ Così le Conclusioni dell'Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10, (ECLI:EU:C:2011:788), cit., para 89, pp. 19-20.

²²⁶ Così le Conclusioni dell'Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10, (ECLI:EU:C:2011:788), cit., para 90, p. 22.

Come dunque nessun contratto potrà *ex se*, ovvero per il solo fatto di essere stato preceduto da una siffatta pratica, essere considerato affetto da nullità e annullabilità o legittimare l'azionabilità di altro rimedio individuale, del pari nessuna clausola contrattuale potrà, per il solo fatto di trovarsi «a valle» di siffatte pratiche, essere vessatoria, ovvero dirsi determinante uno squilibrio normativo nel rapporto tra le parti. E ciò in quanto, come in generale rimane indifferente all'impianto normativo della direttiva 2005/29/CE l'impatto che le pratiche commerciali sleali possono avere sui rapporti individuali, così, più in particolare, a esso rimane indifferente se con tali pratiche il professionista abbia determinato nel singolo rapporto un tale squilibrio.

Fin qui, dunque, *nihil sub sole novum*, essendosi la Corte e l'avvocato generale limitati a fare coerente applicazione di una norma generale - quella ricavabile dal disposto dell'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE - a un'ipotesi particolare sotto la stessa sussumibile.

Se quanto osservato sembra difficilmente revocabile in dubbio, appare, purtuttavia, opportuno altresì evidenziare che da tale norma non debba rigorosamente postularsi una totale impermeabilità tra le due normative in analisi.

Tra gli stessi studiosi, dopotutto, è opinione comune che l'esegesi dell'art. art. 19, comma 1, lett. *a*) (corrispondente, come visto, all'art. 3, para 2 della direttiva), se, da un lato, vale a escludere che i precetti *ex artt.* 18 ss. cod. cons. possano apportare in via *diretta* modificazioni, integrazioni o deroghe alle disposizioni dettate in materia contrattuale, dall'altro, non esclude però che gli stessi precetti possano avere ripercussioni, e dunque rilevare per via *indiretta*, sull'interpretazione e sull'applicazione delle dette disposizioni²²⁷. Si è anzi osservato come i dettami contenuti nella direttiva 2005/29/CE inducono a un ripensamento di numerosi istituti privatistici, a partire, in primo luogo, dai vizi del consenso²²⁸.

²²⁷ In questi termini G. DE CRISTOFARO, sub *art.* 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 139; S. WHITTAKER, *o.u.c.*, p. 146.

²²⁸ L. ROSSI CARLEO, *Dalla Comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., p. 22; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, cit., p. 27; negli stessi termini ID., *La direttiva 2005/29/Ce*, cit., p. 27; C. GRANELLI, *o.u.c.*, pp. 783-784; L. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 529; J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, cit., p. 142.

Con specifico riferimento alle due normative qui in analisi, ci sembra, in particolare, doversi valorizzare un dato in tal senso alquanto significativo, costituente non a caso - come è stato osservato - la matrice comune delle due direttive²²⁹. Il riferimento è al precetto della buona fede, in via generale concepibile come divieto di abuso di una poziore posizione di forza, cui ineludibilmente le condotte dei professionisti che vogliano operare nel mercato europeo debbono conformarsi: è affermazione che appare inoppugnabile, alla luce - come visto *supra* - dei dati testuali e sistematici, quello secondo cui la buona fede in senso oggettivo costituisce il comune principio ispiratore della tutela apprestata dal legislatore europeo per difendere il consumatore contro le clausole vessatorie e le pratiche commerciali scorrette²³⁰.

Certamente, detta condivisa matrice tra la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e la direttiva sulle clausole vessatorie non vale a concludere che la violazione del precetto della buona fede nell'un caso comporti automaticamente anche la violazione del corrispondente precetto nell'altro. S'è invero visto che nelle due direttive diverso è il parametro con riferimento al quale deve essere valutata la conformità a buona fede della condotta professionistica, *i.e.* il consumatore individuale nella direttiva 1993/13/CEE e il consumatore medio nella direttiva 2005/29/CE. Si è altresì evidenziato che nelle due direttive diversamente si concreta la violazione di tale precetto: nella direttiva 1993/13/CEE specificandosi nell'abuso del potere di autoregolamentazione del contratto²³¹ e, da ultimo, nell'imposizione di un assetto regolamentare

²²⁹ Così DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., p. 125.

²³⁰ È significativo in questo senso osservare - come osserva sempre DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 124 (nota 37) - che per gli stessi organi comunitari la buona fede di cui alla lett. *h*) dell'art. 2 della direttiva 2005/29/CE è la stessa buona fede (oggettiva) di cui all'art. 3, para 1, della direttiva 1993/13/CEE: è quanto emerge dalla formulazione che per la definizione di «diligenza professionale» il Parlamento europeo aveva proposto di adottare (emendamento n. 108) nel Parere reso in prima lettura sulla proposta di direttiva sulle pratiche sleali presentata dalla Commissione nel 2003, formulazione che invero parlava di «buona fede così come richiamata nella direttiva 1993/13/Cee del Consiglio del 5 aprile». Nella posizione comune del Consiglio il riferimento espresso all'art. 3, para 1, della direttiva 1993/13/CEE venne poi abbandonato, con ciò non volendosi però escludere la validità della proposta del Parlamento, ma semplicemente perché i concetti contenuti negli emendamenti nn. 21 e 108 - come si legge nella motivazione della posizione comune - dovevano considerarsi già stati integrati nella nuova formulazione della lett. *h*).

²³¹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 379.

“squilibrato”; nella direttiva 2005/29/CE traducendosi nell’abuso del potere di influenzare i più vari comportamenti economici del consumatore nelle diverse fasi del rapporto di consumo²³². Di talché il carattere abusivo di una clausola contrattuale non potrà che rimanere ancorato alle disposizioni contenute nella direttiva 93/13, quale diritto immediatamente applicabile²³³.

Ciò posto, non sembra purtuttavia possa trascurarsi l’indiscutibile compatibilità assiologica²³⁴ dei due impianti normativi, che risultano ordinati intorno al medesimo principio ispiratore, un comune valore ermeneutico che, come visto, li erige a grandi pilastri del sistema comunitario recanti le regole, *i.e.* gli *standard* comportamentali, cui i professionisti debbono attenersi nella promozione, istaurazione e esecuzione di qualsivoglia rapporto contrattuale con i consumatori²³⁵.

Dell’importanza che tale «minimo comune denominatore» tra le due direttive possa avere sembra dare significativa testimonianza la prassi. Nella quale, invero, non affatto remoto è che una significativa influenza esercitata dal professionista sul comportamento economico del consumatore possa sfociare in una situazione di squilibrio contrattuale a detrimento di quest’ultimo²³⁶. Si pensi, ad esempio, allo stesso caso portato all’attenzione della Corte di Giustizia, là dove la falsa informazione sul costo del credito, che ben potrebbe costituire una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell’art. 6, para 1, lett. *d*) (art. 21, comma 1, lett *d*), allo stesso tempo, ai sensi dell’art. 4, para 2 (art. 34, comma 2, cod. cons.), ben può condurre alla nullità della corrispondente clausola contrattuale²³⁷. Del pari

²³² S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 117.

²³³ Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10, (ECLI:EU:C:2011:788), cit., para 125, p. 29.

²³⁴ Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10, (ECLI:EU:C:2011:788), cit., para 90, p. 29, il quale, rinviando rispettivamente al sesto, settimo e ottavo considerando della direttiva 2005/29, e all’ottavo e quindicesimo considerando della direttiva 93/13, osserva che «le due direttive perseguono una stessa finalità di tutela, mirando entrambe a tutelare la capacità di valutazione e la libertà di scelta nel commercio».

²³⁵ Così sempre DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., pp. 61, 124-125.

²³⁶ Così le Conclusioni dell’Avvocato Generale, Verica Trstenjak, nella causa C-453/10, (ECLI:EU:C:2011:788), cit., para 125, p. 29.

²³⁷ Tanto accadrebbe senz’altro ove si volesse accedere alla tesi secondo le clausole che difettano di «chiarezza» e «comprensibilità» sono da considerarsi nulle e/o inefficaci. Così G.

non improbabile è che il professionista profitti dell'impressione, da questi creata, che il consumatore non possa lasciare il locale commerciale fino alla conclusione del contratto - il che costituisce in ogni caso una pratica commerciale aggressiva ai sensi dell'art. 26, comma 1°, lett. a) - per imporre allo stesso l'adesione, con ogni probabilità non pienamente libera, a condizioni contrattuali «squilibrate».

Che una pratica commerciale scorretta possa rappresentare l'occasione di uno squilibrio normativo a livello contrattuale - ovvero che l'abuso della generale forza influenzante del comportamento professionistico sulle scelte del consumatore possa rappresentare l'occasione per un successivo abuso da parte dello stesso professionista del potere di regolamentazione contrattuale - aveva mostrato, già in tempi non "sospetti", di essere consapevole lo stesso legislatore europeo del 1993, quando ritenne invero opportuno che la valutazione della vessatorietà di una clausola, e dunque della contrarietà a buona fede della condotta del professionista, dovesse condursi non solo avendo riguardo all'assetto regolamentare del rapporto, ma anche a tutte le circostanze esterne che a tale assetto avessero condotto. È l'art. 4, para 1 della direttiva - come visto - a stabilire che «il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato [...] facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione»; ed è il sedicesimo considerando, più in particolare, a segnalare che nel valutare la conformità a buona fede del comportamento professionistico occorre rivolgere particolare attenzione tanto «alla forza delle rispettive posizioni delle parti», quanto «al quesito se il consumatore sia stato *in qualche* [i.e. qualunque, n.d.r.] *modo incoraggiato a dare il suo accordo* alla clausola».

CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 419; S.T. MASUCCI, *Commento all'art. 1469 quater*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996, p. 156; P. GIAMMARIA, sub art. 1469-quater, 1°, 2° e 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, cit., pp. 1023 ss.; ID., sub art. 1469-quater, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice Civile*, cit., pp. 675 ss.; S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. Contr.*, 2009, p. 348 (nota 12). Così anche la giurisprudenza: Trib. Roma, 3.3.2005, in *Giud. Dir.*, 05, n. 30, pp. 63 ss.; Trib. Bergamo, 10.05.2005, *Contr.*, 06, pp. 592 ss.; Trib. Vigevano, 6.6.2003, in *Studium iuris*, 04, pp. 115 ss.; Trib. Genova, 14/02/2013, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; *contra* Trib. Viterbo, 03/04/2015, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>. Si rimanda, per una più ricostruzione dei termini del problema, al Cap. 3, § 3, e in particolare alla nota 313.

Se, dunque, una pratica commerciale sleale che abbia preceduto o accompagnato la conclusione di un contratto non può, *per se*, certamente determinare la natura vessatoria di alcuna delle clausole in esso contenuto, a essa - come anche concluso della Corte di Giustizia - non può invece negarsi il valore di elemento sul quale, insieme con altri, il giudice competente può fondare, ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 93/13, la sua valutazione del carattere abusivo delle stesse clausole del contratto²³⁸. L'accertamento di una pratica commerciale sleale, in altre parole, può, coerentemente con la sua dimensione super-individuale e conformemente al disposto di cui all'art. 3, para 2, produrre esclusivamente effetti *indiretti* sull'accertamento del carattere abusivo di una clausola contrattuale, quale indice sintomatico, dal valore solo indiziario, che l'illecita influenza esercitata dal professionista sulla scelta del consumatore abbia rappresentato la via della "vessazione" di quest'ultimo.

²³⁸ Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2012:144), 15/03/2012, C-453/10, cit., para 43, 48 (sub 2), pp. 11-12.

CAPITOLO III

LA PRATICA DELL'«UTILIZZO» DI CLAUSOLE VESSATORIE COME PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA.

SOMMARIO: 1. La dimensione super-individuale della direttiva 1993/13/CEE. L'«utilizzo» di clausole abusive come «pratica commerciale»; 2. La slealtà/scorrettezza della pratica di «utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie. Premessa; 2.1 (*Segue*) La contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio di una pratica commerciale; 2.2 (*Segue*) Il caso dell'«utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie e la loro potenzialità «ingannevole» nella fase esecutiva del rapporto contrattuale. 3. Il caso dell'uso di clausole non «chiare» e «comprensibili» (*ex artt. 5 della direttiva 1993/13/CEE e 35, comma 2°, cod. cons.*) come «omissione ingannevole» (*ex artt. 7, para 2 e 4, della direttiva 2005/29/CE e 22, commi 2° e 4°, cod. cons.*).

1. La dimensione super-individuale della direttiva 1993/13/CEE. L'«utilizzo» di clausole abusive come «pratica commerciale».

L'indagine fin qui condotta ha consentito di approdare a una prima conclusione nell'analisi del rapporto che intercorre tra le direttive nn. 13/1993 e 29/2005 (e le corrispondenti normative nazionali che le hanno recepite). Si tratta, come visto, di due direttive che intervengono muovendo da diverse prospettive (sull'«atto» e sul suo contenuto regolamentare l'una, sull'«attività» professionistica idonea a influenzare le scelte dei consumatori l'altra) e operano in distinti àmbiti, idealmente delimitabili da una linea di confine che contrappone distinte percezioni della figura di consumatore (consumatore singolo e concreto da un lato, consumatore medio e astratto dall'altro) e distinti livelli di tutela dello stesso (individuale e successiva da un lato, collettiva e preventiva dall'altro).

Così impostata, la bontà di una siffatta ricostruzione non sembra potersi revocare in dubbio, trovando peraltro essa sicuro puntello normativo nell'art. 3, para 2, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 2, lett. *a*) cod. cons.), a mente del quale - non è inopportuno ricordare - la normativa sulle pratiche commerciali sleali (scorrette) non pregiudica (né è pregiudicata) direttamente (dal)l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, comprese quelle dettate dalla direttiva 1993/13/CEE e dalla norme interne che ne hanno dato attuazione.

Senonché, dell'inadeguatezza di tale conclusione a compiutamente ricostruire la reale portata del rapporto tra i due impianti normativi è del pari agevole dare conto, non appena si consideri che anche alla normativa recata dalla direttiva 1993/13/CEE non può non riconoscersi, proprio come riconosciuto alla normativa recata dalla direttiva 2005/29/CE, una portata «superindividuale».

Se innegabile, invero, è che i criteri necessariamente individualizzanti che debbono guidare la valutazione della vessatorietà di una clausola nelle singole controversie (ai sensi dell'art. 35 cod. cons.) e la dimensione individuale che deve riconoscersi al rimedio *ex post* concesso al consumatore vessato debbono ricondurre la disciplina delle clausole vessatorie nell'alveo del diritto dei contratti, non meno vero è che la pretesa del legislatore comunitario che gli Stati membri predispongano altresì mezzi «adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori» (art. 7²³⁹), impone, per contro, di inserire la medesima disciplina in un ambito che, almeno sotto tale ultimo profilo, trascende quello del diritto dei contratti.

Al legislatore europeo (e a quelli nazionali) apparve innegabile, quanto non trascurabile, che il fenomeno di un generalizzato «utilizzo» da parte dei professionisti di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori sconfinasse la pur rilevante dimensione individualistica dei singoli rapporti contrattuali: la pratica dell'uso di clausole abusive in condizioni generali di

²³⁹ Detti mezzi devono includere, a mente del para 2 del medesimo art. 7, «disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole».

contratto è in grado di determinare «un predominio di fatto a danno della *generalità di contraenti*», alla repressione del quale la dimensione contrattuale che le clausole vessatorie assumono nei singoli rapporti risultava del tutto inadeguata. Il rimedio contrattuale, per il vero, «non tocca il problema della tutela contro un abuso che opera a livello collettivo»²⁴⁰.

In particolare, l'esigenza della predisposizione di un rimedio dalla dimensione collettiva e natura preventiva, da accompagnare a quello individuale e successivo fondato sul precetto della non vincolatività (o nullità) della clausola abusiva (o vessatoria), appariva chiara - come tale era già apparsa alla più attenta dottrina italiana nel dibattito *de jure condendo* condotto tra gli anni settanta e ottanta sulla tutela avverso le condizioni generali di contratto *ex artt.* 1341 e 1342 c.c. - là dove solo si fosse tenuto a mente, da un lato, che il consumatore nella pratica è assai poco avvezzo a un'iniziativa giudiziale volta all'ottenimento di una sentenza che accerti la natura abusiva/vessatoria di una clausola e, dall'altro, degli evidenti limiti derivanti dalla parzialità degli effetti di un giudizio (art. 2909 c.c.), la cui natura necessariamente episodica²⁴¹, oltre a ostacolare l'affermarsi di principi e orientamenti sicuri²⁴², avrebbe peraltro assai difficilmente impedito al professionista di continuare a utilizzare le medesime clausole con altri consumatori. È stato in particolare tale ultimo aspetto a destare le maggiori preoccupazioni, giacché la diffusione di clausole vessatorie in condizioni generali di contratto, seppure non vincolanti, ben avrebbe potuto ingannare i consumatori che, non sempre esperti di problemi giuridici, avrebbero potuto essere indotti a ritenerle valide e efficaci e dunque a rinunciare ad azionare lo stesso rimedio individuale loro concesso, così rendendone vana la previsione²⁴³.

²⁴⁰ Sono le osservazioni di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 69, che, seppure espresse quasi quarant'anni orsono nell'ambito del dibattito sulla tutela giurisdizionale avverso le condizioni generali di contratto *ex artt.* 1341-1342 c.c., appaiono ancora oggi attuali.

²⁴¹ O.T. SCOZZAFAVA, *La «natura» dei contratti standard: un problema di metodo*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1979, p. 976.

²⁴² C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 77

²⁴³ In questo senso, pur sempre nel dibattito sulle condizioni generali di contratto, v. A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C.M. BIANCA, Milano, 1981, pp. 303-304.

Tale la portata della *pratica dell'uso* da parte del professionista di *clausole abusive* nei contratti con i consumatori, insistere sul solo momento contrattuale presentava, con evidenza, «il pericolo di far perdere di vista la realtà del fenomeno e di ricercare negli usuali rimedi negoziali una soluzione che il singolo contratto difficilmente consente»²⁴⁴.

Di qui l'opportuna predisposizione di strumenti di tutela generale, collettiva e preventiva del consumatore, idonei a espungere dal mercato le clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori; dal nostro legislatore dapprima individuati nella sola azione inibitoria (ordinaria e cautelare) *ex art. 37 cod. cons. e*, in seconda battuta, anche nell'accertamento amministrativo della vessatorietà delle clausole inserite in condizioni generali di contratto *ex art. 37 bis cod. cons.*, avente - come *supra* meglio osservato²⁴⁵ - funzioni informativa/divulgativa e dissuasiva. Rimedi, questi, che, proprio come il rimedio *ex art. 27 cod. cons.*, sono espressione di una tutela di interessi diffusi dei consumatori, collettivamente intesi quali macrocategoria operante nel mercato interno; nonché espressione di una tutela che, prescindendo da un intervento *ex post* sui singoli regolamenti contrattuali, ovvero sull'«atto», è in grado di arginare la diffusione della *pratica* professionistica di «utilizzo» di clausole vessatorie nella generalità²⁴⁶ dei contratti stipulandi con i consumatori²⁴⁷.

²⁴⁴ C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 69.

²⁴⁵ Cfr. *supra*, Cap. I, § 3.3.

²⁴⁶ Rilevava già E. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, pp. 105 ss., come un controllo che tenga conto della dimensione collettiva del fenomeno della contrattazione standardizzata si configurasse non tanto come controllo sull'atto, quanto, piuttosto, sull'attività, dal momento che la predisposizione di un regolamento uniforme e di generale applicazione concreta senza dubbio un'attività.

²⁴⁷ Significativa in questo senso è l'inapplicabilità all'azione inibitoria della regola della "*interpretatio contra stipulatorem*" (così l'art. 35, comma 3, cod. cons.), sicché, rimanendo imposta la rimozione della clausola dubbia, piuttosto che la sua «conservazione edulcorata», si realizza un indubbio potenziamento della capacità demolitrice dell'azione inibitoria (cfr. E. MINERVINI, sub *art. 35*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 395). In tale senso cfr. anche Corte Giustizia 9/9/2004, C-70/03, in <http://curia.europa.eu/>, che evidenzia come l'eliminazione della clausola risulta più vantaggiosa per la generalità dei consumatori.

Al riguardo, a ulteriormente testimoniare l'importanza rivestita per il legislatore europeo dal fronte "collettivo" e "generale" della lotta alle clausole abusive, è la procedura di infrazione n. 98/2026 (*ex art. 169 del Trattato di Roma*) aperta in data 6/4/1998, con cui la Commissione, *inter alia*, ebbe a rilevare come la mancata esclusione dalla disciplina dell'azione inibitoria della regola della "*interpretatio contra stipulatorem*" (come invece previsto dall'art. 5 della direttiva 1993/13/CEE) riduceva fortemente gli spazi di tutela dei consumatori: il giudice, invero, potendo correggere in via ermeneutica il significato della clausola oscura o incomprensibile, avrebbe potuto

Non appare un caso, in tale nuova acquisita prospettiva, che l'azionabilità di siffatti rimedi cessa di essere rimessa al singolo consumatore per venire attribuita, ai sensi dell'art. 37 cod. cons., ad associazioni dei consumatori che siano in grado di garantire un effettiva rappresentatività della categoria e un significativo radicamento territoriale (di livello nazionale)²⁴⁸, ovvero, *ex art. 37 bis*, all'iniziativa *ex officio* della stessa autorità amministrativa (come anche previsto per la repressione delle pratiche commerciali scorrette *ex art. 27 cod. cons.*), l'avvio del cui procedimento potrà al più solo essere sollecitata da uno o più consumatori eventualmente vittima/e della pratica.

Non stupisce neppure che l'accertamento della natura vessatoria da parte dell'autorità giurisdizionale e di quella amministrativa (A.G.C.M.), rispettivamente ai sensi degli artt. 37 e 37 *bis* cod. cons., debba incontrare - secondo l'opinione maggiormente diffusa - quei limiti giocoforza insiti nella «generalità» di tale verifica. Rimarrebbe cioè precluso il ricorso a quegli «elementi di specificità e di concretezza» che, in quanto «collegati al singolo contratto», sono per l'appunto incompatibili con un procedimento «di tipo

consentire al professionista di continuare a impiegarla, con buona pace del precetto *ex art. 7* della direttiva. Con l'art. 25 della l. 21/12/1999, n. 526 (legge comunitaria 1999) il legislatore italiano, in accoglimento integrale delle osservazioni della Commissione, ha conformemente modificato la disposizione (allora) codicistica (art. 1469 *quater*). Per una più esauriva illustrazione delle contestazioni mosse dalla Commissione in siffatta procedura, cfr. G. ALPA - S. PATTI, *Introduzione*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis - 1469-sexies*, cit., pp. 12 ss.

²⁴⁸ Il riferimento è ai requisiti previsti dall'art. 137 cod. cons., al ricorrere unicamente dei quali alle associazioni dei consumatori è consentita l'iscrizione nell'elenco delle «associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale» (istituito presso il Ministero dello sviluppo economico). Detti requisiti costituiscono il presupposto per il riconoscimento della legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, in quanto espressione della capacità dell'ente di interpretare, esprimere e attuare i valori e le esigenze avvertite come preminenti per la categoria, agli appartenenti della quale l'agire dell'associazione, pur non incidendo direttamente nella loro sfera giuridica, produce un giovamento di fatto (così G. NAVONE, *La rappresentatività delle associazioni dei consumatori e degli utenti*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di A. BARBA, Napoli, 2000, p. 77 ss.; cfr. altresì E. BATTELLI, sub *art. 137*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 912 ss.). Tra gli indici di un'adeguata rappresentatività degli interessi dei consumatori, particolare menzione meritano la dislocazione territoriale delle stesse associazioni e la consistenza numerica degli iscritti (lett. c), nonché la democraticità dello statuto e l'esclusività dello scopo di tutela degli interessi dei consumatori (lett. a) (cfr. L. IEVA, *Associazioni dei consumatori, interessi collettivi e servizi pubblici*, in *Corr. Giur.*, 2002, 2, p. 261; D. AMADEI, *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. esec. forzata*, 2003, pp. 315 ss.).

generale, preventivo e astratto»²⁴⁹. In siffatte ipotesi - è stato felicemente rilevato - «viene meno la stessa praticabilità di un esame esteso alle circostanze concrete: vi osta l'astrattezza del riscontro»²⁵⁰. Non potranno quindi trovare applicazione il criterio che rimanda alle circostanze esistenti al momento della conclusione di un contratto (potendo, peraltro, neppure essere stato concluso un contratto)²⁵¹, quello che impone un rinvio alle clausole di altro contratto collegato o da cui dipende²⁵², e l'esimente della trattativa, dovendo essa rivestire i caratteri - necessariamente oggetto di un riscontro circostanziato e personalizzato - della individualità, della serietà e della effettività²⁵³.

Stando così le cose, non sembra affatto errato rilevare come la direttiva 1993/13/CEE, nella parte in cui impone agli Stati membri di prevedere idonei mezzi volti a evitare l'inserzione di clausole abusive nei contratti con i consumatori, contenga una disposizione "pionieristica" rispetto alla futura disciplina introdotta, oltre dieci anni dopo, dalla direttiva 2005/29/CE: l'art. 7, seppure solo indirettamente, attraverso la previsione del rimedio inibitorio, sancisce *il divieto di una pratica commerciale*, quella per l'appunto consistente

²⁴⁹ Così E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. e Impr.*, 2006, p. 644, il Quale attentamente nota come l'art. 4, para 1, della direttiva, che individua i criteri di valutazione dell'abusività di una clausola, contiene l'inciso iniziale «fatto salvo l'art. 7» (disciplinante per l'appunto la tutela collettiva). Precisazione, questa, che invece è ingiustificatamente assente nella disciplina italiana (artt. 34 e 37 cod. cons.). In questo senso anche G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro.it*, 1996, p. 152; V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, cit., pag. 52. Si vedano anche le seguenti pronunce dell'Autorità amministrativa: AGCM, 27/3/2013, CV 28 - *Feltrinelli.com*, provv. N. 24288, in *Boll. AGCM* 22/4/2013, n. 15, p. 89; AGCM, 27/3/2013, CV 29 - *Mediamarket*, provv. N. 24289, in *Boll. AGCM*, n. 15, p. 101.

²⁵⁰ E. MINERVINI, *Ibidem*.

²⁵¹ V. PANDOLFINI, *ibidem*; E. MINERVINI, *o.u.c.*, p. 644; ID., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 571. Cfr. AGCM, 11/6/2013, CV 27 - *Maggiore Rent*, provv. N. 24399, in *Boll. AGCM* 1/7/2013, n. 25, p. 106.

²⁵² E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, cit., p. 644; ID., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, cit., p. 572; *contra* V. PANDOLFINI, *ibidem*.

²⁵³ V. PANDOLFINI, *ibidem*; E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, cit., p. 645; ID., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, cit., p. 572. Cfr. altresì AGCM, 27/3/2013, CV 28 - *Feltrinelli.com*, provv. N. 24288, cit., pp. 84, 88 ss. e 90; AGCM, 27/3/2013, CV 29 - *Mediamarket*, provv. N. 24289, cit., pp. 98, 101. Quanto all'esatta determinazione dei criteri della trattativa si rinvia, su tutti, a L.A. SCARANO, sub *art. 1469-ter*, 4° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis - 1469-sexies*, cit., p. 969 ss.

nell'«utilizzo» da parte dei professionisti di clausole abusive nei contratti con i consumatori²⁵⁴. Tale precetto non reca una disciplina dell'atto contrattuale - o, se si preferisce, dei suoi effetti negoziali - al fine di imporre un determinato assetto regolamentare (come invece impone il disposto *ex art. 6* attraverso la sanzione dell'inefficacia della clausola “squilibrante”); esso, per contro, proprio nell'ottica di una tutela del pubblico dei consumatori, intende prevenire *ab origine* che l'assetto regolamentare venga squilibrato, prevenendo, per mezzo di un divieto e/o di altri a ciò idonei strumenti (quale quello informativo *ex art. 37 bis* cod. cons.), quei comportamenti (illegittimi) che di tale squilibrio sono causa²⁵⁵. Esso non si rivolge al passato, ma al futuro, per evitare la commissione, continuazione o ripetizione di siffatte pratiche²⁵⁶.

In questa prospettiva risulta difficile negare che la direttiva 1993/13/CEE abbia anche una portata superindividuale: «[...] *the level of intervention conceived by Article 7 of the UTD: (i) does not concern contract law, but rather commercial practice law, (ii) deals not with unfair terms, but rather with “use” of unfair terms by traders, and (iii) has no effect with respect to ex post individual remedies, but applies to collective remedies, i.e. remedies available to consumers' associations or other persons or organizations having a legitimate interest under national law in protecting consumers, aimed at preventing the continued use of unfair terms by traders*»²⁵⁷.

L'idea che l'utilizzo di clausole abusive sia configurabile come pratica commerciale trova, peraltro, positivo riscontro nella stessa definizione che di

²⁵⁴ È S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 36, a mettere in rilievo che «as a matter of logic, the request addressed to Member States to adopt means to prevent a certain practice presupposes the establishments of a corresponding legal prohibition, i.e. the prohibition on the use of such commercial practice».

²⁵⁵ Dopo tutto, le prime forme di reazione dell'ordinamento giuridico avverso un illecito non possono che consistere in azioni dirette a impedire o far cessare il comportamento lesivo (in questo senso, sempre con riferimento alla prospettazione di un'azione inibitoria per fronteggiare il fenomeno delle condizioni generali di contratto, A. BELLELLI, *o.u.c.*, p. 306-307).

²⁵⁶ Così si esprime, con riferimento all'azione inibitoria, A. FRIGNANI, voce «*Inibitoria (azione)*», in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 560.

²⁵⁷ Così S. ORLANDO, *o.u.l.c.*, cit., p. 36, il quale peraltro mette in rilievo come la direttiva 1993/13/CEE segua un doppio approccio, individuale (così rilevando per il diritto dei contratti) e super individuale (così rilevando per il diritto delle pratiche commerciali). Per conseguenza, anche la disciplina *ex art. 7* introduce «a legal regime [being] distinct from, although complementary to, the contract law regime of the unfair terms regulating the individual contractual relationships between traders and consumers».

pratica commerciale dà il disposto dell'art. 2, lett. *d*) (art. 18, lett. *d*) cod. cons.) – quale «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione [...] direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori», posta indifferentemente in essere prima, durante e dopo l'operazione stessa (v. art. 3, comma 1, della direttiva e 19, comma 1, cod. cons.) – entro i cui ampi confini è certamente sussumibile la pratica di utilizzazione di clausole abusive²⁵⁸. È in effetti difficilmente discutibile che una tale pratica, pur non essendo (almeno) direttamente strumentale alla promozione e alla vendita di un bene o di un servizio oggetto del contratto stipulando con il consumatore, presenti un nesso diretto e immediato con il rapporto giuridico che scaturisce dalla stipulazione di tali contratti²⁵⁹.

2. La slealtà/scorrettezza della pratica di «utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie. Premessa.

La possibilità di sussumere la fattispecie dell'uso in condizioni generali di contratto di clausole abusive/vessatorie sotto la definizione positiva di pratica commerciale di cui all'art. 2, lett. *d*) della direttiva 2005/29/CE (e art. 18, lett. *d*) cod. cons.) consente (e impone) di andare oltre nell'analisi del rapporto che intercorre tra le normative in esame, e quindi di sottoporre la pratica di «utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie al *test* di slealtà/scorrettezza ai sensi della direttiva 2005/29/CE.

²⁵⁸ M. MELLI, *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*. Acquis communautaire e diritto privato europeo, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, pp. 483-484, secondo la quale nella definizione dell'art. 18, lett. *d*), della direttiva 2005/29/CE può certamente rientrare la fattispecie della predisposizione di regolamenti contrattuali unilateralmente predisposti dal professionista e destinati a regolare la generalità dei rapporti negoziali con i consumatori; L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento ostativo del professionista tra «ostacoli non contrattuali» e ostacoli contrattuali*, in *Studi celebrativi del ventennale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di P. BARUCCI - C. BEDOGNI RABITTI, Milano, 2010, pp. 1216 ss.; S. ORLANDO, *L'uso di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 346; ID., *Le informazioni*, cit., p. 115; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 36; G. DE CRISTOFARO, sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 134.

²⁵⁹ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 134.

Ora, come *supra* già rilevato (Cap. 1, § 3.1), secondo l'opinione maggiormente diffusa tra gli studiosi²⁶⁰ e formalmente avallata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁶¹, la valutazione della natura sleale di una pratica commerciale deve seguire l'*iter* procedimentale così articolato: in primo luogo, dovrà verificarsi la ricorrenza di una delle pratiche elencate nelle cd. liste nere (allegato I alla direttiva e artt. 23 e 26 cod. cons.); in caso di riscontro negativo, dovrà verificarsi la ricorrenza di una delle fattispecie delle cd. «*small general clauses*», ovvero delle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive (artt. 6, 7 e 8 della direttiva e 21, 22 e 24 cod. cons.); infine, in ipotesi di negativo riscontro anche in tale ultimo caso, ricorrere alla clausola generale e verificare quindi la ricorrenza degli elementi di cui all'art. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2° cod. cons. (cd. «*grand general clause*»), ovvero della *i*) contrarietà della pratica alla diligenza professionale e della *ii*) sua idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio.

In questa direzione ben si può procedere anche in questa sede, per valutare se e in quali ipotesi la pratica di «utilizzazione» di clausole abusive possa

²⁶⁰ In questi termini G. ABBAMONTE, *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, cit., p. 20 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/CE, in Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, cit., pp. 12 e 139 ss.; ID., *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, p. 12; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., p. 777 ss.; J. STUICK, E. TERRYNE T. VAN DYCK, *o.u.c.*, pp. 132-133, i Quali, peraltro, ritengono che tanto dovesse avvenire anche nella disciplina tedesca della concorrenza sleale UWG del 2004 (p. 124, nota 81).

²⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2009:244), 23.04.2009, C-261/07 e C-299/07, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 56, ove così si legge: «La direttiva redige anche, al suo allegato I, un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che, conformemente all'art. 5, n. 5, della direttiva, sono considerate sleali «in ogni caso». Conseguentemente, come espressamente precisato dal diciassettesimo 'considerando' della direttiva, si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso ai sensi delle disposizioni degli articoli da 5 a 9 della direttiva»; nello stesso senso Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2010:12), 14.01.2010, C-304/08, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 45; così anche Corte di Giustizia EU (ECLI:EU:C:2013:574), 19.09.2013, C-435/11, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, che ha concluso che la direttiva 2005/29/CE deve essere interpretata nel senso che «nell'ipotesi in cui una pratica commerciale soddisfi tutti i criteri enunciati all'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva per poter essere qualificata come pratica ingannevole nei confronti del consumatore, non occorre verificare se tale pratica sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), della direttiva medesima perché essa possa essere legittimamente ritenuta sleale e, pertanto, essere vietata ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della stessa direttiva».

costituire una pratica commerciale scorretta. Si tratta invero di un *modus operandi* nella pratica senz'altro e generalmente condivisibile, volto com'è a facilitare il compito dell'interprete nell'accertamento della natura sleale o scorretta di una pratica²⁶².

Ove però si tenga nella debita considerazione quanto pure già rilevato (cfr. *supra*, § 3.1) – ovvero che non appare corretto predicare un'autonomia tra la clausola generale di scorrettezza, da un lato, e le clausole particolari di ingannevolezza e aggressività e le cd. liste nere di pratiche commerciali senz'altro scorrette, dall'altro, e che, anzi, il rapporto tra esse debba intendersi nel senso che la prima opera come *norma di principio* e che le seconde come *norme esemplificative* della prima – allora il *test* di slealtà nella specie pure dovrà, opportunamente e in primo luogo, condursi attraverso l'accertamento che tale pratica dell'uso di clausole vessatorie sia effettivamente contraria alla «diligenza professionale» e, come tale, idonea a «falsare il comportamento economico del consumatore», secondo cioè la «*grand general clause*»; ciò anche laddove l'indagine sulla natura scorretta/sleale della pratica dovesse avere esito positivo già al riscontro dei requisiti di una delle fattispecie «particolarmente» scorrette/sleali. Dopo tutto – non pare inopportuno rilevare – tale è anche il *modus operandi* dell'Autorità preposta all'accertamento e alla sanzione delle pratiche commerciali scorrette in Italia (AGCM), che invero nei suoi provvedimenti costantemente si preoccupa di argomentare in ordine alla sussistenza dei requisiti della contrarietà alla «diligenza professionale» e della idoneità a «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico» del consumatore, anche ove la pratica sanzionata risulti già (e *ictu oculi*) sussumibile sotto una delle fattispecie particolari di pratiche ingannevoli o aggressive²⁶³.

²⁶² S. ORLANDO, *Le Informazioni*, cit., p.142, il Quale rileva che l'impianto normativo a piramide, adottato dal legislatore europeo e da quello italiano, si spiega sulla base delle perseguite esigenze di uniformità e certezza del diritto, considerando che il concetto di contrarietà alla diligenza professionale avrebbe altrimenti potuto dare luogo ad applicazioni difformi nei vari Stati membri (pp.141-142 e p. 144, nota 210).

²⁶³ Tra i più recenti – tutti rinvenibili sul sito web dell'Autorità: <http://www.agcm.it/consumatore--delibere/consumatore-provvedimenti/search.html?limit=15&ric=1&limitstart=0> – si vedano *Airways Helicopters-Trasporto Aereo*, Provvedimento n. 26502 del 22.03.2017; *Acqua & Farma-Dispositivi dell'Acqua*, Provvedimento n. 26503 del 22.03.2017; *Firefly-Addbeiti Arbitrari*, Provvedimento n. 26297 del 15.12.2016; *Aloe Ghignone-Proprietà Terapeutiche*, Provvedimento n. 26250 del

In questo senso, l'accertamento della contrarietà alla diligenza professionale di una pratica (come anche di quella in commento) e della sua idoneità a falsare il comportamento dei consumatori – elementi, questi, che ben possono dirsi due facce della stessa medaglia²⁶⁴ – rappresenterà la “prova del nove”²⁶⁵ circa la sua certa qualificazione come pratica commerciale scorretta.

2.1 (Segue) La contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio di una pratica commerciale.

L'accertamento della natura sleale o scorretta della pratica di utilizzazione di clausole vessatorie ai sensi della clausola generale di cui agli artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons. impone di soffermarsi su significato e portata dei due elementi che testualmente la compongono: *i*) la contrarietà alla diligenza professionale e *ii*) l'idoneità a falsare in misura rilevante (o

23.11.2016; *Università Popolare di Milano-Titoli Accademici*, Provvedimento n. 26197 del 29.09.2016; *Exquisa Latticino-Solo0,0025% di colesterolo*, Provvedimento n. 26147 del 27.07.2016).

²⁶⁴ V. *infra*, successivo § 2.1.

²⁶⁵ Come già evidenziato, sembra innegabile che il criterio della diligenza professionale operi come «valore ermeneutico ordinante all'interno del sistema della nuova disciplina» (così S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 143) e che, come tale, esso giochi un ruolo interpretativo decisivo delle fattispecie di p.c. scorrette (G. DE CRISTOFARO, sub *art. 20*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., 13, p. 154; S. TROIANO, sub *art. 20*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1701; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 85). In questa ottica deve dunque leggersi quella giurisprudenza della Corte di Giustizia passata in rassegna sotto la precedente nota: l'accertamento della ricorrenza di una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 6, o aggressiva ai sensi dell'art. 7 o ancora di una delle p.c. elencate nell'allegato I (art. 5, para 5), non rende necessario verificare se tale pratica sia parimenti contraria alle norme di diligenza professionale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera a), della direttiva medesima giacché detto ultimo accertamento è implicito nella ricorrenza dei requisiti delle fattispecie particolari di p.c. sleali. In questo senso S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 142 rileva come «i comportamenti ingannevoli e aggressivi, come rappresentati nelle fattispecie generali degli artt. 21, 22 e 24 del Codice del consumo e nelle fattispecie tipiche di cui alle liste nere degli articoli 23 e 26 Codice consumo, sono comportamenti vietati come p.c. scorrette *in quanto ritenuti dal legislatore contrari per definizione alla diligenza professionale*» (corsivo dell'Autore). Ancora, secondo lo stesso A.: «Mentre è vero che di fronte a comportamenti generalmente o tipicamente ingannevoli o aggressivi l'interprete non deve chiedersi se essi siano vietati, deve riconoscersi che tale soluzione è valida solo in quanto la sussunzione di comportamenti concreti nelle varie fattispecie di p.c. ingannevoli o aggressive sia operata sulla base di una corretta *interpretazione delle relative norme*, e cioè a condizione che le norme che rappresentano in astratto i vari comportamenti ingannevoli e aggressivi siano rettamente intese alla luce del concetto della contrarietà alla diligenza professionale» (ID., *o.u.c.*, p. 142).

“apprezzabile”, secondo il testo della disposizione di recepimento) il comportamento economico del consumatore medio cui la pratica è diretta.

Va detto che, secondo l’opinione pressoché unanime della dottrina, i richiamati requisiti debbono ricorrere *cumulativamente*, e non alternativamente. In tale senso s’è così osservato che una pratica commerciale della quale sia positivamente accertata la contrarietà alle regole della diligenza professionale non possa per ciò solo essere qualificata e sanzionata come «scorretta», tanto presupponendo altresì il contestuale accertamento della sua concreta attitudine a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore; e, viceversa, che una pratica che presenti solamente tale ultima attitudine, senza essere anche contraria alla diligenza professionale, non possa del pari essere sussunta sotto la fattispecie della cd. «*grand general clause*»²⁶⁶. A tale conclusione parrebbe legittimamente indurre il tenore letterale delle disposizioni (artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2° cod. cons.), che, invero, considerando disgiuntamente i due requisiti, sembrerebbe anche predicarne una distinzione concettuale.

Altra dottrina, per contro, ha osservato come l’adesione a una tale interpretazione (letterale) delle richiamate disposizioni condurrebbe a una conclusione inaccettabile sotto il profilo logico, e, non a caso, sarebbe inidonea a evocare esempi concreti: «se si può convenire sul fatto che una pratica possa essere idonea ad «influenzare» in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio in modo conforme a diligenza professionale [...] lo stesso non può dirsi se in predicato è – non già l’«influenzare» – bensì il «falsare»: non si può falsare il comportamento economico dei consumatori in modo conforme alla diligenza professionale»²⁶⁷.

È una lettura, quest’ultima, che merita senz’altro di essere condivisa, e non solo in quanto il termine «falsare», nella sua accezione spregiativa (propria anzitutto del linguaggio comune), mal si presta a descrivere una condotta che

²⁶⁶ G. DE CRISTOFARO, sub. art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 155; ID, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., p. 119; S. TROIANO, sub art. 20, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1703.

²⁶⁷ Nei termini S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 103, 104.

possa definirsi «diligente». Essa appare altresì coerente con l'oggetto e la finalità propri della disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE.

Come s'è già osservato (cfr. *supra*, Cap. 1, § 3), il legislatore europeo non ha inteso disciplinare qualsiasi condotta commerciale connessa alla promozione e/o commercializzazione di un bene o servizio, bensì le sole pratiche commerciali sleali che presentino ulteriormente il requisito della *idoneità a influenzare* il comportamento economico dei consumatori²⁶⁸. Tanto risulta espressamente dal *considerando 7* della direttiva, ove viene precisato che «la presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di *influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti*», nonché, e principalmente, dal *considerando 6*, ove viene precisato che la novella non intende proibire pratiche pubblicitarie e di marketing «in grado di incidere *legittimamente* sulla percezione dei prodotti da parte dei consumatori e di *influenzarne* il comportamento *senza però limitarne la capacità di prendere una decisione consapevole*».

In tale prospettiva – è stato pure osservato – la finalità della disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE nel sancire il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, è allora di stabilire «a quali condizioni influenzare è legittimo (leale) e a quale condizioni diventa illegittimo (sleale)»²⁶⁹, ovvero di fissare un *criterio normativo* cui l'interprete possa attingere per stabilire quando l'«influenzare» diviene un «falsare», sì da «alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 2, lett. *e*) della direttiva; cfr. art. 18, lett. *e*) cod. cons.).

Ebbene, il criterio normativo che fissa lo scarto che un'influenza legittima (leale/corretta) e un'influenza illegittima (ovvero un “falsare”) è dal legislatore evidentemente individuato proprio nella diligenza professionale, la violazione delle cui regole integra il “primo” requisito (letteralmente) richiamato dalla clausola generale di slealtà/scorrettezza *ex artt. 5, para 2, della direttiva e 20,*

²⁶⁸ Cfr. S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 105 ss. Lo evidenzia anche E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., pp. 315-316.

²⁶⁹ S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 107.

comma 2° cod. cons. È stato in proposito così osservato: «L' idoneità a «falsare» in misura rilevante un comportamento economico del consumatore medio [...] altro non è quindi che l'atteggiamento, espresso in termini negativi con tale verbo, dell'influenza *illegittima* esercitata da una pratica commerciale *allorché essa si sia manifestata attraverso modalità contrarie alla «diligenza professionale»*»²⁷⁰.

Dunque, i due requisiti della *i*) contrarietà alla diligenza professionale e della *ii*) inidoneità a falsare il comportamento economico del consumatore non sono concettualmente distinti, potendo anzi essi sintetizzarsi in uno solo²⁷¹, come fossero “due facce della stessa medaglia”. Una pratica commerciale è quindi «corretta» quando essa è conforme alle regole della diligenza professionale, *i.e.* essa legittimamente (o “lealmente”) influenza il comportamento economico dei consumatori; una pratica è invece «scorretta» quanto è contraria alla diligenza professionale, in tal caso potendosi dire che essa, in violazione delle regole della diligenza, falsa (ovvero, se si preferisce, influenza illegittimamente o “slealmente”) il comportamento economico dei consumatori²⁷².

Resta ora da stabilire quali sono le regole della diligenza professionale cui ogni professionista deve attenersi nelle pratiche *business to consumer*, sì che le decisioni di natura commerciale dei consumatori siano legittimamente influenzate, ovvero - come s'è parzialmente già anticipato e come meglio si vedrà - siano assunte in libertà e con consapevolezza.

A tale riguardo, occorre muovere dalla definizione normativa di «diligenza professionale». L'art. 2, lett. *h*) della direttiva così precisamente recita: «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, [la diligenza professionale è] il normale grado della speciale *competenza e attenzione* che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori». Questa invece la definizione di «diligenza professionale» contenuta nell'art. 18, lett. *h*) cod. cons.: «il normale grado della specifica *competenza e attenzione* che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti

²⁷⁰ ORLANDO, *o.u.c.*, p. 110.

²⁷¹ ORLANDO, *o.u.c.*, p. 111, 132, 133.

²⁷² ORLANDO, *o.u.c.*, p. 132.

rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

Ora - ferme le evidenti (e non apparentemente irrilevanti) differenze testuali nelle due formulazioni definitorie²⁷³, di cui a breve si dirà - un dato è immediatamente ricavabile dalle due definizioni, in quanto a esse comune: la diligenza professionale pone in capo al professionista un dovere di «attenzione», di «cura» o «competenza» nei confronti del consumatore. Le regole della diligenza professionale, dunque, possono anzitutto definirsi - come sono state autorevolmente definite - «regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato grado/livello di conoscenze specialistiche, di cura e d'attenzione»²⁷⁴ che il professionista è tenuto a osservare “in protezione” del consumatore.

Tanto indubitabile, occorre però individuare la misura o il livello della cura e attenzione richieste al professionista, ovvero i parametri che fissino tale misura, «rispetto» ai quali cioè «debbono essere concretizzati i contenuti delle “ragionevoli aspettative” (di cura e attenzione) che i consumatori possono legittimamente nutrire nei confronti dei professionisti²⁷⁵. E al riguardo le due formule definitorie sembrerebbero sensibilmente divergere giacché, mentre la formula *ex art. 2, lett. h)* della direttiva riferisce al «principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista» e alle «*pratiche di mercato oneste*», nell'art. 18, lett. *h)*, cod. cons. il riferimento alle cd. *best practices* del settore viene del tutto espunto e sostituito da quello «ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

²⁷³ Tra le differenze più marcate, s'è segnalato che la disposizione della direttiva si riferisce alla competenza e attenzione che «si possono presumere» (dunque da un terzo, diverso dal professionista e consumatore, neutro ed esterno) essere esercitate da un professionista nei confronti di consumatori, mentre nella disposizione italiana il grado di competenza e attenzione è quello che si possono ragionevolmente attendere i consumatori. Le diverse prospettive dalle quali valutare tali «ragionevoli aspettative» considerate dalle due formulazioni è stata però ritenuta una mera «sfumatura», cui non dare significativo rilievo (S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1704).

Quanto alla eliminazione nella disposizione italiana del riferimento alle «*pratiche di mercato oneste*», v. *infra*.

²⁷⁴ G. DE CRISTOFARO, sub *art. 20*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 156, 157; così anche C. LO SURDO, sub *art. 20*, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, cit., pp. 102-103.

²⁷⁵ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 156.

Va detto che in realtà tale differenza, per quanto evidente su di un piano testuale, non ha destato grandi preoccupazioni tra gli studiosi, che anzi hanno accolto l'originale intervento del legislatore italiano con favore. Era invero sin dall'origine parso evidente come il richiamo alla «pratiche di mercato oneste», oltre a essere alquanto generico, potesse dare adito a non poche incertezze interpretative, prestandosi alternativamente o ad «avallare un pericoloso appiattimento del giudizio di scorrettezza sulla conformità alle prassi di settore»²⁷⁶, ovvero a tradursi in un ridondante richiamo al parametro, subito dopo invocato, della buona fede: invero la consonanza di una pratica alla «prassi di settore» avrebbe comunque dovuto passare dall'accertamento e dalla verifica della rispondenza della stessa prassi al principio di buona fede, in tal senso dovendosi intendere il giudizio di «onestà»²⁷⁷ (riferito alla *best practice*) richiesto dalla disposizione. Né le prassi correnti nel settore - è stato pure attentamente osservato - potrebbe assurgere a criterio *ulteriore* della misura o livello di cura e attenzione richieste al professionista in forza del riferimento, contenuto nell'art. 2, lett. h) della direttiva, «al principio di buona fede *nel settore di attività del professionista*». Una simile interpretazione è stata condivisibilmente definita inaccettabile, non solo e non tanto perché, sotto un profilo letterale, il principio di buona fede è chiaramente indicato come «criterio aggiuntivo e indipendente rispetto a quello delle «pratiche di mercato oneste»», ma anche perché una siffatta lettura - prestandosi a consentire un rinvio al modo in cui il principio di buona fede è autonomamente inteso (potenzialmente in modo differente) dai diversi

²⁷⁶ Così S. TROIANO, sub art. 20, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1704. A meglio spiegare perché la valutazione della natura scorretta di una pratica alla luce delle pratiche di settore rischierebbe di andare incontro a gravi incertezze è G. DE CRISTOFARO *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., p. 123, che così rileva: «è fortemente dubbio quale debba essere il contesto territoriale cui fare riferimento per stabilire se una determinata pratica commerciale possa considerarsi «in uso» nel settore di attività nel quale opera il professionista che la ponga in essere, e soprattutto per valutare se la pratica in questione sia sentita e vista come onesta: occorrerà guardare (soltanto) al territorio dello Stato nel quale il professionista che utilizza la pratica ha la propria sede, o dello Stato (eventualmente diverso) nel quale detto professionista abbia in concreto agito, ovvero si dovrà tener conto del territorio dell'intera Ue?».

²⁷⁷ S. TROIANO, *u.o.c.*, pp. 1704 ss. Ivi, a p. 1707, così osserva l'Autore: «la conformità alla prassi non basterebbe di per sé ma dovrebbe essere valutata in ragione della «onestà» della prassi medesima, criterio, quest'ultimo, probabilmente riconducibile al già evidenziato concetto di conformità alla buona fede, che è alla base della nozione di diligenza professionale richiamata dalla norma».

operatori di settore e non in una prospettiva terza ed esterna - avrebbe “pericolosamente” rischiato di consentire *standard* di tutela del consumatore (*i.e.* di «attenzione», «competenza» e «cura» richieste al professionista) di volta in volta diversi e, come tali, non rispettosi allo stesso modo degli interessi dei consumatori²⁷⁸: ciò a dispetto dell’ambizione di “armonizzazione massima” della direttiva stessa e con inevitabile negazione della dimensione di «principio generale» unanimemente riconosciuta alla «buona fede»²⁷⁹.

Escluso che il rispetto delle prassi di settore possa influire nel giudizio di lealtà/correttezza di una pratica commerciale, è pertanto da ritenersi condivisibile l’opinione di Quanti individuano nel (solo) principio di «buona fede» (o «correttezza»²⁸⁰) il criterio volto a «specificare in concreto il contenuto» della diligenza professionale²⁸¹, ovvero la misura di quel dovere di «attenzione», «cura» e «competenza» dovuto dal professionista nei confronti del consumatore²⁸². E in questa prospettiva, non sembra potersi neppure dubitare - come pure è stato generalmente rilevato - che il principio di buona fede esprima una regola di comportamento coerentemente ispirata a un’esigenza di «solidarietà», notoriamente espressione di un valore – dalla rilevanza costituzionale (art. 2

²⁷⁸ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 93. Il riferimento al «settore di attività del professionista» deve allora essere inteso come riferimento al *target* dei consumatori destinatari della pratica commerciale, con riguardo al quale valutare il rispetto del principio di buona fede (cfr. S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 112,113 e 136).

²⁷⁹ Come già indicato, la buona fede può dirsi «presente oggi come principio pervasivo in tutti gli ordinamenti giuridici dell’Europa continentale» (così da F. RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 495).

²⁸⁰ Può dirsi che «buona fede» e «correttezza» abbiano nel linguaggio giuridico corrente tra i giuristi italiani e presso i Tribunali lo stesso significato e che siano oggi utilizzabili come sinonimi. Cfr. L. CARRARO, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Studi Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 436, per il Quale la buona fede intesa in senso oggettivo, significa «agire sleale o scorretto in danno di altri»; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Vol. 3, Milano, 2000, p. 505; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, ed. II, Padova, 1999, p. 83 ss.; S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1698; in giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 25/11/2008, n. 28056, *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 11, p. 1681.

²⁸¹ Così S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 135.

²⁸² La scelta di valutare la slealtà/scorrettezza di una pratica commerciale alla luce del principio generale di buona fede è stato ribadito dal legislatore italiano nei già richiamati artt. 2, lett. *c bis*), cod. cons. (che riconosce tra i diritti fondamentali del consumatore quello «all’esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di *buona fede*, *correttezza* e *lealtà*») e 39 cod. cons. (a mente del quale «Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di *buona fede*, di *correttezza* e di *lealtà*, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie dei consumatori») (v. *supra*, Cap. 1, § 3.1).

Cost.) nell'ordinamento italiano²⁸³, ma non meno rilevante nella storica impostazione «protezionista» riservata dalla legislazione comunitaria al consumatore – che impone per l'appunto un «dovere di salvaguardia»²⁸⁴, un «*duty of care*» di interessi deboli, così fondando, a tutela degli stessi, specifici obblighi (anzitutto positivi) di comportamento. E che – sembra altresì corretto osservare – specularmente opera come limite esterno al lecito perseguimento degli interessi economici delle imprese²⁸⁵, alle quali, proprio a tutela degli «interessi più deboli» dei consumatori, è fatto divieto di «abusare»²⁸⁶ della loro posizione di «supremazia», ovvero, nella specie, avendo riguardo all'intenzione del legislatore comunitario di disciplinare le sole pratiche idonee a *influenzare* il comportamento economico dei consumatori, di abusare di siffatta capacità o potere (di fatto proprio di ogni professionista) di «influenza decisionale»²⁸⁷.

Tale ultima considerazione consente ora di meglio precisare in quale direzione debba operare questo dovere di solidarietà: ciò nel senso di meglio specificare quale sia l'oggetto dell'«attenzione» e della «cura» cui, conformemente a buona fede, è tenuto il professionista, ovvero cosa debba concretamente intendersi con «abuso» del potere di influenzare.

In questo senso viene in rilievo il “secondo” (ma, come detto, simmetrico rispetto al “primo”) elemento che compone la clausola generale di

²⁸³ Le pronunce della Suprema Corte di Cassazione sul punto sono numerose, in particolare in commento agli artt. 1175 e 1375 c.c. *Ex multis*, si vedano v. Cass. civ. Sez. Unite Sent., 25/11/2008, n. 28056; Cass. civ., 16/10/2002, n. 14726, *Danno e resp.* 2003, 174: «In tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come impegno od obbligo di solidarietà - imposto, tra l'altro, dall'art. 2 Cost. - tale da imporre a ciascuna parte comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, ed a prescindere altresì dal dovere extracontrattuale del *neminem ledere*, siano idonei (senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico) a preservare gli interessi dell'altra parte» (cfr. altresì Cass. civ., Sez. III, 10/11/2010, n. 22819, in *Obbl. e contr.*, 2011, 3, 216; Cass. civ., 5/11/1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, 348).

²⁸⁴ Così C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 505.

²⁸⁵ L'espressione è di M. LIBERTINI, *o.u.c.*, p. 93 (nota 36).

²⁸⁶ Ancora nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione il principio della buona fede (e della solidarietà) è richiamato per fondare il divieto di «abuso del diritto». V. Cass. civ., Sez. III, 18/9/2009, n. 20106, in *Contratti*, 2009, 11, 1009: «Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti».

²⁸⁷ C.A. PRATESI, *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., p. 45.

slealtà/scorrettezza, *i.e.* l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio. L'art. 2, lett. *e*) della direttiva (cui corrisponde, questa volta senza alcuna differenza, l'art. 18, lett. *e*) cos. cons.) così definisce tale «falsare»: «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»²⁸⁸. Alla lettura di tale disposizione va accompagnata quella del *Considerando* 18 della medesima direttiva che, avendo riguardo alla definizione di consumatore medio (con riferimento al quale deve essere valutata l'idoneità della pratica a falsare), introduce il concetto generale di «vulnerabilità» del consumatore, da valutare anzitutto con riferimento alla *condizioni soggettive* della «informazione», della «attenzione» e della «avvedutezza»²⁸⁹. Al concetto di *vulnerabilità* rimanda altresì il *considerando* 19 («Qualora talune caratteristiche, quali età, infermità fisica o mentale o ingenuità, rendano un gruppo di consumatori particolarmente *vulnerabile* ad una pratica commerciale o al prodotto a cui essa si riferisce [...]») e l'art. 5, para 3 (art. 20, comma 3°, cod. cons.), che, in linea con tale ultimo *considerando*, dispone che le pratiche commerciali che sono idonee a influenzare in misura apprezzabile il comportamento economico di un gruppo di consumatori «*particolarmente vulnerabili*» a cagione di una

²⁸⁸ È da ritenersi che la formula legislativa di cui agli artt. 2, lett. *e*) della direttiva e 18, lett. *e*) cod. cons. non introduca due requisiti (idoneità ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» e capacità di indurlo a «assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»). Il requisito sembrerebbe unico: la capacità di indurre il consumatore ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso si pone come concretizzazione dell'idoneità della pratica ad alterare sensibilmente una decisione consapevole (così S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1698). Nello stesso senso anche C. LO SURDO, *o.u.c.*, p. 105. Per G. DE CISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., p. 131, a favore di tale opzione interpretativa depone la circostanza che nella definizione si afferma «inducendolo *pertanto* ad adottare...» (corsivo dell'Autore), anche se, per altro verso, tale interpretazione finirebbe per svilire il ruolo e la portata dell'avverbio «sensibilmente», usato dal legislatore comunitario allo scopo di escludere dal novero della pratiche sleali quelle prive di potenzialità pregiudizievoli rilevanti.

²⁸⁹ Così recita precisamente il *considerando* 18: «Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il *consumatore medio* che è normalmente *informato* e ragionevolmente *attento* ed *avveduto*, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente *vulnerabili* alle pratiche commerciali sleali».

particolare loro caratteristica, deve essere valutata nell'ottica del membro *medio* di tale gruppo.

Ebbene, è stato efficacemente osservato come sia proprio tale concetto di *vulnerabilità media* a costituire il riferimento del dovere di attenzione e cura imposto al professionista: «il legislatore ha inteso dire che, nel porre in essere un'attività capace di influenzare le decisioni dei consumatori, il professionista deve con «competenza» rappresentarsi le condizioni soggettive di vulnerabilità decisionale dei consumatori, e che il professionista ha in questo senso un dovere di «attenzione nei confronti dei consumatori», cioè un dovere di prestare attenzione alle condizioni soggettive di vulnerabilità decisionale dei consumatori»²⁹⁰.

In questo senso meglio si specifica anche la portata del richiamo al principio generale della buona fede: il professionista, correttamente rappresentatosi le condizioni soggettive di vulnerabilità del consumatore medio, *non deve approfittarne*²⁹¹, diversamente potendosi dire che questi abbia illegittimamente *abusato* del potere di influenzare il comportamento economico del consumatore. Detto ancora in altri termini, agire conformemente alla diligenza professionale (o buona fede) significa prestare «cura» e «attenzione» nella *misura* necessaria affinché il consumatore possa assumere proprie decisioni commerciali che siano *autentiche*²⁹², frutto cioè di scelte *libere e consapevoli* perché assunte in condizioni (di informazione, attenzione, impressionabilità, etc.) non alterate.

Vale da ultimo precisare che, ai sensi della direttiva, le condizioni soggettive rilevanti perché il consumatore possa assumere una decisione commerciale «non falsata» non sono solamente quelle - quali l'«informazione», l'«attenzione» e l'«avvedutezza» (richiamate dal *considerando* 18) - necessarie per prendere una decisione *consapevole*. È senz'altro vero che gli artt. 2, lett. e) e 18, lett. e) cod. cons. fanno esclusivo riferimento all'incidenza della pratica sull'assunzione di una «decisione *consapevole*», mentre alcun espresso richiamo è

²⁹⁰ Così S. ORLANDO, *o.u.c.*, p. 135.

²⁹¹ S. ORLANDO, *o.u.l.c.*; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 53.

²⁹² Parla di «inautenticità» delle scelte del consumatore A. GENTILI, *o.u.l.c.*

compiuto all'attitudine della pratica a limitare la *libertà* di scelta o di comportamento del consumatore: ciò che ha indotto Taluno ad affermare che, a rigore, un problema di sussumibilità nella nozione generale di pratica commerciale scorretta non potrebbe porsi per quelle pratiche che, senza alterare, falsare, omettere, o ridurre le informazioni di cui il consumatore necessita per prendere una decisione commerciale, incidono (limitandola o condizionandola) esclusivamente sulla libertà di scelta, indipendentemente dalla consapevolezza di questa²⁹³.

È non meno vero, però, che una tale conclusione sarebbe - come pure è stato osservato - «paradossale»: nella più generale nozione di pratica commerciale sleale/scorretta non sarebbero incluse le pratiche commerciali aggressive²⁹⁴; le quali, in effetti, per definizione normativa incidono sulla «libertà di scelta o di comportamento» del consumatore con condotte «moleste», di «coercizione», di «violenza fisica» e di «indebito condizionamento» (artt. 8, 9 della direttiva e 24 cod. cons.)²⁹⁵, con riferimento alle quali il giudizio di vulnerabilità sociale è parametrato su condizioni soggettive diverse, quali l'«impressionabilità», la

²⁹³ Così G. DE CRISTOFARO, sub. art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 159, per il Quale «le pratiche commerciali che incidono soltanto sulla libertà di scelta del consumatore senza compromettere la completezza e l'esattezza delle informazioni di cui egli dispone, se non rientrano in una delle previsioni della lista «nera» (art. 26 c. cons.) né si prestano a essere qualificate come «aggressive» a norma dell'art. 24 c. cons., non possono mai essere considerate «scorrette», dovendosi ritenere preclusa l'applicabilità della «nozione generale» di cui al 2° co. dell'art. 20 c.cons.»; cfr. ID, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, cit., p. 132 ss.

²⁹⁴ S. TROIANO, o.u.c., p. 1708. C. LO SURDO, sub art. 20, in *Codice del consumo*, cit., p. 105-106, definisce una tale interpretazione «inaccettabile»: «... rientrerebbero nella categoria delle pratiche sleali solo quelle aventi effetto sulla *consapevolezza* delle decisioni, e dunque solo le pratiche ingannevoli, rimanendone invece fuori quelle aggressive, specie quelle che, mediante molestie o la forza fisica, costringono il consumatore ad adottare, pur consapevolmente, una decisione diversa da quella che altrimenti avrebbero adottato». S. ORLANDO, o.u.c., p. 139 osserva che la formulazione della definizione ex artt. 2 lett. e) della direttiva e 18, lett. e) cod. cons. (ove riferisce alla «decisione consapevole»), è spiegabile con la constatazione che storicamente il primo fronte di contrasto alle più evidenti e diffuse pratiche commerciali sleali si è costruito intorno al concetto di «asimmetria informativa».

²⁹⁵ Cfr. anche il *considerando* 16 della direttiva: «Le disposizioni sulle pratiche commerciali aggressive dovrebbero riguardare le pratiche che limitano considerevolmente la *libertà di scelta* del consumatore. Si tratta di pratiche comportano ricorso a molestie, coercizione, compreso l'uso di forza fisica, e indebito condizionamento».

«capacità di reazione» e la «capacità di resistenza» che possono anche prescindere dall'attenzione, dall'informazione o dall'avvedutezza del consumatore²⁹⁶.

Ragioni di coerenza sistematica inducono, pertanto, a ritenere che nella nozione generale di pratica commerciale sleale/scorrette siano incluse tanto le pratiche commerciali che incidono sulla libertà di scelta del consumatore, quanto quelle che incidono sulla consapevolezza della stessa²⁹⁷.

2.2 (Segue) Il caso dell'«utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie e la loro potenzialità «ingannevole» nella fase esecutiva del rapporto contrattuale.

Così definiti significato e portata della *i*) contrarietà alla diligenza professionale e della *ii*) idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio di cui alla clausola generale *ex art. 5*, para 2, della direttiva (e art. 20, comma 2°, cod. cons.), può ora valutarsi se la pratica di «utilizzazione» di clausole abusive/vessatorie in condizioni generali di contratto possa definirsi sleale/scorretta ai sensi della medesima disposizione.

A tale riguardo occorre anzitutto muovere dalla considerazione che, *in diritto*, le clausole abusive sono clausole «non vincolanti» (ai sensi dell'art. 6, para 1, della direttiva 1993/13/CE)²⁹⁸, ovvero, avuto riguardo alla normativa italiana di recepimento, «nulle» (art. 36 cod. cons.)²⁹⁹ e in quanto tali del tutto inefficaci.

La considerazione è rilevante: l'utilizzazione da parte del professionista di condizioni contrattuali (anche solo parzialmente) non produttive di effetti giuridici

²⁹⁶ S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 125 ss. Così precisamente l'Autore a pag. 126: «l'aggressività (nelle forme generali delle molestie, della coercizione, e dell'indebito condizionamento) induce, *per sua natura*, il riferimento ad un giudizio di vulnerabilità decisionale parametrato su condizioni soggettive diverse, quali l'impressionabilità e la capacità di reazione e di resistenza, che possono a loro volta dipendere, come non dipendere, dall'informazione, dall'attenzione e dall'avvedutezza».

²⁹⁷ Nei termini S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1708, il Quale ritiene che a tale risultato è possibile pervenire per mezzo di una «interpretazione estensiva» del concetto di «consapevolezza».

²⁹⁸ Così precisamente recita la richiamata disposizione: «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

²⁹⁹ Così l'art. 36, comma 1°, cod. cons.: «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto».

nell'istaurando (o già istaurato) rapporto contrattuale equivale, *in fatto*, a fornire ai consumatori informazioni errate e, come tali, per questi decettive e fuorvianti quanto all'assetto dei diritti e degli obblighi sussistenti in capo a ciascuna della parti contrattuali. Su tali errate «informazioni» il consumatore medio, normalmente non avvezzo di questioni giuridiche, sarà invero indotto a fare affidamento, così considerandosi vincolato a un regolamento contrattuale in realtà giuridicamente inefficace³⁰⁰.

Il che può senz'altro dirsi «contrario alla diligenza professionale» nei termini sopra riportati. S'è visto che agire in contrasto con le regole della diligenza professionale significa «approfittare» (o, contrariamente al precetto della buona fede, «abusare») delle deteriori condizioni soggettive del consumatore rilevanti per assumere una decisione consapevole e libera; tra le quali condizioni è in primo luogo in rilievo proprio quella dell'«informazione» (v. *considerando* 18 della direttiva 2005/29/CE). È allora indubbiamente in contrasto con le regole della diligenza professionale (e con i precetti di buona fede e correttezza) *abusare* dello stato di ignoranza in cui generalmente versa il consumatore circa la validità e l'efficacia di clausole che tali in realtà non sono, e così, sulla base di un regolamento al professionista favorevole ma per il consumatore non vincolante, *avvantaggiarsi* della (indotta) errata convinzione di quest'ultimo di essere, per es., tenuto all'esecuzione di una prestazione in realtà non affatto dovuta (perché prevista da una clausola che il consumatore non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto ma alla quale ritiene di avere aderito in forza del rinvio a essa operata da parte di altra clausola inserita nel contratto, quest'ultima senz'altro nulla ai sensi della lett. c) dell'art. 36, comma 2°, cod. cons.), o di non avere il diritto a una prestazione cui il professionista è invece certamente tenuto (si pensi alla clausola che escluda o limiti il diritto al risarcimento del danno «in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista», sempre nulla ai sensi della lett. a) dell'art. 36, comma 2°, cod. cons.), ovvero, sempre in termini generali, di non essere legittimato alla proposizione di una azione giudiziale

³⁰⁰ S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 28 ss.; ID., *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 346-347.

(come nel caso di una clausola che escluda o limiti per il consumatore l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., senz'altro nulla ai sensi della lett. b) dell'art. 36, comma 2°, cod. cons.; o che escluda o limiti la proposizione dell'eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 c.c., vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 2°, lett. r), cod. cons.).

Peraltro, che i precetti della «buona fede» e «lealtà» impongano di fornire informazioni adeguate e verificare circa l'assetto dei diritti e obblighi gravanti sulle parti contrattuali trova, nell'ordinamento italiano, sicura conferma nello speculare obbligo - positivizzato nella disposizione dell'art. 1338 c.c. - di dare notizia all'altra parte della eventuale esistenza di una causa di invalidità (anche parziale) del contratto, di cui si è o si avrebbe dovuto essere a conoscenza³⁰¹. Si legge in numerose sentenze, pronunciate dai giudici italiani in commento a tale articolo e alla più generale norma di cui all'art. 1337 c.c. (che impone alle parti di «comportarsi secondo *buona fede*» nello svolgimento delle trattative), che dal precetto di buona fede e correttezza (*ex artt.* 1175 e 1375 c.c.) deriva un generale obbligo di «protezione» e, più precisamente, di «informazione» volto a tutelare l'*affidamento* della controparte contrattuale alla stipulazione di un valido ed efficace contratto, e che il rimedio risarcitorio ivi previsto (dall'art. 1338 c.c.) mira a tutelare il contraente «*ingannato o fuorviato*» da una «*situazione apparente, non conforme a quella vera*», dovuta per l'appunto alla *ex adverso* indotta ignoranza della causa di invalidità³⁰².

La riconosciuta (e difficilmente negabile) potenzialità *ingannevole* della prassi dell'uso di clausole non vincolanti suggerisce peraltro di volgere l'attenzione alle particolari fattispecie di cui gli artt. 6 ss. della direttiva (artt. 21 ss., cod. cons.) che definiscono per l'appunto le cd. *pratiche commerciali*

³⁰¹ S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., p. 347.

³⁰² In questo ultimo senso Cass. civ., Sez. II, 14/03/1985, n. 1987: «Le norme degli artt. 1337 e 1338 c.c. mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dall'ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta»; nello stesso senso, più recentemente, v. Cass. civ., sez. III, 8/07/2010, n. 16149; Cass. civ., Sez. I, 27/03/2007, n. 7481; Cass. civ., Sez. II, 26/04/2012, n. 6526; Cass. civ., 16/11/2000, n. 14865; App. Milano Sez. I, 20/06/2012; Cass. civ. Sez. I, 23/03/2016, n. 5762; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 20/02/2017, n. 1005; Cass. civ. Sez. Unite, 27/04/2017, n. 10413; tutte rinvenibili in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

ingannevoli (nelle due forme delle «azioni» e «omissioni» ingannevoli). Là dove, in effetti, può ricavarsi ancor più sicura conferma della natura sleale/scorretta della pratica commerciale in analisi e, dunque, della sua contrarietà alla diligenza professionale. È precisamente l'art. 6 della direttiva (art. 21 cod. cons.) a considerare un'«azione ingannevole» la pratica commerciale che «contenga informazioni *false* e sia pertanto *non veritiera*» o in qualsiasi modo «inganni» (ovvero, come meglio descritto dall'art. 21 cod. cons., che «contiene *informazioni non rispondenti al vero*» o «induce o è idonea a *indurre in errore*») riguardo «la portata degli impegni del professionista» [lett. c)], i «diritti del professionista» [lett. f)] e i «diritti del consumatore» [lett. g)]³⁰³.

In che modo e in quale fase dell'«operazione commerciale» venga poi «falsato» il comportamento economico del consumatore nella pratica di utilizzazione di clausole vessatorie è presto detto. Come visto, la prassi ha da sempre evidenziato che il consumatore, ritenendosi erroneamente vincolato alle clausole vessatorie, agisce come se queste fossero efficaci³⁰⁴: si è ipotizzato il caso in cui il consumatore rinunci a chiedere la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del conseguente danno a fronte dell'inadempimento (totale o parziale) del professionista, a tanto ritenendo di non avere diritto per espressa previsione negoziale (nulla, come detto, ai sensi della lett. b) dell'art. 36, comma 2°, cod. cons.); può anche ipotizzarsi il caso in cui il consumatore paghi, a tanto ritenendo di essere tenuto, una somma «manifestamente eccessiva» in forza di una clausola penale unilateralmente predisposta (a suo carico) dal professionista, quando in realtà alcuna somma sarebbe dovuta a siffatto titolo stante la vessatorietà, salva prova contraria, di una simile pattuizione ai sensi della lett. f) dell'art. 33, comma 2°, cod. cons.; o ancora il caso in cui il consumatore rinunci a opporre in compensazione di un proprio debito nei confronti del professionista un credito vantato nei confronti dello stesso in forza di un espresso divieto contenuto

³⁰³ S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 28-29

³⁰⁴ Si rimanda ancora alle osservazioni compiute nell'ambito del dibattito sulle condizioni generali di contratto, ma ancora oggi attuali, di A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, cit., pp. 301 ss. e di C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 66 ss. (v. note 243 e 244).

in una clausola anch'essa, salvo prova contraria, inefficace ai sensi della lett. c) dell'art. 33, comma 2°, cod. cons.

Il «*deficit* informativo» in ordine alla reale portata dei diritti e obblighi nascenti dal contratto stipulato è dunque evidentemente idoneo a falsare le decisioni commerciali del consumatore nella gestione del rapporto negoziale, ovvero, volendo impiegare l'ampia formula di cui all'art. 2, lett. k) della direttiva (e art. 18, lett. m), cod. cons.), a illegittimamente influenzare la decisione del consumatore «relativa a se [...] esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto» portandolo così «a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla»³⁰⁵.

La valutazione così operata della natura sleale della pratica d'uso di condizioni generali di contratto contenenti clausole vessatorie merita però un'ulteriore precisazione. S'è visto come la sussumibilità di una siffatta pratica sotto la fattispecie generale di «pratica commerciale scorretta» (artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons.) o sotto quella particolare di «azione ingannevole» (artt. 6 della direttiva e 21 cod. cons.) si fonda sulla constatazione che le clausole vessatorie sono inefficaci, in tanto potendosi ravvisare la idoneità falsante della stessa a danno dei consumatori.

Senonché, come è stato attentamente osservato, non tutte le clausole vessatorie *in quanto tali* sono «non vincolanti» (o «nulle»): tali sono sempre e senz'altro quelle passate in rassegna nella cd. *black list* di cui all'art. 36, comma 2°, cod. cons., mentre potrebbero non esserlo quelle che, sebbene capaci di determinare a carico del consumatore uno «squilibrio normativo» dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (secondo la formula generale di vessatorietà *ex* artt. 3, para 1, della direttiva 1993/13/CE e 33, comma 1°, cod. cons.), sono oggetto di trattativa tra la parti³⁰⁶. La trattativa, invero, per come generalmente

³⁰⁵ S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., p. 347; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 30; in generale, sul significato di «decisione di natura commerciale» e sulla possibilità di comprendervi anche la scelta relativa all'esercizio di un diritto nascente dal contratto o dalla legge v. S. TROIANO, sub art. 20, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1708 e G. DE CRISTOFARO, sub art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 158; cfr. anche *considerando* 13 della direttiva 2005/29/CE.

³⁰⁶ L'osservazione è sempre di S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 346-347-348; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 30-31.

intesa, costituisce «presupposto costitutivo» negativo della normativa in materia, dacché l'accesso del consumatore alla negoziazione dei contenuti contrattuali (ai sensi dell'art. 34, comma 4°, cod. cons.) esclude l'applicazione della disciplina, compresa l'applicazione della sanzione della «nullità» comminata dall'art. 36, comma 1°, cod. cons.³⁰⁷.

Sulla base di tale considerazioni, è stato allora autorevolmente osservato che l'uso di clausole vessatorie costituisce *sempre* una pratica commerciale scorretta o un'azione ingannevole (ai sensi, rispettivamente, degli artt. 20, comma 2°, e 21 cod. cons.) quando siffatte clausole sono senz'altro nulle, «quantunque oggetto di trattativa» (art. 36, comma 2°, cod. cons.); nell'ipotesi invece di uso di clausole che, ancorché «vessatorie», potrebbero essere pienamente valide ed efficaci se oggetto di trattativa, la condotta del professionista è qualificabile in termini di scorrettezza *solamente se* lo stesso non dia contestualmente vita a una altrettanto generale prassi che contempra *i*) un tentativo di negoziazione individuale *ex art. 34* cod. cons. con tutti i consumatori cui le condizioni generali sono offerte, nonché *ii*) un'informativa ai consumatori sulla nullità delle clausole che non siano approvate in esito a una trattativa individuale (ai sensi dell'art. 1338 c.c.)³⁰⁸. «In assenza di una simile prassi - è stato osservato - il professionista sa o dovrebbe sapere che le clausole abusive saranno di regola destinate ad essere nulle nei rapporti individuali e che il consumatore non sarà di regola edotto della causa di invalidità parziale del contratto»: il che rende la pratica contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento economico del consumatore³⁰⁹.

Tale ultima ipotesi, se certamente condivisibile nella sua teorica ricostruzione, è però - si ritiene di poter sostenere - assai rara nella quotidianità degli scambi commerciali *business to consumers*. Il fenomeno delle c.d. condizioni generali del contratto, che nasce in risposta alle esigenze imposte dai frenetici ritmi della produzione di massa³¹⁰, consiste nella unilaterale

³⁰⁷ Si rimanda a tale riguardo a quanto osservato *supra*, Cap. 1, § 2.

³⁰⁸ S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 347-348; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 31.

³⁰⁹ S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., pp. 347.

³¹⁰ S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno Gabrielli*, I, Torino, 1999, p. 295.

predisposizione di clausole volte alla regolazione di una *serie indefinita* di rapporti in potenza tutti uguali, dacché è assai improbabile che un professionista che utilizzi le stesse clausole contrattuali con un pubblico «massificato» di consumatori si doti contestualmente di un'organizzazione che preveda di imbastire una trattativa con ciascuno di essi: la trattativa può cioè dirsi «ontologicamente estranea» alle condizioni generali di contratto³¹¹.

Ciò - si crede - consente dunque di concludere che, almeno nella prassi, la pratica dell'uso di clausole vessatorie in condizioni generali di contratto è sempre destinata a qualificarsi come una pratica commerciale sleale/scorretta.

3. Il caso dell'uso di clausole non «chiare» e «comprensibili» (ex artt. 5 della direttiva 1993/13/CEE e 35, comma 2°, cod. cons.) come «omissione ingannevole» (ex artt. 7, para 2 e 4, della direttiva 2005/29/CE e 22, commi 2° e 4°, cod. cons.).

Una pratica commerciale scorretta non si riscontra però nella sola ipotesi dell'utilizzazione di clausole *inefficaci* perché «squilibranti» ai sensi dell'art. 33, comma 1°, cod. cons. (art. 3, para 1, della direttiva). È stato evidenziato come, al ricorrere di determinate condizioni, sleale o scorretta debba considerarsi anche la pratica di utilizzazione di clausole contrattuali che non sia state redatte «*in modo chiaro e comprensibile*» ai sensi dell'art. 35 cod. cons. (art. 5 della direttiva 1993/13/CE)³¹²; il che anche a prescindere dalla eventuale sanzione della invalidità e/o inefficacia che voglia ricollegarsi all'assenza di «chiarezza» e «comprensibilità»³¹³.

³¹¹ L'espressione è di V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, cit., p. 52.

³¹² S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., p. 48; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 33-34.

³¹³ La dottrina non è affatto unanime nel ritenere che le clausole che difettino di «chiarezza» e «comprensibilità» debbano considerarsi nulle e/o inefficaci. Lo ritengono G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 419; S.T. MASUCCI, *commento all'art. 1469 quater*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996, p. 156; P. GIAMMARIA, sub art. 1469-quater, 1°, 2° e 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, cit., pp. 1023 ss.; ID., sub art. 1469-quater, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice Civile*, cit., pp. 675 ss.; *contra* G. DI GIOVINE, sub art. 1469-quater, comma 1, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, cit., pp. 449

Tale disposizione normativa³¹⁴, secondo un'opinione corrente in dottrina, ha codificato il principio della cd. *trasparenza del contratto* nei rapporti tra consumatore e professionista³¹⁵, dal quale deriva in capo a quest'ultimo un dovere di informazione completa, adeguata e intellegibile sì che il consumatore medio³¹⁶ venga edotto di tutti i costi e vantaggi contrattuali per come realmente risultanti

ss.; P. SIRENA, sub art. 1469-ter, 2° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, cit., pp. 869-870, il quale rileva che il difetto di trasparenza non è di per sé sufficiente «a determinare l'abusività delle clausole in questione, poiché quest'ultima, come si desume dalla norma generale dell'art. 1469-bis, 1° comma, c.c., si fonda comunque su un significativo squilibrio di diritti e obblighi contrattuali contrario alla buona fede». «La violazione dell'art. 1469-quater, 1° comma, c.c. - prosegue l'Autore - non è tuttavia irrilevante nell'ambito del giudizio di abusività. [...] si deve comunque rilevare che, tenuto conto della natura del bene o del servizio, delle circostanze esistenti al momento della stipulazione e delle restanti clausole del contratto stesso o di un altro collegato (arg. ex art. 1469-ter, 1° comma, c.c.), esso può determinare il pericolo attuale di un significativo squilibrio di diritti e obblighi contrattuali contrario alla buona fede: in questo caso, la clausola, in base al combinato disposto degli artt. 1469-quater, 1° comma, e 1469-bis, 1° comma, c.c., è abusiva».

La giurisprudenza è invece pressoché unanime nel sostenere che l'assenza di chiarezza e comprensibilità determini la vessatorietà della clausola: Trib. Roma, 3.3.2005, in *Giud. Dir.*, 05, n. 30, pp. 63 ss.; Trib. Bergamo, 10.05.2005, *Contr.*, 06, pp. 592 ss.; Trib. Vigevano, 6.6.2003, in *Studium iuris*, 04, pp. 115 ss.; Trib. Genova, 14/02/2013, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; *contra* Trib. Viterbo, 03/04/2015, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>, secondo cui il consumatore, a fronte dell'ambiguità della clausola, può invocare il rimedio della *interpretatio contra stipulatorem* di cui all'art. 35, comma 2°, cod. cons.

È comunque opinione largamente diffusa in dottrina che il difetto di chiarezza e comprensibilità delle clausole che determinano l'oggetto del contratto, se non ne è causa di nullità, estende alle stesse il giudizio di abusività/vessatorietà (ai sensi dell'art. 34, comma 2°, cod. cons.) e dunque apre alla possibilità che vengano dichiarate inefficaci. Cfr. in questo senso R. PARDOLESI, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, cit. p. 540; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011, p. 910; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it*, 1996, V, p. 152, nota 20; A. TULLIO, *Il contratto per adesione*, Milano, 1997, p. 90; E. MINERVINI, sub art. 35, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 394-395; ID., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, pp. 134 ss. In giurisprudenza così Trib. Reggio Emilia Sez. fall. Sent., 17/01/2008, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

³¹⁴ L'art. 35 cod. cons. replica fedelmente la formulazione dell'art. 5 della direttiva 1993/13/CE: «Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile».

³¹⁵ Così E. MINERVINI, sub art. 35, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 393, il quale attentamente rileva l'erroneità della rubrica dell'art. 35 («forma e interpretazione»), dato che essa non pone un requisito di forma quanto, per l'appunto, un obbligo di trasparenza a carico del professionista. Sulla portata generale del principio ivi codificato, tale che esso debba trovare applicazione per tutte le clausole e non solo per quelle vessatorie, cfr. E. MINERVINI, *o.u.c.*, pp. 394 ss.; P. GIAMMARIA, sub art. 1469-quater, 1°, 2° e 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, cit., p. 1024; A. BARENGHI, sub art. 35, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, cit., p. 227.

Si consideri inoltre che la «trasparenza nel rapporto contrattuale» costituisce altresì un diritto fondamentale del consumatore ai sensi dell'art. 2, comma 2°, lett. e), cod. cons.

³¹⁶ Al consumatore medio quale metro di valutazione della trasparenza di una clausola, riferisce E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., p. 317.

dalla condizioni contrattuali *ex adverso* predisposte, e sia pertanto messo nella effettiva condizione di compiere una scelta *consapevole*³¹⁷.

Tale è anche la *ratio* della disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli, con la quale il legislatore europeo ha in effetti inteso rafforzare la trasparenza nei rapporti commerciali *B2C*, al medesimo scopo - come è stato detto - di «agevolare il consumatore a prendere decisioni *consapevoli* e quindi adatte a garantire la sua piena *autodeterminazione*, con il fine ultimo di contrastare il pericolo che la forza economica di cui dispone la parte favorita possa degenerare sino a trasformarsi in uno *strumento di abuso* delle posizioni private di supremazia»³¹⁸. Non stupisce che i concetti di «chiarezza» e di «comprensibilità» appaiano anche in tale disciplina e, più precisamente, nella definizione delle *cd. omissioni ingannevoli* di cui all'art. 22, comma 2°, cod. cons., che sanziona come pratica commerciale ingannevole (in combinato disposto con l'art. 20, comma 2°, cod. cons.) la condotta di quanti omettano, occultino o presentino in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione *consapevole*³¹⁹.

In tale contesto, non si fatica allora a condividere l'ipotesi ricostruttiva che qualifica la pratica d'uso di clausole contrattuali che rappresentano «in modo non chiaro e comprensibile» l'*oggetto* del contratto o il *corrispettivo* come omissione ingannevole ai sensi dell'art. 22, comma 2° e 4°, cod. cons.³²⁰. Tale ultimo comma

³¹⁷ In questo senso il principio della trasparenza, in quanto funzionale a rendere edotto il consumatore dei costi e dei vantaggi derivanti dalla clausola e dunque per consentire allo stesso scelte *consapevoli*, è definito un «valore-mezzo» (v. E. MINERVINI, *o.u.c.*, p. 393).

³¹⁸ Così R. CALVO, sub *art. 21*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 166.

³¹⁹ L'art. 22, comma 2°, cod. cons. ha la stessa formulazione dell'art. 7, para 2, della direttiva: «Una pratica commerciale è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al paragrafo 1, tenendo conto degli aspetti di cui a detto paragrafo, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risultino già evidenti dal contesto e quando, in uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

³²⁰ S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, cit., p. 48; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 33-34. Va detto - come osserva R. CALVO, sub *art. 22*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 163 - che in realtà non si tratterebbe propriamente di un'omissione: presentare in modo oscuro, ambiguo o incomprensibile un'informazione «si fonda su un *facere*. [...] Occultare l'informazione significa attuare l'insieme di accorgimenti utili a celarla».

inserisce invero tra le «informazioni rilevanti» per il consumatore (e che il professionista ha l'obbligo di fornire adeguatamente) quelle vertenti su *i*) «le caratteristiche principali del prodotto» [lett. *a*)] e *ii*) «il prezzo» (comprensivo delle imposte) o «le modalità di calcolo del prezzo» se questo non può essere ragionevolmente calcolato in anticipo [lett. *c*)]. Può ipotizzarsi il caso in cui il professionista offra condizioni generali di contratto dalle quali non si evinca con chiarezza la modalità di calcolo del prezzo del servizio, legato al verificarsi di determinate circostanze³²¹; o ancora il caso in cui le caratteristiche essenziali del prodotto o del servizio siano descritte in condizioni contrattuali redatte esclusivamente in lingua straniera³²² (anche in violazione dell'art. 9 cod. cons.) o

³²¹ V. AGCM, 03/07/2008, PS 557- H3G - *ADSM Card Modem USB*, provv. N. 18574, in *Boll. AGCM* n. 26/2008. Il caso vedeva gli utenti della compagnia telefonica H3G lamentare di non avere ricevuto chiare informazioni sull'onerosità effettiva del servizio offerto, con particolare riguardo alle tariffe “a consumo” e in “roaming”, particolarmente elevate e di cui gli utenti avevano conoscenza per la prima volta solo quando gli veniva recapitata la fattura.

³²² V. AGCM, 07/06/2017, PS 10047 - *ETIHAD - No Show Rule*, provv. N. 26637, in *Boll. AGCM* n. 24/2017. In questo provvedimento l'Autorità ha sanzionato la compagnia aerea Etihad in quanto «la versione *on line* delle “Condizioni di Trasporto” non risulta disponibile in lingua italiana durante la procedura *on line* di acquisto del biglietto (allorquando il consumatore, prima del pagamento, è invitato a perfezionare la transazione apponendo un segno di spunta a comprova dell'avvenuta *comprensione e accettazione* dei “Termini e condizioni di trasporto” ivi direttamente linkati: cliccando su tale link si giungerebbe, infatti, alle sole versioni inglese e tedesca delle condizioni contrattuali comunque praticate dal professionista alla clientela italiana) e non lo è stata neanche, per un determinato periodo, accedendovi dalla *homepage* del sito. Anche in seno alle FAQs, l'eventuale approfondimento in corrispondenza di taluno dei singoli quesiti è consistito, per un determinato periodo, nel mero rinvio alle Condizioni di Trasporto come linkabili, sulla medesima pagina web, nella versione in lingua inglese o tedesca. Anche le articolate e complesse *regole tariffarie* stabilite dal Vettore non sono accessibili in lingua italiana ai passeggeri: infatti, durante la procedura di acquisto *on line* sul suddetto sito aziendale, i link “visualizzare le norme sulla tariffa” e “regole tariffarie” – presenti rispettivamente sul lato destro della pagina dopo la scelta delle caratteristiche del viaggio e poco prima del pagamento, accanto alle *condizioni di trasporto* – conducono ad un ampio testo redatto esclusivamente in inglese e peraltro recante, in più di un caso, abbreviazioni non sempre comprensibili». La suddetta pratica è stata definita scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2°, 21 comma 1°, e 22 del Codice del Consumo, in quanto presentare unicamente in lingua estera alcune informazioni rilevanti per la clientela nazionale relativamente alle caratteristiche del servizio e all'esercizio di diritti, prerogative e facoltà contrattuali, impedisce o può impedire in concreto «una chiara ed immediata comprensione di caratteristiche e modalità del servizio e del contratto di trasporto. Ciò può, quindi, indurre in errore i medesimi consumatori circa elementi e/o dati essenziali della prestazione offerta (ivi compresa l'assistenza post-vendita) con la conseguenza di alterare la loro scelta commerciale nonché creare ostacoli e condizionamenti nell'esercizio di diritti/prerogative/facoltà spettanti alla clientela connessi o consequenziali alla sottoscrizione del relativo contratto (come, ad es., il reclamo per smarrimento o perdita del bagaglio)».

Sull'applicazione della regola della redazione chiara e comprensibile nei casi di contratti conclusi tra soggetti di lingua diversa v. già G. DI GIOVINE, *o.u.c.*, pp. 451-452, in commento all'art. 1469 *quater* c.c.

con un linguaggio eccessivamente tecnico-settoriale e/o particolareggiato³²³, ciò che può impedire al consumatore di comprendere pienamente le qualità del prodotto che sta acquistando o la portata degli impegni assumendi dal professionista nell'esecuzione del servizio³²⁴; o ancora l'ipotesi, anch'essa non affatto infrequente, in cui le modalità di calcolo del prezzo effettivo (o anche la descrizione del prodotto o del servizio) sia(no) riportati in clausole contrattuali aventi una veste grafica tale da sfuggire all'attenzione del consumatore, per essere per es. impiegati caratteri grafici in un corpo di gran lunga minore rispetto a quello delle altre clausole contrattuali³²⁵.

Tutte ipotesi, queste, in cui appare evidente la contrarietà alla diligenza professionale o alla buona fede della condotta professionistica. Ivi, il professionista trae di fatto approfittamento da una deteriore condizione del consumatore medio. Trae cioè vantaggio da un consumatore non sufficientemente colto per comprendere la lingua adoperata nelle condizioni contrattuali, ovvero non sufficientemente preparato o normalmente informato per comprendere le descrizioni tecniche fornite dallo stesso professionista o, ancora, non abitualmente attento o avveduto al punto da volgere lo sguardo anche alle clausole redatte in formati grafici non immediatamente risaltanti. A tali condizioni (cultura, informazione, attenzione e avvedutezza) il professionista deve prestare adeguata attenzione (*duty of care*), dunque provvedendo a redigere in italiano le clausole contrattuali, adoperando un linguaggio mediamente comprensibile³²⁶, ovvero impiegando identici formati grafici per tutte le clausole contrattuali; diversamente essendo la sua pratica destinata a falsare il comportamento economico del consumatore, per indurlo cioè ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

³²³ R. CALVO, sub art. 22, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., 2010, p. 163; cfr. T. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 21 ss.

³²⁴ È noto come per oggetto del contratto possa intendersi non solamente il bene finale dovuto, ma anche l'insieme delle prestazioni cui le parti si impegnano (v. A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. GRANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2013, p. 559).

³²⁵ R. CALVO, *o.u.l.c.*

³²⁶ G. DI GIOVINE, *o.u.c.*, p. 450.

In tali casi peraltro - differentemente dalle ipotesi riportate *supra*, § 2.2 - ci sembra che a essere influenzate siano, non tanto o solamente le decisioni relative all'esercizio o meno di un «diritto contrattuale» nella fase esecutiva del contratto, quanto principalmente le decisioni assunte «a monte» della creazione del vincolo contrattuale, e principalmente quella riguardante la scelta relativa il se accettare o meno di istaurare il rapporto³²⁷, come avviene per es. tutte le volte che il consumatore è indotto alla stipulazione di un contratto da un prezzo particolarmente conveniente ma in realtà ben più elevato di quello apparsogli al momento dell'accettazione delle condizioni contrattuali, ovvero quando è indotto all'acquisto di un prodotto che ritiene di proprio interesse sulla base di una non chiara rappresentazione fornita dal professionista, ma in realtà avente caratteristiche diverse da quelle credute: si tratta del c.d. «effetto sorpresa» che scaturisce tutte le volte in cui il consumatore «si trovi a fare i conti con un regolamento composto di clausole diverse da quelle presupposte»³²⁸, le quali, se pienamente conosciute, lo avrebbero indotto a non stipulare il contratto.

Ove poi si voglia predicare la nullità e l'inefficacia di tutte le clausole determinative delle prestazioni del contratto in termini non «chiari» e «comprensibili» - in conseguenza diretta del difetto di trasparenza o a esito dell'allargato giudizio di vessatorietà (art. 34, comma 2°, cod. cons.)³²⁹ - l'utilizzo delle stesse è sempre idoneo a falsare il comportamento economico del consumatore anche nella fase successiva alla stipula del contratto: l'inefficacia della clausola descrittiva in modo non «chiaro» e «comprensibile» del prodotto, del servizio, del prezzo complessivo dovuto o, in generale, delle prestazioni

³²⁷ S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 34. Tanto sembra anche suggerito dalla circostanza, menzionata dal 4° comma dell'art. 22, cod. cons., che «le caratteristiche principali del prodotto» e il «prezzo» complessivo sono «informazioni rilevanti» per il consumatore tutte le volte che questi è «invitato all'acquisto». Potrebbe anche ipotizzarsi che a essere condizionata sia la scelta relativa al contenuto del contratto che il consumatore avrebbe comunque stipulato (si sono sempre ritenute rilevanti anche le pratiche omissive aventi un forza meramente incidente, e non determinante, il consenso del consumatore: v. R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori - La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit., p. 200). Si tratta però di un'ipotesi non molto ricorrente nella prassi, stante il frequente ricorso da parte dei professionisti di condizioni generali di contratto, in cui il contenuto del contratto è difficilmente negoziabile.

³²⁸ Così R. CALVO, sub art. 22, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., 2010, p. 164.

³²⁹ Si rimanda ai riferimenti in nota 313.

contrattuali determina sempre anche la nullità dell'intero contratto per indeterminatezza o indeterminabilità del suo oggetto³³⁰, di talché le condizioni generali di contratto così predisposte finiscono per divenire veicolo di informazioni false e decettive, in quanto rappresentative di un giuridicamente inefficace regolamento contrattuale che però il consumatore sarà normalmente indotto a ritenere vincolante e cui, pertanto, darà esecuzione (per es. accettando la consegna di un prodotto diverso da quello che intendeva acquistare o pagando il prezzo più elevato di quello originariamente presupposto), così anche astenendosi dalla proposizione dell'azione di accertamento della sua inefficacia e/o anche dell'azione volta a far valere il diritto al risarcimento del danno³³¹.

Alla conclusione che l'uso di siffatte clausole sia idoneo a falsare il comportamento economico del consumatore in ordine all'esercizio di «diritti contrattuali» nella fase esecutiva del rapporto, può in realtà giungersi anche nell'ipotesi in cui di esse (e dell'intero contratto) si voglia escludere l'inefficacia. Tutte le volte in cui la descrizione delle caratteristiche dei servizi offerti e dei corrispondenti diritti riconosciuti al consumatore non sia del tutto chiara o comprensibile per essere, per es., le condizioni contrattuali state redatte in una lingua diversa da quella nazionale, questi ben potrebbe essere indotto in errore circa «gli elementi e/o i dati essenziali della prestazione» offerta e dovuta dal professionista: l'uso di un linguaggio non chiaro o pienamente comprensibile può allora costituire un concreto «ostacolo» o un «condizionamento» «nell'esercizio di diritti/prerogative/facoltà spettanti alla clientela connessi o consequenziali alla

³³⁰ L'osservazione è di P. SIRENA, *o.u.c.*, pp. 862-863. Sulla caducazione dell'intero contratto nel caso in cui la vessatorietà ne colpisca l'oggetto v. anche L. VALLE, sub *art. 36*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 400.

³³¹ Nella specie potrebbe obiettarsi che non si tratterebbe propriamente dell'esercizio di «diritti contrattuali», se con tale espressione voglia intendersi l'esercizio di un diritto del quale il consumatore diventi titolare in seguito alla o in forza della stipulazione del negozio (così S. TROIANO, *o.u.c.*, p. 1708, p. 1708). Riteniamo però che - nell'ottica di una più ampia tutela del consumatore e allo speculare fine di evitare distorsioni concorrenziali nel mercato interno (obiettivi cui certamente mira la direttiva 2005/29/CE; cfr. *considerando* 1 e 3) - la decisione relativa alla proposizione o meno di un'azione che accerti la nullità del contratto stipulato dal consumatore e/o di una contestuale azione risarcitoria possa e, anzi, debba considerarsi quale «comportamento economico» o «decisione di natura commerciale» (art. 18, lett. *m*), cond. cons.), che, come tale, non deve essere falsata dal professionista.

sottoscrizione del relativo contratto»³³². Il che, più in generale e su di un piano teorico, sembra peraltro trovare conferma nel fatto che il concetto di «prodotto» - sul quale il professionista deve fornire informazioni chiare e non ambigue ai sensi dell'art. 22, comma 4°, lett. a), cod. cons. - ha un'accezione molto ampia, dovendosi per esso intendere qualsiasi bene, servizio, compresi anche i *diritti* (del consumatore) e le *obbligazioni* (del professionista) (cfr. art. 18, lett. c), cod. cons. (art. 2 lett. c) della direttiva).

³³² Così si è pronunciata l'Autorità nel provvedimento richiamato in nota 322 (AGCM, 07/06/2017, PS 10047 - *ETIHAD - No Show Rule*, provv. N. 26637, in *Boll. AGCM* n. 24/2017).

Rimane inteso – come osservato da P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI – E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, cit., p. 152 – che nelle più gravi ipotesi di oscurità o incomprensibilità delle descrizioni delle prestazioni, anche a prescindere dalla eventuale diretta inefficacia delle relative clausole, si ha nullità per indeterminabilità dell'oggetto del contratto (così anche Trib. Roma, 07/07/1999, in *Nuovo Dir.*, 1999, 1057). Al riguardo vale però tenere distinti i concetti di «comprensibilità» e «chiarezza»: la prima si riferisce al contenuto della clausola e alla sua intelligibilità, la seconda si riferisce alla veste grafica della clausola (così E. MINERVINI, *o.u.c.*, cit., p. 394): pertanto, se è vero che l'incomprensibilità (o inintelligibilità) delle prestazioni è causa di nullità del contratto per indeterminabilità del suo oggetto, ciò non è vero nel caso in cui la descrizione delle prestazioni sia non «chiara», per es. per avere una veste grafica di minore risalto: l'oggetto in tale caso rimane determinato, essendo esso semplicemente sottratto all'attenzione del consumatore.

CAPITOLO IV

L'ESIGENZA DI UN COORDINAMENTO: LA DIMENSIONE TRASVERSALE DELLA DIRETTIVA 2005/29/CE E LA COERENZA DEL DIRITTO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI.

SOMMARIO: 1. Il problema; 2. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani; 3. (Segue) La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° bis dell'art. 27 cod. cons. Le sentenze “gemelle” nn. 3-4/2016 dell'Adunanza plenaria e la (tardiva) rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; 4. Il caso del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 1993/13/CEE. Considerazioni critiche; 5. Conclusioni.

1. Il problema.

L'accertata possibilità di qualificare le pratiche di «utilizzo» di clausole «abusivo»/«vessatorie» e di clausole «non trasparenti» quali pratiche commerciali sleali/scorrette pone un successivo e alquanto problematico quesito. È cioè da valutarsi se siffatte fattispecie debbano normativamente essere “trattate” come tali e, quindi, essere attratte nell'ambito di operatività della disciplina di cui alla direttiva 2005/29/CE, ovvero, nell'ottica ordinamentale nazionale, essere disciplinate ai sensi degli artt. 18 ss. cod. cons.

Il quesito, come facilmente intuibile, è lontano dall'aver un rilievo meramente teorico o speculativo: ove si sostenesse l'applicazione della disciplina di cui alla direttiva 1993/13/CEE, tali pratiche potrebbero, al più, essere destinatarie di un provvedimento inibitorio, che ne imponga cioè la cessazione

(art. 7³³³); ove invece si ritenesse di dover applicare la disciplina della direttiva 2005/29/CE, le stesse, ai sensi dell'art. 13³³⁴, andrebbero incontro anche a «sanzioni». Il che è vero - e non poteva essere altrimenti - anche avendo riguardo alla disciplina del codice del consumo: mentre in materia di tutela (collettiva) avverso le clausole vessatorie, accanto all'azione inibitoria attribuita alla competenza dell'autorità giurisdizionale (art. 37 cod. cons.), è previsto che l'Autorità amministrativa (*ex art. 37 bis* cod. cons.) provveda a un mero «accertamento» della vessatorietà delle clausole impiegate dal professionista, il che a scopo «informativo» e «divulgativo» perché i consumatori siano cioè compiutamente informati dell'esistenza di condizioni generali di contratto potenzialmente idonee a determinare uno squilibrio normativo nel rapporto contrattuale³³⁵; la tutela amministrativa del consumatore avverso le pratiche commerciali scorrette prevede invece che l'A.G.C.M., oltre che inibirne la diffusione o la continuazione, applichi anche una sanzione amministrativa pecuniaria, potenzialmente anche molto ingente (da € 5.000,00 a € 5.000.000,00).

Va precisato che la questione così prospettata - relativa al potenziale conflitto tra le norme delle due discipline in esame - è espressione del ben più ampio problema relativo al coordinamento tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette, per come introdotta dalla direttiva 2005/29/CE, e il restante (e preesistente) diritto di derivazione europea concernente determinate tipologie di pratiche commerciali scorrette ovvero pratiche commerciali relative a particolari settori merceologici³³⁶.

³³³ L'art. 7, come visto *supra*, impone agli Stati membri di fornire «mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

³³⁴ Così dispone l'art. 13: «Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

³³⁵ Il problema è sollevato da S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 34; riferisce di problemi di coordinamento tra le misure inibitorie e sanzionatorie attivabili ai sensi dell'art. 27 cod. cons. e il procedimento disciplinato dall'art. 37 *bis* cod. cons. anche G. DE CRISTOFARO, sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 134.

³³⁶ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., pp. 28 ss; ID., sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit.,

Già prima dell'adozione della direttiva 2005/29/CE, il legislatore europeo era invero variamente intervenuto nel disciplinare le condotte professionistiche dirette alla promozione della stipulazione di contratti con i consumatori o anche tenute nel corso della esecuzione dei rapporti contrattuali³³⁷, dettando talora disposizioni costitutive di particolari divieti, talaltra disposizioni impositive di obblighi positivi (di comportamento o d'informazione)³³⁸. Si trattava, purtuttavia, di interventi caratterizzati da un approccio cd. «verticale», essendo le relative disposizioni volte a regolamentare determinati «tipi» di pratiche commerciali, ovvero pratiche commerciali aventi a oggetto particolari categorie di beni o servizi, o ancora pratiche commerciali poste in essere mediante il ricorso a determinati mezzi di comunicazione³³⁹. Rispetto a tali interventi, come *supra* già

pp.141 ss.; S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 38.

³³⁷ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., pp. 28-29.

³³⁸ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 175 ss.; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., pp. 47 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, cit., pp. 15-16; cfr. anche i *considerando* 3 e 11 della direttiva 2005/29/CE.

³³⁹ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.l.c.*, che richiama le seguenti direttive: la direttiva 98/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (in G.U.C.E., n. L 136 del 30 aprile 2004); la direttiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (in G.U.C.E., n. L 311 del 28 novembre 2001) e in particolare gli artt. 86-100, come modificati dalla direttiva 2004/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004; la direttiva 2003/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco (in G.U.C.E., n. L 152 del 20 giugno 2003); la direttiva 89/552/CEE Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in particolare gli artt. 10-20 (in G.U.C.E., n. L 298 del 17 ottobre 1989), come modificata dalla direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 (in G.U.C.E., n. L 202 del 30 luglio 1997); la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (in G.U.C.E., n. L 178 del 17/07/2000); cfr. anche la direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica («Direttiva servizio universale»), in particolare agli artt. 20-22 (in G.U.C.E., n. L 108/51, del 24 aprile 2002), modificata dalla direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009; e la direttiva 1993/13/CEE, qui in esame, del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (G.U.C.E., n. L 095 del 21/04/1993). Sempre per un'analisi del contesto storico che ha portato all'adozione della direttiva 2005/29/CE v. J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-*

visto, la direttiva 2005/29/CE ha invece adottato un approccio cd. orizzontale, proponendosi di regolamentare tutte le pratiche commerciali nei rapporti tra consumatori e professionisti, senza distinzione alcuna, indipendentemente dal settore dell'intervento o dalla tipologia di pratica posta in essere³⁴⁰.

La direttiva 2005/29/CE è stata pensata come «direttiva-quadro»³⁴¹, fonte di una disciplina dal respiro *trasversale*, costruita intorno a un «*divieto generale*» di porre in essere comportamenti sleali in danno dei consumatori tutti³⁴², siano essi investitori, risparmiatori, assicurati, clienti o utenti³⁴³. Come pure già osservato, la normativa in discorso è stata cioè il frutto di un considerevole sforzo, fino ad allora inedito, volto a creare ordine in un ambito normativo a-sistematicamente organizzato; così prestandosi a essere condivisibilmente salutata come espressione di un rinnovato approccio di politica legislativa europea, non più votata al quotidiano pragmatismo delle esigenze contingenti, ma per l'appunto proiettata verso la creazione di un vero e proprio *sistema*³⁴⁴.

Sono proprio la riconosciuta natura generale e l'innegabile impronta sistemica del regime normativo introdotto dagli artt. 1-13 della direttiva 2005/29/CE a porre l'esigenza di un coordinamento tra le regole «generali» da esso dettate e le regole «speciali» contenute nelle direttive settoriali già esistenti³⁴⁵.

consumer commercial practices in the internal market, in *Common Market Law Review*, pp. 109 ss.

³⁴⁰ G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 29; J. STUICK, E. TERRYNE T. VAN DYCK, *o.u.c.*, p. 107.

³⁴¹ V. Relazione illustrativa della Proposta della Commissione ai nn. 44-45. Sul punto si rimanda al Cap. 1, §3.

³⁴² Cfr. i *considerando* 11, 12 e 13.

³⁴³ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 7 (versione digitale).

³⁴⁴ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 7-8 (versione digitale); S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173;

³⁴⁵ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 29. È fatto al riguardo notare da S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 177, che, in realtà, un problema di coordinamento si pone anche con riferimento «alla future (rispetto alla direttiva 2005/29/CE) disposizioni del diritto comunitario che costituiscono obblighi e divieti di comportamento, anche di natura informativa, incidenti su pratiche commerciali idonee ad influenzare il comportamento economico dei consumatori».

Al quale coordinamento - è stato attentamente osservato - il legislatore europeo ha, in parte, provveduto *direttamente*³⁴⁶: è il caso delle preesistenti fattispecie della pubblicità ingannevole e comparativa ingannevole verso i consumatori (cd. *business to consumers*), che sono state fatte confluire nella più ampia fattispecie delle azioni ingannevoli (artt. 6 della direttiva e 21 cod. cons.)³⁴⁷; nonché il caso dell'attribuita automatica rilevanza, nella fattispecie delle omissioni ingannevoli, degli «obblighi di informazione, *previsti dal diritto comunitario*, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing» (artt. 7, para 5, della direttiva e 22, comma 5°, cod. cons.)³⁴⁸, sì che la

³⁴⁶ S. ORLANDO, *Le informazioni*; cit., p. 176; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 47.

³⁴⁷ Cfr. i *considerando* 3, 6 («La presente direttiva ravvicina pertanto le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi [...]. Inoltre la presente direttiva non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa»), 14 («È auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente»). Il riferimento alla pubblicità è poi espressamente compiuto nella definizione di «pratiche commerciali tra imprese e consumatori» ex art. 2, lett. d) e, ancora, negli artt. 6, para 2, lett. a) e 7, para 5, della direttiva. Non rientra invece nella disciplina *de qua* la materia delle pratiche pubblicitarie ingannevoli e della pubblicità comparativa nei rapporti tra professionisti (cfr. art. 14 della direttiva e D.Lgs. 145/2007). In dottrina, per una chiara analisi degli ambiti normativi delineati dagli interventi legislativi italiani di recepimento della direttiva 2005/29/CE, v. S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 163; ID., *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit. p. 123 ss., cfr. anche M. DONA, *o.u.c.*, pp. 2-3 e 18-19.

³⁴⁸ Così precisamente l'art. 7, para 5, della direttiva: «Sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing, di cui l'allegato II fornisce un elenco non completo»; così l'art. 22, comma 5°, cod. cons.: «Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto». Cfr. anche *considerando* 15 della direttiva: «Qualora il *diritto comunitario* stabilisca obblighi di informazione riguardo a comunicazioni commerciali, pubblicità e marketing, tali informazioni sono considerate *rilevanti* ai fini della presente direttiva. Gli Stati membri potranno mantenere gli obblighi di informazione o prevedere obblighi aggiuntivi riguardanti il diritto contrattuale e aventi conseguenze sotto il profilo del diritto contrattuale qualora ciò sia consentito dalle clausole minime previste dai vigenti strumenti giuridici comunitari. L'allegato II riporta un elenco non completo di tali obblighi di informazione previsti dall'*acquis*. Tenuto conto della piena armonizzazione introdotta dalla presente direttiva, solo le informazioni previste dal *diritto comunitario* sono considerate rilevanti ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 5 della stessa. Qualora gli Stati membri abbiano introdotto informazioni aggiuntive rispetto a quanto specificato nel diritto comunitario, sulla base delle clausole minime, l'omissione di tali informazioni non costituisce un'omissione ingannevole ai sensi della presente direttiva. Di contro, gli Stati membri, se consentito dalle clausole minime presenti nella

violazione degli stessi parrebbe assurgere a elemento costitutivo della fattispecie d'illecito previsto dalle richiamate norme.

Al di fuori di tali ipotesi (evidentemente non esaustive), la soluzione del problema del coordinamento tra le norme della direttiva 2005/29/CE e le altre normative settoriali previste in materia di pratiche commerciali scorrette è stata affidata alla disposizione dell'art. 3, para 4, della «direttiva-quadro», che così recita: «In caso di *contrasto* tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici»³⁴⁹; cui corrisponde l'art. 19, comma 3°, cod. cons., dal seguente, grosso modo corrispondente, tenore: «In caso di *contrasto*, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

Ora, posto che, come visto, la pratica di utilizzazione di clausole abusive/vessatorie e non trasparenti può qualificarsi come pratica commerciale sleale/scorretta - posto cioè che la direttiva 1993/13/CEE disciplina quello che può senz'altro definirsi un «aspetto specifico» delle pratiche commerciali - a tale norma occorre fare ricorso per stabilire se in siffatte ipotesi debbano trovare applicazione le disposizioni dell'una o dell'altra normativa. Ciò che, ancora più nello specifico, significa stabile se tra le due normative sussista un «*contrasto*» nel significato proprio delle disposizioni sopra richiamate.

legislazione comunitaria, hanno facoltà di mantenere o introdurre disposizioni maggiormente restrittive, conformemente alla normativa comunitaria, per garantire un livello più elevato di tutela dei singoli diritti contrattuali dei consumatori».

³⁴⁹ Questa la versione in lingua *inglese* del medesimo articolo: «In the case of *conflict* between the provisions of this Directive and other Community rules regulating specific aspects of unfair commercial practices, the latter shall prevail and apply to those specific aspects»; così nella versione in lingua *spagnola*: «En caso de *conflicto* entre las disposiciones de la presente Directiva y otras normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, estas últimas prevalecerán y serán aplicables a esos aspectos concretos»; così la versione *tedesca*: «*Kollidieren* die Bestimmungen dieser Richtlinie mit anderen Rechtsvorschriften der Gemeinschaft, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, so gehen die Letzteren vor und sind für diese besonderen Aspekte maßgebend»; così in lingua *francese*: «En cas de *conflit* entre les dispositions de la présente directive et d'autres règles communautaires régissant des aspects spécifiques des pratiques commerciales déloyales, ces autres règles priment et s'appliquent à ces aspects spécifiques».

Senonché, della portata applicativa di tale norma e, più precisamente, del criterio da essa consegnato all'interprete per procedere al delicato compito di ricostruzione sistemica del nuovo diritto delle pratiche commerciali, non sono sempre state espresse letture convergenti. Di esse e, in particolare, del tortuoso percorso interpretativo che in Italia ha visto impegnata la giurisprudenza amministrativa con particolare riguardo al profilo della competenza delle Autorità amministrative indipendenti all'esercizio dei rispettivi poteri di accertamento e sanzionatori, si ritiene pertanto doveroso dare conto.

2. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani.

I primi commentatori della norma in esame – con riferimento tanto alla formulazione dell'art. 3, para 4, della direttiva, quanto a quella dell'art. 19, comma 3°, cod. cons. – evidenziarono come essa, almeno *prima facie*, volesse intendere che la disciplina della direttiva 2005/29/CE (ovvero la normativa nazionale che a essa ha dato attuazione) ha natura meramente *sussidiaria* o *residuale*, essendo destinata a trovare applicazione soltanto per la regolamentazione di pratiche commerciali che non siano già disciplinate da altre normative comunitarie, ovvero per la definizione di «aspetti specifici» di una pratica commerciale diversi da quelli già regolati dalla normativa settoriale³⁵⁰.

³⁵⁰ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., pp. 29-30. Lo stesso Autore, però, sembra successivamente mutare orientamento in ID., sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.: ivi viene osservato che, ai sensi dell'art. 3, para 4, della direttiva, nell'ipotesi in cui non vi sia una *incompatibilità* in senso stretto tra disciplina generale e disciplina settoriale - *i.e.* nell'ipotesi in cui una pratica risulti scorretta a norma degli artt. 20 ss. cod. cons. e nel contempo contrasti con prescrizioni specifiche contenute in discipline settoriali di natura «speciale» contenute in Reg. UE o in norme interne attuative di direttive UE - i principi generali dettati dalla direttiva 2005/29/CE, lungi dal dover essere integralmente disapplicati, debbono essere coordinati e raccordati con quelli speciali, così procedendo a una integrazione fra essi; sembrerebbero invece escludere l'applicazione della disciplina generale Cfr. P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 8; C. TUVERI, sub art. 19, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1693; F. MASSA, sub art. 19, in *Codice del consumo*, cit., p. 98.

Quando, cioè, la normativa «speciale» regoli già la pratica commerciale o quel suo «aspetto specifico», la disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE è destinata a recedere.

Secondo tale lettura il cd. principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) introdotto dall'art. 3, para 4, non varrebbe tanto e solamente a risolvere eventuali *antinomie* in senso stretto tra norme sostanziali, nel senso di lasciare recedere la normativa della direttiva 2005/29/CE nelle sole ipotesi in cui un comportamento valutabile come *sleale* alla stregua degli artt. 5 ss. della stessa (artt. 20 ss. cod. cons.) non sia invece *vietato* alla stregua della normativa di settore, e *vice versa*. Tale interpretazione, piuttosto, nell'escludere un concorso (reale) tra normativa generale di cui alla direttiva 2005/29/CE e normativa settoriale, conferisce sempre preminenza al diritto «speciale» (compreso il suo impianto sanzionatorio), che prevarrebbe per il solo fatto della sua *esistenza*, indipendentemente dall'accertamento che tra le norme dei due ordinamenti vi sia un'«incompatibilità» di disciplina: il termine «contrasto» di cui agli artt. 3, para 4, della direttiva e 19 cod. cons. andrebbe pertanto inteso come mera *sovrapposizione* tra disciplina generale e disciplina settoriale, al cui ricorrere la seconda prevarrebbe sempre.

A tale conclusione, in effetti, sembra indurre il *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE, ove, premessa l'esigenza di «garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente», è così detto: «Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora *non esistano norme* di diritto comunitario *specifiche* che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario *non esista* una specifica legislazione di settore e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari. La presente direttiva *completa* pertanto l'*acquis comunitario* applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori». Nella stessa direzione interpretativa, ancora, sembrava essersi espressa già la Commissione

nella relazione alla proposta di direttiva (COM(2003)256 definitivo, del 18 giugno 2003)³⁵¹, ove analogamente si osservava: «La direttiva quadro si applicherà laddove la legislazione di settore non contenga norme *specifiche* che disciplinino le pratiche commerciali sleali. Le norme *specifiche*, laddove *esistenti*, *prevarranno* sulla direttiva quadro»³⁵². «Laddove una direttiva settoriale disciplini soltanto determinati aspetti delle pratiche commerciali, ad esempio il contenuto delle informazioni da fornire, la direttiva quadro si applicherà in relazione ad altri elementi come, ad esempio, nel caso di presentazione ingannevole delle informazioni prescritte dalla legislazione di settore. La direttiva completa pertanto sia la normativa esistente sia quella futura, come la proposta di regolamento sulla promozione delle vendite o la direttiva sul credito al consumo e la direttiva sul commercio elettronico»³⁵³.

Alle stesse considerazioni, e sulla base dei medesimi argomenti, giunsero anche le prime pronunce dei Tribunali amministrativi italiani, chiamati a fare applicazione pratica del richiamato criterio di specialità. Ai Quali – va opportunamente premesso – la questione venne posta sotto il peculiare profilo della competenza dell’Autorità amministrativa indipendente (trasversale o settoriale) chiamata ad accertare, reprimere ed eventualmente sanzionare la pratica commerciale posta in essere in un particolare *settore*: andava cioè chiarito se per tali pratiche la competenza spettasse all’A.G.C.M., quale Autorità *Antitrust* cui è attribuita la competenza nella materia *generale* delle pratiche commerciali scorrette (art. 27 cos. cons.), ovvero all’Autorità preposta in via esclusiva allo *specifico* settore (quali, per es., l’AGCom, la Banca d’Italia, la Consob, l’Isvap); ma non v’è dubbio, a tal riguardo, che la questione della competenza dell’Autorità chiamata a intervenire con riferimento alla pratica commerciale «settoriale» – questione peraltro irrilevante per il diritto europeo³⁵⁴ – presupponesse la previa

³⁵¹ La relazione è reperibile sul sito web <http://eur-lex.europa.eu/>, anche in lingua inglese.

³⁵² Così al pt. 44 della relazione.

³⁵³ Così al pt. 45 della relazione.

³⁵⁴ È nota la generale indifferenza dell’ordinamento europeo rispetto all’articolazione delle competenze interne agli Stati Membri. Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 25 maggio 1982, Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi, causa C-96/81, in *Raccolta* 1982, p. 1791; Corte Giustizia, sentenza 17 giugno 1986, Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio, causa C-1/86, in *Raccolta* 1987, p. 2797; Corte Giustizia, sentenza 13 dicembre

risoluzione del più ampio problema del coordinamento e del rapporto tra discipline: individuato l'«ordinamento» applicabile, ne sarebbe derivata l'individuazione dell'Autorità competente³⁵⁵.

Fu il Consiglio di Stato, primo tra tutti e in sede consultiva, a pronunciarsi sulla questione del rapporto tra normativa generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. e normativa settoriale (parere n. 3999/2008, Sez. Prima, dicembre 2008)³⁵⁶. L'occasione fu una richiesta di parere avanzata dalla stessa A.G.C.M. perché venisse chiarito il suo ruolo, se mai ve ne fosse stato uno, in merito all'accertamento e alla repressione delle pratiche commerciali scorrette poste in essere dagli operatori professionistici nel settore dei *servizi finanziari*, nel quale – sosteneva la stessa Autorità indipendente – poteva ritenersi già esistente un'articolata disciplina speciale (di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cd. T.U.F.) che individuava in maniera puntuale e dettagliata gli obblighi di informazione, di trasparenza e correttezza in capo agli operatori del settore, e che individuava altresì la competenza di una precisa Autorità di settore (la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, cd. Consob), cui la legge attribuiva poteri di vigilanza, di regolazione, oltre che inibitori e sanzionatori³⁵⁷.

1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, causa C-33/90, in *Raccolta* 1991, p. I-5987.

³⁵⁵ In tal senso si è anche espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 3999/2008, Sez. Prima, 3/12/2008, di cui si dirà a seguire, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Ivi, al pt. 4 dei *considerato*, si legge: «il confronto a questo proposito è tra due ordinamenti di settore, non tra due strumentazioni operative. Del resto, è a questo criterio che si è richiamata, nel non dissimile caso, la ricordata decisione di questo Consiglio di Stato, VI, 16 ottobre 2002, n. 5640. La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro non integrale sovrapposibilità, ma quella dell'identificazione, grazie a questo principio generale, di quale dei due ordinamenti si debba qui invocare, dal che discende l'applicazione dell'inerente strumentazione di intervento». Così anche Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 11-12-13-15-16 (tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>), delle quali pure meglio si dirà *infra*: «In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione» (pt. 2 della parte motiva); così anche Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 14 (pt. 4 della parte motiva), in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁵⁶ V. nota precedente.

³⁵⁷ Il riferimento è al quadro giuridico che risulta dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni (“*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*”, anche T.U.F.) e dai relativi regolamenti attuativi emanati dalla CONSOB, in relazione alle norme sulla trasparenza e sulla completezza delle informazioni che vanno fornite ai

Ebbene, premesse le considerazioni che nella specie l'interesse generale da curare risultasse in concreto il medesimo per entrambi gli impianti normativi (*i.e.* la tutela del consumatore in generale, in un caso, e quello dell'investitore quale *sub specie* di consumatore, nell'altro) e che, pertanto, «ragioni di coerenza, non contraddizione, economia e efficacia» imponessero di evitare la duplicazione degli interventi in ossequio al principio del *ne bis in idem*³⁵⁸, il Consiglio di Stato convenne nell'applicazione, quale criterio risolutore, del principio di specialità³⁵⁹ per come inteso secondo i primi contributi dottrinali e come interpretabile alla luce del *considerando* 10 e del parere della Commissione al progetto definitivo della direttiva³⁶⁰, così optando per l'applicazione delle disposizioni del T.U.F. e non di quelle del codice del consumo, in ragione della *specialità* delle prime rispetto alle seconde. Si legge nel testo del parere che «Qui, più in particolare, è la caratteristica distinta del settore finanziario a identificare, alla luce di queste considerazioni, le ragioni della specialità. Non pare infatti dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di *sistema*, distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, *specifico* a quello del *mercato in generale*, di cui le disposizioni sopra richiamate sono indice. La conclusione nel caso in esame pare dunque essere –

risparmiatori tanto in sede di emissione di titoli, quanto in relazione alla loro circolazione. Per una più dettagliata individuazione delle norme di riferimento, v. pt. 1 della *premessa* del parere del Consiglio di Stato.

³⁵⁸ Ritiene il Consiglio di Stato che la duplicazione di interventi pubblici non sia mai tollerabile nell'ordinamento giuridico («Che il conflitto, per quanto potenziale, debba essere evitato è regola immanente all'ordinamento»), da tanto derivando la «necessità, nei casi dubbi o misti, di identificare quali sia l'Autorità di volta in volta competente» (cfr. pt. 1 dei *considerato*).

³⁵⁹ Il principio di specialità viene definito come «principio generale immanente all'obiettivo della razionalità dell'ordinamento e da sempre considerato prioritario per risolvere in sede applicativa i casi contraddittori e di duplicazione di fattispecie, sostanziali come procedurali, tra cui quelle riguardanti l'intervento pubblico (*in toto iure genus per speciem derogatur*)». Con la precisazione – osserva ancora il Consiglio di Stato – che tale *specialità* ha carattere oggettivo, ciò nel senso che la comparazione deve avere riguardo al «settore su cui l'intervento va ad essere dispiegato», e non al soggetto destinatario o beneficiario dello stesso intervento (*i.e.* operatore interessato o soggetto tutelato) (cfr. pt. 4 dei *considerato*). Fermo comunque restando che, nella specie, anche a voler applicare il principio della specialità con riferimento al soggetto destinatario dell'intervento, a prevalere sarebbe comunque la disciplina speciale prevista dal T.U.F. atteso che l'investitore o il risparmiatore altro non è che «una specie del genere *consumatore*, in quanto destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario: un consumatore di servizi finanziari» (pt. 5 dei *considerato*).

³⁶⁰ Cfr. pt. 4.1 delle *premessa*.

conformemente a quanto prospetta l'AGCM - che la normativa di ordine speciale del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 prevale, anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, sulla normativa di ordine generale di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206»³⁶¹.

L'orientamento così sviluppato è stato poi posto a fondamento della maggior parte dei successivi pronunciamenti dei Tribunali amministrativi, i quali hanno variamente affermato l'applicabilità della disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. (e, implicitamente, anche la competenza dell'A.G.C.M.) ai fini dell'accertamento e per la repressione delle pratiche commerciali poste in essere nei settori regolamentati, talora in ragione del difetto di compiutezza e organicità della disciplina di settore³⁶², talaltra, ma sotto un corrispondente profilo, argomentando in considerazione della diversità degli «interessi pubblici

³⁶¹ Non rilevante, invece, secondo il Consiglio di Stato doveva considerarsi la constatazione che la direttiva 2005/29/CE non escludesse *a priori* dalla sua applicazione le condotte dei professionisti nel mercato dei prodotti finanziari, che anzi sono espressamente richiamati dal *considerando* 9 («Per i servizi finanziari e i beni immobili occorrono, tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, obblighi particolareggiati, inclusi gli obblighi positivi per i professionisti. Pertanto, nel settore dei servizi finanziari e dei beni immobili, la presente direttiva non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori»). La circostanza – sempre a dire del Giudice amministrativo – non starebbe a significare che l'apparato operativo e sanzionatorio debba essere quello della direttiva 2005/29/CE. Anzi, la riconosciuta complessità di questi servizi indicherebbe la possibilità per lo Stato membro di differenziare «l'assetto e la modalità dell'intervento in modo tale da renderlo più congruo rispetto a quella complessità: il che è quanto avviene riferendo l'intervento alla Commissione nazionale per le società e la borsa, l'evoluzione del cui ordinamento, specie dopo le innovazioni degli ultimi anni, la profila ormai – come sottolinea autorevole dottrina – quale principale regolatore del mercato finanziario» (pt. 6 dei *considerato*) (il richiamo operato è anche al *considerando* 15 e, in particolare, all'art. 3, para 9 della direttiva, che così dispone: «In merito ai «servizi finanziari» definiti alla direttiva 2002/65/CE e ai beni immobili, gli Stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza»).

³⁶² In tal senso si richiamava quanto pure espresso in termini generali dal Consiglio di Stato nel parere n. 3999/2008: «... il principio di specialità opera perché esiste una *compiuta ed organica* disciplina nella materia che dà luogo appunto a un rapporto di specialità. Il che induce ad una più attenta considerazione, da sviluppare di volta in volta, qualora, come avviene altrove, il settore che può apparire speciale si limiti a regolare soltanto alcuni specifici aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento». Le regole generali di cui agli artt. 18 ss. venivano pertanto considerate applicabili con riferimento alle pratiche commerciali «settoriali» (con conseguente competenza dell'Autorità *Antitrust*) perché le regole settoriali fornivano la disciplina di una sola parte del rapporto di consumo: cfr., *inter alia*, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8394; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8395; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8396; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8398; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8399; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8400; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8402; Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 31/01/2011; tutte rinvenibili in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

primari» alla cui tutela le discipline, generale e settoriale, fossero preposte³⁶³: si riteneva che tale differenza escludesse *a priori* che la disciplina settoriale potesse definirsi speciale, o quanto meno esaustiva, rispetto alla finalità di tutela del consumatore perseguita in via generale dagli artt. 18 ss., cod. cons.³⁶⁴. Non molte - e, per il vero, neppure sempre chiarissime - sono invece state le sentenze che hanno letto nella locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva, l'esigenza della esistenza di un'antinomia reale tra regola *settoriale* e regola *generale* perché potesse operare il principio di specialità³⁶⁵.

L'orientamento prevalente ebbe poi a consolidarsi con alcune, ben note, pronunce della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'anno 2012 (nn. 11-12-13-15-16 del 11-05-2012)³⁶⁶, nella specie aventi a oggetto la questione del rapporto tra la disciplina del Codice del consumo e quella del Codice delle

³⁶³ Per il vero, con particolare riguardo al rapporto tra Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche, la giurisprudenza amministrativa ha visto contrapporsi due orientamenti, per il quali si ritiene sufficiente richiamare Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 7/29-07.2011, n. 5526, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha ritenuto di dovere richiedere l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 99, comma 1°, c.p.a.) - di cui *infra* - in ragione per l'appunto di un'incertezza interpretativa relativa al rapporto tra il Codice del consumo e il Codice delle comunicazioni elettroniche: secondo invero una prima interpretazione, i due impianti normativi tutelerebbero «interessi pubblici primari diversi», ovvero il codice del consumo tutelerebbe il consumatore in quanto «parte negoziale debole nel mercato», mentre il Codice delle comunicazioni elettroniche «persegui[rebbe] il diverso interesse di consentire la libertà delle comunicazioni elettroniche e l'assetto concorrenziale delle relativo mercato»; per una diversa interpretazione, invece, «la tutela del consumatore costituirebbe un interesse pubblico garantito dal Codice delle comunicazioni elettroniche altresì in via primaria, essendo comunque strumentale a tale fine l'obiettivo della libertà e della concorrenzialità del relativo mercato pure ivi affermata; la disciplina di tutela del consumatore posta nel medesimo Codice sarebbe perciò l'unica da applicare ai soggetti e ai rapporti operanti nel settore, rivestendo carattere, nel contempo, speciale ed esaustivo». La questione della medesima, o meno, finalità di tutela del consumatore perseguita dagli ordinamenti generale e settoriali - che nel primo caso esclude un concorso di interventi, ammettendolo invece nel secondo - crediamo costituisca nel ragionare dei Giudici amministrativi il presupposto per una sovrapposibilità tra discipline: solo se la finalità di tutela del consumatore è condivisa dalla disciplina settoriale, può porsi un problema di sovrapposibilità tra discipline e, dunque, di specialità nei termini indicati dal parere n. 3999/2008.

³⁶⁴ Lo osserva - seppure in commento ai successivi sviluppi giurisprudenziali (di cui *infra*) - anche L. TORCHIA, *Una questione di competenza la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, p. 957: «La specialità è idonea a fondare la competenza dell'Autorità di settore solo ove essa preveda una tutela del consumatore altrettanto ampia di quella prevista nella disciplina generale e, anzi, ulteriormente articolata rispetto a quest'ultima».

³⁶⁵ T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 29/03/2010, n. 4931; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 19/05/2010, n. 12277; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 15/07/2011, n. 6356; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03/06/2010, n. 14856; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03/06/2010, n. 14857; tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁶⁶ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, nn. 11-12-13-15-16, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

comunicazioni elettroniche, nonché, a margine, la cd. *actio finium regundorum* delle competenze tra Autorità amministrative indipendenti (A.G.C.M. e AGCom)³⁶⁷. Premessa anche in tale caso la convergenza nell'obiettivo di tutela del consumatore tra i due impianti normativi, il Supremo Consesso escluse chiaramente che all'applicazione del principio di specialità potesse opporsi la necessità della sussistenza di un *contrasto* in senso stretto tra i plessi normativi. Si legge nelle dette pronunce che, stando a un'asserita «lettura più meditata» degli artt. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE e 19, comma 3°, cod. cons., come anche suggerita dal *considerando* 10, «il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria *antinomia* normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel *considerando* 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. Occorre, invece, leggere il termine *conflict* (o *conflit*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come *contrasto*, come *diversità* di disciplina, poiché la *voluntas legis* appare essere quella di evitare una *sovrapposizione* di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione» (così pt. 5 della parte motiva delle sentenze)³⁶⁸. Negli stessi termini si pronunciò

³⁶⁷ Cfr. L. TORCHIA, *o.u.c.*, 953 ss.; R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, pp. 233 ss.; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti*, *Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future"*, Napoli, 22 marzo 2013, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it; G. DE CRISTOFARO, *sub art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del consiglio di stato*, in *Federalismi.it*, 2013, 7, pp. 1 ss.; F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2012; F. MARINI BALESTRA, *Pratiche commerciali scorrette? Secondo il consiglio di Stato è competente l'AgCom a tutelare gli utenti!*, in *giustamm.it*, 24.05.2012.

³⁶⁸ Il Collegio, accertata la specialità, la completezza e l'eshaustività della disciplina settoriale ha pertanto concluso per l'incompetenza dell'A.G.C.M. in favore di quella dell'AGCom. La conclusione così raggiunta – sempre a dire del Giudice – sarebbe peraltro più rispettosa del principio costituzionale del «buon andamento» dell'amministrazione, in tal modo invero evitandosi di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti «con possibili conclusioni

la sentenza n. 14 del'11-05-2012 sempre dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁶⁹, che fece applicazione delle medesime conclusioni con riguardo al rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette, ricadente nella competenza dell'autorità *Antitrust*, e la disciplina specifica relativa alle condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari, contenuta nel testo unico in materia bancaria e creditizia (D.lgs. 385/1993, in acronimo TUB) e ricadente nella competenza della Banca d'Italia (pt. 4 della parte motiva). Nella specie concludendo però per la competenza dell'A.G.C.M., stante la considerazione che il citato Testo unico bancario, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato, non contenesse disposizioni «specifiche» volte alla tutela (diretta) del consumatore³⁷⁰.

Tali approdi giurisprudenziali³⁷¹ sono infine stati fatti propri dal legislatore nazionale, che ha provveduto a positivizzarli nell'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del D.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ed entrato in vigore in data 15 agosto 2012). Tale disposizione, invero, nel prevedere l'innalzamento dell'importo

anche differenti tra le due autorità [...]. Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità» (pt. 12 della parte motiva).

³⁶⁹ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 14, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁷⁰ Ciò che – a dire del Supremo Consesso – si ricaverebbe «dal chiaro disposto del suo art. 5, laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti "...alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia"; a tali finalità, il successivo art. 127 aggiunge poi quelle relative "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela". Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore» (pt. 5 della parte motiva della sentenza).

³⁷¹ La ricostruzione operata dalle sentenze dell'Adunanza plenaria è poi stata ripresa anche nelle successive pronunce giurisprudenziali: cfr., tra le diverse, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1742; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1752; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 17/01/2013, n. 535; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/07/2013, n. 7442; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 25/07/2012, n. 6962; tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

massimo delle sanzioni irrogabili ai sensi dell'art. 27 cos. cons., andava altresì a precisare che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette «è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati»³⁷². Col che, evidentemente, dovendosi intendere che la disciplina delle pratiche commerciali poste in essere in particolari settori del mercato andava rinvenuta nella stessa «regolazione di settore di derivazione comunitaria», rispetto alla quale invece la disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. era destinata a recedere³⁷³.

3. (Segue) La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° bis dell'art. 27 cod. cons. Le sentenze “gemelle” dell'Adunanza plenaria nn. 3-4/2016 e la (tardiva) rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ben presto l'orientamento così formatosi è stato però fatto oggetto di censura da parte della Commissione Europea. Con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 veniva avviata la ben nota procedura di infrazione n. 2013/2169, con la quale, preso atto delle richiamate pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la Commissione ebbe a rilevare come l'allora quadro giuridico italiano e l'applicazione datane dagli organi giurisprudenziali

³⁷² Così precisamente il richiamato art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del D.l. 6 luglio 2012, n. 95: «L'importo massimo delle sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro». L'articolo è poi stato abrogato dall'art. 1, comma 7°, D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, di cui pure si dirà *infra*.

³⁷³ Va anche segnalato che, conformemente al così delineato quadro giurisprudenziale e normativo, la stessa A.G.C.M., con provvedimento n. 24467 del 23 luglio 2013, pubblicato nel Bollettino n. 38/2013 (qui rinvenibile: <http://www.agcm.it/component/joomdoc/bollettini/38-13.pdf/download.html>), deliberò di «non procedere ad avvii istruttori in casi che ricadono nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [...]».

fossero incompatibili con le disposizioni della direttiva 2005/29/CE «perché contrastano con il suo carattere di armonizzazione piena e non garantiscono la sua corretta applicazione»³⁷⁴. L'oggetto del caso di infrazione era costituito proprio dall'errata attuazione del principio della *lex specialis* sancito dall'art. 3, para 4, della direttiva, che, al contempo, determinava anche il mancato adempimento dell'obbligo di assicurare che in tutti i settori economici esistessero «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali [...]» (artt. 11, 12 e 13).

Secondo la Commissione, non conforme alla normativa europea doveva invero considerarsi l'interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato (ma anche dai successivi Tribunali amministrativi³⁷⁵ e dal legislatore) secondo cui il termine «contrasto» di cui all'art. 19, comma 3°, cod. cons. dovesse essere inteso come mera *sovrapposizione* tra diverse discipline, sì che una disciplina più «specificata» dovesse sempre, e nel suo insieme, prevalere sulle disposizioni di attuazione alla direttiva 2005/29/CE. Diversamente – a dire dell'organo esecutivo dell'Unione – il criterio della *lex specialis* doveva essere inteso nel senso che le disposizioni settoriali «specifiche» prevalgono su quelle generali di cui alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali solamente se *i)* posseggono lo *status* di legislazione dell'Unione, ovvero sono norme nazionali che recepiscono quelle europee; *ii)* disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; *iii)* sono «in contrasto» con le disposizioni della direttiva-quadro, con tale ultima espressione dovendosi in particolare intendere l'esistenza di una vera e propria «opposizione» o «incompatibilità» tra norma generale e norma settoriale. «In tal senso - si legge nella richiamata lettera di costituzione in mora - le norme nazionali di recepimento di altre direttive dell'UE che sono più specifiche della direttiva sulle pratiche commerciali sleali prevalgono su quest'ultima con riguardo agli aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali che sono regolati in modo *incompatibile*. Ciò significa che, in qualunque altro caso, i requisiti informativi specifici che possono essere previsti da norme settoriali fondate sul diritto

³⁷⁴ La lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 è rinvenibile in <https://francescoluongo.files.wordpress.com/2013/10/diffida-comissione-u-e-direttiva.pdf>.

³⁷⁵ V. nota 371.

dell'Unione si aggiungono ai requisiti generali disposti dalla direttiva. Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva non consente di concludere che l'applicazione della stessa possa essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore»³⁷⁶.

Così ammonito, il legislatore italiano corse quindi ai ripari³⁷⁷. Cogliendo l'occasione del recepimento della direttiva 2011/83/UE (cd. *consumers rights*

³⁷⁶ In questo senso - secondo quanto osservato ancora dalla Commissione - l'art. 3, para 4, e il *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE «ne costituiscono caratteristiche fondamentali e sanciscono il principio secondo cui essa è concepita a complemento di altre norme dell'UE applicabili alle pratiche commerciali che ledono gli interessi economici dei consumatori. In tal senso, la direttiva opera come "rete di sicurezza" che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali comune a tutti i settori, "colmando le lacune" di altre specifiche normative settoriali».

Con specifico riferimento poi al rapporto tra le disposizioni della direttiva 2005/29/CE e le disposizioni della direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE (e le cui norme di recepimento sono contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche), la Commissione richiamava anzitutto il disposto dell'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE che stabilisce: «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario»; dacché deve inferirsi «che gli Stati membri non possano impedire l'applicazione di norme dell'UE generali di tutela dei consumatori nell'ambito della loro legislazione settoriale specifica». In secondo luogo, osservava la Commissione che neppure fosse corretto l'assunto del Consiglio di Stato secondo cui gli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche - che danno attuazione degli artt. 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE - e l'art. 2 dell'allegato A del regolamento n. 664/06/CONS (recante le disposizioni a tutela dell'utenza finale in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica) regolassero in modo esaustivo e completo le pratiche commerciali sleali in questo settore, tali disposizioni particolari prevedendo invero obblighi informativi rilevanti nella sola fase precontrattuale, mentre la direttiva 2005/29/CE «non si limita a prevedere la trasparenza nei confronti dei consumatori ed altri utenti finali o la pubblicazione di informazioni, bensì contiene i criteri generali per valutare il carattere leale di una pratica commerciale e trova applicazione al di là della fase di commercializzazione, ossia anche durante e successivamente alla conclusione dell'operazione commerciale [...]». Pertanto - concludeva in termini generali la Commissione - «per quanto esaustiva possa essere una disciplina settoriale specifica nello stabilire obblighi informativi aggiuntivi nella fase precontrattuale, non si può escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta in atto una pratica sleale, ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell'articolo 5 della direttiva ("la clausola generale"); [...]. Il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale, così come previsto dalla direttiva».

³⁷⁷ Non v'è dubbio che l'introduzione del comma 1 *bis* all'art. 27 cod. cons., introdotto dall'art. 1, comma 6°, lett. a), D.Lgs. 21/2014, mirasse a superare la procedura di infrazione n. 2013/2169. Si legge, invero, a p. 10 della Relazione illustrativa allo schema del richiamato D.Lgs. (http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0059_F0_01.pdf&leg=XVII) che la nuova disposizione «ha l'obiettivo di superare la procedura d'infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.[...] La questione da cui origina la procedura di infrazione è risolta riconoscendo l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore e, nel

directive), poi attuata con il D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, da un lato abrogò il comma 12-*quinquiesdecies*, dell'art. 23 del D.l. 6 luglio 2012, n. 95³⁷⁸, e dall'altro introdusse sotto l'art. 27 cod. cons. il comma 1 *bis*, che così ancora oggi recita: «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze»³⁷⁹.

Non v'è dubbio che la norma rispondesse anzitutto all'esigenza, anche di carattere pratico, di individuare una volta per tutte un criterio di ripartizione preventiva delle competenze tra Autorità generale e *Authorities* settoriali, così

contempo, la generale competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare il Codice del Consumo, acquisendo però i pareri delle Autorità di settore e senza poter considerare scorretta una pratica conforme alla regolazione. Le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette restano di competenza dell'Autorità di settore». L'urgenza dettata dalla necessità di superare le contestazioni della Commissione emerse anche dal rapido *iter* di approvazione parlamentare, che mai vide richieste di modifica quanto alla riaffermata competenza generale dell'A.G.C.M. nella materia delle pratiche commerciali; competenza generale che anzi fu salutata con favore in quanto migliore soluzione per la tutela dei consumatori (si veda in tale senso il Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari - Attività produttive, commercio, e turismo (X) del 21 dicembre 2013:<http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/html/2013/12/21/10/comunic.htm>; e il Resoconto sommario n. 38 del 14/01/2014 della 14ª Commissione permanente, qui rinvenibile:<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=734889>).

³⁷⁸ Comma abrogato dall' art. 1, comma 7°, D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

³⁷⁹ Comma inserito dall' art. 1, comma 6°, lett. a), D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21. Cfr. S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. Giur.*, 2014, pp. 44 ss.; F. DI MARCO, *Sulla competenza esclusiva dell'Agcm in materia di pratiche commerciali scorrette (nota al nuovo art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo)*, in *Rass. dir. farm.*, 2014, pp. 526 ss.; G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 44 ss.; G. PASCALI, *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM ... o forse no? Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D.lgs. n. 21/2014*, in *dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 76 ss.

riconoscendo all'A.G.C.M. una competenza generale per la repressione di tutte le pratiche commerciali scorrette - anche ove esse fossero integrate da un comportamento professionistico posto in essere in violazione della regolazione di settore - e, di contro, attribuendo alle Autorità di settore una competenza di carattere residuale, individuata in negativo, per essere limitata all'accertamento e alla sanzione di quei comportamenti che, nello stesso settore regolamentato, *non* costituiscono pratiche commerciali scorrette. Il che peraltro, in un'ottica sanzionatoria, escludeva anche il tanto temuto rischio che un medesimo comportamento che integrasse una doppia violazione (delle regole generali in materia di pratiche commerciali scorrette *ex* artt. 18 ss cod. cons. e delle regole settoriali) potesse ricevere una duplice sanzione in violazione del principio del *ne bis in idem*³⁸⁰.

Tuttavia, sotto altro profilo, appariva pure innegabile che tale regola di competenza operasse anche su di un piano sostanziale, o - come pure è stato detto - avesse la natura di norma interpretativa del precetto, di diritto sostanziale, dell'art. 19, comma 3°, cod. cons.³⁸¹. In tale ottica, nell'attribuire all'A.G.C.M. la competenza a intervenire in via esclusiva anche nei «settori regolati» e nel «rispetto della regolamentazione vigente», la disposizione sembrava spiegare effetti direttamente sull'*ampiezza* del canone della «diligenza professionale» esigibile dal professionista (*ex* art. 20 cod. cons.) in tali settori³⁸²; le cui «speciali» regole comportamentali, cioè, lungi dal precludere l'applicazione di quelle generali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., a tali ultime dovevano ora essere raccordate e integrate al precipuo fine di individuare lo *standard* di diligenza richiesto ai professionisti nei settori regolamentati³⁸³. Il nuovo comma 1 *bis*

³⁸⁰ S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 51.

³⁸¹ Cfr. S. PERUGINI, *o.u.l.c.*

³⁸² Nei termini S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 52.

³⁸³ Nei termini si era peraltro già espressa una parte della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo al rapporto tra le norme del Codice del consumo e quelle del Codice delle comunicazioni elettroniche. Si leggeva già in T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-06-2010, n. 14856, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>: «Di talché l'art. 1, comma 1, l. 2 aprile 2007, n. 40 (conversione del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7), nonché le delibere l'AGCom nn. 416/07/Cons e 353/08/Cons, si pongono in rapporto di complementarietà e non di alternatività rispetto al codice del consumo, in ragione della diversità degli interessi pubblici sottostanti. Esse sono state considerate dall'Autorità precedente non per sostituirsi all'autorità regolatoria competente nel settore, bensì all'esclusivo scopo di individuare, sulla base di elementi oggettivi, lo standard di

dell'art. 27 cos. cons. sembrava dunque lasciar intendere che i precetti e gli eventuali e ulteriori requisiti informativi previsti dalle normative settoriali dovessero «aggiungersi» (nella terminologia della Commissione) ai requisiti generali disposti dalla direttiva 2005/29/CE nel senso che con tali ultimi requisiti dovessero essere *coordinati* per la ricostruzione delle regole di condotta cui sono tenuti i professionisti operanti in quegli stessi settori³⁸⁴: una lettura, questa, che sembrava peraltro trovare sicuro puntello normativo nella stessa definizione normativa di «diligenza professionale» di cui agli artt. 2, lett. *h*) della direttiva e 18, lett. *h*), cod. cons., a mente della quale, invero, i principi della correttezza e della buona fede debbono essere parametrati al «settore di attività del professionista»³⁸⁵.

Per altro verso, ma in modo speculare, l'espressione «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» - conformemente alle indicazioni della Commissione - sembrava ricondurre l'operatività del principio della *lex specialis derogat generali* di cui all'art. 3, para 4, della direttiva (e 19, comma 3°, cod. cons.) ai soli casi di antinomia reale tra norme sostanziali, nel senso che l'impianto normativo settoriale può precludere l'applicazione di quello generale nei *soli* casi in cui la disciplina dal primo recata sia «incompatibile» o «in contrasto» con quella portata dal secondo. Ciò che, da un punto di vista teorico, significava precludere all'Autorità *Antitrust* la possibilità di qualificare come pratiche commerciali «scorrette» quelle condotte professionistiche che, ancorché astrattamente definibili come tali ai sensi dell'art. 20, comma 2°, cod. cons.,

diligenza richiesto alla società nelle condotte ivi oggetto di regolazione» (pt. 3.3. della parte motiva della sentenza). Con gli stessi termini anche T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-06-2010, n. 14857, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁸⁴ Così aveva già osservato anche G. DE CRISTOFARO, sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss. (v. nota 350).

³⁸⁵ Così l'art. 2, lett. *h*), della direttiva: ««diligenza professionale»: rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede *nel settore di attività del professionista*, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori»; così l'art. 18, lett. *h*), cod. cons.: «"diligenza professionale": il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede *nel settore di attività del professionista*».

fossero state poste in essere «nel rispetto» della regolazione di settore³⁸⁶; quasi come se, ricorrendo a una *fictio iuris*, agire conformemente alle regole di condotta settoriali - regole nelle quali l'obbligo di agire secondo diligenza e buona fede di cui all'art. 20 cod. cons. trova una sua peculiare specificazione - significasse agire «lealmente» o «correttamente»³⁸⁷.

Tali gli spunti suggeriti da questo mutato contesto normativo, di essi le successive pronunce del Consiglio di Stato non sembrarono però tenere la debita considerazione.

Con le ordinanze nn. 4351-4352 del 18 settembre 2015³⁸⁸, la Sezione Sesta del Tribunale ritenne di dover nuovamente richiedere l'intervento dell'Adunanza

³⁸⁶ Che tale fosse il significato dell'inciso «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» lo precisa anche la Relazione illustrativa al richiamato schema del D. Lgs. 21/2014 (v. nota 377).

³⁸⁷ In dottrina, prima ancora dell'entrata in vigore del comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., già S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 178, osservava che «i comportamenti professionali che si conformano agli obblighi particolareggiati previsti dal diritto comunitario non possono ritenersi sleali sensi della direttiva 2005/29/CE, e cioè [...], di fronte a comportamenti che si adeguano agli speciali obblighi imposti dalle normative comunitarie di settore, l'interprete non può far operare le clausole generali implicate dagli elementi costitutivi delle figure generali poste dalla direttiva 2005/29/CE, perché l'obbligo di comportarsi secondo diligenza professionale ha ricevuto in quelle normative di settore una specificazione in positivo, rispetto alla quale non può l'interprete instaurare (né, coerentemente, può la direttiva 2005/29/CE ammettere) un giudizio di contrarietà». Negli stessi termini ID, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 48; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 142. Sul significato di «contrasto» di cui agli artt. 3, para 4, della direttiva e 19, comma 3°, cod. cons. v. anche S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 52 (nota 36), la Quale rileva che la sussistenza di un «conflitto» tra le disposizioni del codice del consumo e le disposizioni settoriali non può essere individuato nelle ipotesi in cui queste ultime disciplinano in modo più puntuale aspetti specifici di una determinata pratica commerciale, giacché tanto significherebbe «svuotare di significato la locuzione dal momento che si finisce per far coincidere tale elemento con quello che la stessa disposizione individua come il criterio di risoluzione del conflitto: il carattere "speciale" della disposizione settoriale individuato dal legislatore comunitario nella disciplina di «un aspetto specifico delle pratiche commerciali». Al contrario, tale «cortocircuito» sarebbe evitato seguendo una via ermeneutica che privilegi il significato letterale del termine «contrasto» interpretandolo come vera e propria "opposizioni" tra norme».

È stato peraltro condivisibilmente osservato che l'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (e dunque anche l'art. 19, comma 3°, cod. cons.) attribuisce prevalenza solamente a quelle disposizioni settoriali disciplinanti «aspetti specifici» delle pratiche commerciali che posseggano altresì lo *status* di legislazione dell'Unione e dunque, nell'ottica ordinamentale nazionale, soltanto a quelle norme interne che diano attuazione a direttive europee, e non anche alle norme «puramente» interne: l'art. 3, para 4, della direttiva pone infatti un criterio di coordinamento e coerenza proprio del solo diritto UE. Ove pertanto il contrasto sorga con disposizioni interne non attuative di direttive UE, prevalenza dovrà accordarsi sempre alla disciplina del codice del consumo, ciò in ragione dell'obiettivo di completa armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguito dalla direttiva 2005/29/CE (v. G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 143, 144; S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 52-54).

³⁸⁸ Cons. Stato, Sez. VI, Ordd., 18-09-2015, nn. 4351-4352, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

Plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a., questa volta in interpretazione proprio del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. Si legge nei richiamati provvedimenti che tale disposizione poteva senz'altro prestarsi a essere intesa come attributiva in via esclusiva alla Autorità Antitrust di una competenza generale ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, come chiaramente deponiva il dato testuale della disposizione nonché «il richiamo allo scopo della disposizione – esplicitato nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 21/2014 – da intendersi quale norma di interpretazione autentica del principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della Direttiva 2005/29/CE (testualmente recepito dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo), finalizzata a chiudere la procedura di infrazione n. 2013/2169, relativa appunto all'applicazione della direttiva concernente le pratiche commerciali scorrette al settore delle comunicazioni elettroniche». La stessa disposizione però - sempre a dire del Consiglio di Stato - avrebbe potuto intendersi nel senso che la disciplina di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. è applicabile in via esclusiva dall'Autorità Antitrust, anche nei settori regolati, solamente quando la disciplina del settore regolamentato non abbia «previsto *ex ante* - in modo completo ed esaustivo - la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni». Ove invece la disciplina di settore sia idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale in ragione della sua completezza ed esaustività e per affidare alla stessa Autorità di regolazione il compito di vigilare sull'attuazione delle disposizioni, di stabilirne le modalità attuative e di sanzionarne l'eventuale violazione, non vi sarebbe necessità alcuna per ricorrere alla rete di sicurezza costituita dalla disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. Interpretazione, quest'ultima, che dunque richiamava espressamente i principi fatti propri dall'Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 11-16 del 2012³⁸⁹, l'affermazione dei

³⁸⁹ Si legge chiaramente nelle richiamate ordinanze che «a seguire questa diversa argomentazione la questione all'esame andrebbe decisa alla luce del criterio di specialità di cui ha fatto applicazione l'Adunanza plenaria con le richiamate sentenze nn. 11-16 del 2012, valutando in particolare se nella specie la disciplina di settore abbia quel carattere di esaustività e completezza in relazione al comportamento sanzionato (requisito necessario, proprio alla stregua del principio invocato dall'Adunanza plenaria per affermare la competenza di AGCom) e possa essere qualificata normativa di derivazione europea (come richiesto dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo ai fini dell'applicazione del principio di specialità)».

quali aveva indotto la Commissione europea all'apertura della procedura di infrazione n. 2013/2169.

Ebbene, nella sentenza n. 3 del 9 febbraio 2016, cui è seguita la "gemella" n. 4 emessa in pari data³⁹⁰, l'Adunanza Plenaria - mossa con ogni probabilità anche dalla preoccupazione di non screditare la propria funzione nomofilattica con un radicale mutamento di pensiero³⁹¹ - ebbe di fatto a confermare tale ultimo orientamento. Nella fattispecie oggetto del suo sindacato, invero, il Supremo Consesso riconobbe l'applicabilità della disciplina generale del codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette (e, per conseguenza, la competenza dell'Autorità Antitrust), non in ragione di un difetto di un'antinomia normativa (o «contrasto») tra disciplina generale e disciplina settoriale, bensì in considerazione del fatto che il comportamento contestato all'operatore professionistico (operante nel settore delle comunicazioni elettroniche) e qualificato dalla A.G.C.M. quale pratica commerciale scorretta, non fosse «per nulla integralmente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore».

Nella specie, più precisamente, la condotta che aveva dato luogo alla irrogazione di una sanzione da parte della Autorità consisteva nell'attivazione, da parte dell'operatore telefonico, di servizi di navigazione Internet e di segreteria telefonica sulle carte SIM vendute, senza avere previamente reso edotto il consumatore della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, così esponendolo a addebiti inconsapevoli perché mai acconsentiti³⁹². Tale condotta poteva effettivamente dar luogo a conflitti tra norme sostanziali appartenenti a *corpus* normativi differenti, poiché, se da un lato essa si prestava certamente a qualificarsi come pratica commerciale scorretta (e, in particolare, quale pratica

³⁹⁰ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 09/12/2015) 09/02/2016, n. 3 e Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 09/12/2015) 09/02/2016, n. 4, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Cfr. A.G. ROVATI, *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione?*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, 2, pp. 141 ss.; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, pp.793 ss.; C.E. GALLO, *La competenza sanzionatorie nei rapporti tra agcm ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1206 ss.; B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, disponibile su www.rivistadellaregolazioneideimercati.it

³⁹¹ Così C.E. GALLO, *o.u.c.*, p. 1208.

³⁹² V. AGCM, 06/3/2012, PS7002- *Vodafone-Attivazioni SIM Presso Punti Vendita*, provv. N. 23357, in *Boll. AGCM*, n. 10.

senz'altro aggressiva ai sensi dell'art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons.)³⁹³ stante l'idoneità della stessa a limitare considerevolmente la libertà di scelta dell'utente, per altro verso, essa poteva nondimeno essere valutata ai sensi della sola disciplina di settore, in cui numerose disposizioni erano (e sono) volte a garantire al consumatore una piena trasparenza informativa in sede precontrattuale, tra cui, in primo luogo, quelle degli artt. 70-71 del D.Lgs. 259/2003 e 2 della L. 2 aprile 2007, n. 40 (cd. Legge Bersani)³⁹⁴.

In tale contesto fattuale e normativo, la Corte - per far salva competenza dell'Autorità Antitrust anche nei settori regolamentati come suggerito dalla Commissione, ma, al contempo, senza sconfessare i precedenti arresti della stessa Adunanza Plenaria - ricorse al principio, di matrice penalistica, della "consunzione" o "assorbimento": nella specie, infatti, a dire del Supremo Consesso la condotta professionistica integrava invero una condotta anticoncorrenziale (ai sensi dell'art. 20 cod. cons.) che l'operatore telefonico aveva attuato *attraverso* la violazione degli obblighi informativi previsti per i servizi telefonici dalle norme settoriali. Si sarebbe trattato cioè di un'ipotesi di

³⁹³ Ai sensi dell'art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons. è considerata «in ogni caso ingannevole» la pratica commerciale consistente nell'esigere il pagamento immediato o differito di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto.

³⁹⁴ Il riferimento, più precisamente, è:

i) agli artt. 70 e 71 del Codice che, in attuazione delle corrispondenti norme della Direttiva 2002/22/CE sul servizio universale (artt. 20 e 21), da un lato, disciplinano la stipula e i contenuti dei contratti per i servizi di comunicazioni elettroniche, e, dall'altro, impongono specifici obblighi di trasparenza informativa, vigilati dall'AgCom;

ii) alle disposizioni del D.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con L. 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. Legge Bersani), che, nell'introdurre misure urgenti a tutela dei consumatori e al fine di favorire la concorrenza, «la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio» (comma 1° dell'art. 1), stabiliscono, *inter alia*, che le proposte commerciali formulate dagli operatori «devono evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta» (comma 2° dell'art. 1);

iii) alle previsioni contenute in atti regolamentari adottati, nell'esercizio delle proprie prerogative, dall'AgCom nello specifico settore della prestazione dei servizi di comunicazione elettronica e dei diritti degli utenti per compiutamente disciplinare la materia (cfr. Delib. 179/03/CSP, recante approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazione, adottata in attuazione della Direttiva 2002/22/CE; Delib. 96/07/Cons, che ha stabilito le modalità attuative delle richiamate disposizioni della Legge Bersani, oltre che degli artt. 70 e 71 del Codice delle Comunicazioni e del Codice del Consumo; Delib. 126/07/Cons, che introduce "Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato"; Delib. n. 664/06/Cons, recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza, che disciplina proprio la materia dei servizi non richiesti ed i connessi obblighi di informazione a carico dell'operatore telefonico).

Cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1742, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

«specialità per progressione di condotte lesive», ovvero di una «progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione», in cui la condotta illecita per violazione del *corpus* normativo settoriale diveniva «elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito concorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall’Autorità Antitrust». Il che si fondava sulla considerazione che la violazione degli obblighi informativi previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche non fosse *per se* sufficiente a integrare la fattispecie di illecito concorrenziale (*ex art. 20, comma 2°, cod. cons.*), ovvero di pratica commerciale scorretta, «poiché da tali obblighi è necessario inferire l’esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all’utilizzo al pagamento dei servizi preimpostati». Non comprendendo dunque l’illecito settoriale tale ulteriore elemento dell’“indebito condizionamento” delle scelte del consumatore-utente, non poteva sostenersi che la normativa settoriale disciplinasse «esaustivamente» la condotta posta in essere dall’operatore telefonico, con conseguente applicazione “residuale” degli artt.18 ss. cod. cons.

La decisione sul punto è apparsa però tutt’altro che condivisibile. Non solo e non tanto perché la Corte ha di fatto omesso di considerare la diversa posizione espressa dalla Commissione in ordine alla possibile alternativa portata dall’espressione «in caso di contrasto» di cui all’art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, da intendersi quale richiamo ai soli casi di antinomia in senso stretto tra norme generale e settoriale³⁹⁵; e neppure per avere fatto ricorso a un principio, quello della «consunzione» o «assorbimento», che la stessa giurisprudenza e dottrina penalistiche ritengono di dubbia operatività per essere un criterio di valore privo di qualsiasi fondamento normativo³⁹⁶.

³⁹⁵ La Corte incomprensibilmente e ingiustificatamente glissa sulla questione, osservando invero che la procedura di infrazione si sarebbe aperta solo ed esclusivamente «sul presupposto che questo Consiglio avesse completamente integralmente e senza eccezioni adottato lo schema della specialità per settori [...]». In realtà, come visto, la Commissione non si è affatto limitata ad osservare che il principio di specialità dovesse basarsi sul raffronto tra «fattispecie concrete» - il che peraltro, a una più attenta lettura, era già stato sostenuto anche dalle precedenti pronunce del Consiglio di Stato - ma ha espressamente contestato l’errata interpretazione del principio di specialità, nella misura in cui era stato inteso come mera «sovrapposizione» tra discipline e non come «contrasto» o «incompatibilità» tra norme.

³⁹⁶ In giurisprudenza cfr. Cass. S.U., 20/12/2005, n. 47164, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>, ove così si legge: «i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di

Piuttosto, a parere di chi scrive la decisione non risulta condivisibile nella parte in cui – nel ritenere che la condotta violativa degli obblighi informativi imposti dall’art. 71 e 72 del D.Lgs. 256/2003 rappresenta elemento costitutivo della più ampia fattispecie di pratica commerciale aggressiva *ex art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons.* – ha implicitamente ma non meno chiaramente escluso che la stessa condotta possa costituire già di per sé una particolare ipotesi di pratica commerciale *scorretta*. Ci sembra cioè assai arduo negare che tali disposizioni settoriali specificchino e disciplinino una particolare condotta ispirata a *lealtà e correttezza* nel senso ricavabile dagli artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons. (ovvero una particolare ipotesi di pratica commerciale *corretta*), e che, *indirettamente*, proprio nell’imporre quei peculiari obblighi informativi in capo agli operatori del settore, sanciscano il *divieto* di una particolare ipotesi di pratica commerciale *scorretta*, che si considererà per l’appunto integrata tutte le volte in cui la condotta professionistica violi tali obblighi.

E invero, se agire conformemente a diligenza professionale significa - come visto - prestare «cura» e «attenzione», *inter alia*, al compendio informativo che il consumatore deve avere a disposizione per prendere una decisione libera e consapevole (ovvero a quella particolare condizione soggettiva di vulnerabilità decisionale costituita dall’«informazione»), è allora evidente che l’utilizzo di condizioni contrattuali che non indichino tutti i servizi forniti dall’operatore (ai sensi della lett. *b)* dell’art. 71 del codice delle comunicazioni elettroniche) né il dettaglio dei corrispondenti prezzi (ai sensi della lett. *e)* dell’art. 71 e dell’art. 72) integra senza margini di dubbio una condotta contraria alla diligenza professionale, ovvero, ove se si preferisca, a buona fede.

fondamento normativo, perché l’inciso finale dell’art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l’applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. [...] Inoltre i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l’applicazione di una norma penale»; nello stesso senso Cass. pen. Sez. II, 06/12/2012, n. 10994, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; in dottrina, su tutti, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, IX ed., 2015, pp. 469-470: «Trattandosi di criteri di valore, sono per natura del tutto *indeterminati*, date le difficoltà ed i soggettivismi nell’individuare l’oggetto giuridico delle norme concorrenti e l’integrale assorbimento di un valore normativo in un altro, essendo fra l’altro la nostra legislazione penale ancora approssimativamente e rozzamente costruita sull’oggettività giuridica».

Né la considerazione che tali disposizioni settoriali non prevedano nelle fattispecie da loro descritte l'elemento della «idoneità» o della «attitudine» a condizionare indebitamente le scelte del consumatore – elemento valorizzato dalla Corte per escludere un «conflitto di norme» e dunque per affermare l'applicazione degli artt. 18 ss. cod. cons. e la competenza dell'A.G.C.M. – appare più convincente. Ciò, in primo luogo, in considerazione del fatto che queste disposizioni hanno una struttura normativa diversa da quella prescelta dal legislatore del 2005 e applicata all'art. 5 della direttiva: queste disposizioni settoriali svolgono cioè il tema della *slealtà* in positivo, come tema della *lealtà*, attraverso l'imposizione di obblighi positivi di comportamento e non con l'imposizione (diretta) di un divieto di una particolare condotta³⁹⁷. Cionondimeno, non può non considerarsi che ogni qual volta determinate disposizioni, espressamente pensate per la tutela del consumatore (come certamente sono quelle testé richiamate), impongono determinati obblighi informativi o che determinate informazioni siano fornite in modo chiaro e intelligibile, ciò non può che essere funzionale affinché il consumatore si autodetermini nelle proprie scelte, ovvero compia una scelta pienamente consapevole e libera: tanto più, poi, se tali informazioni vertono sull'oggetto del contratto, ovvero – come nella specie – sui servizi offerti e sui prezzi praticati dal professionista. In altri termini, se il legislatore europeo ha imposto siffatti obblighi, lo ha fatto nella piena consapevolezza che la mancanza di informazioni è idonea a condizionare o alterare la capacità decisionale dei consumatori e quindi a indurli a compiere una scelta economica che altrimenti non avrebbe compiuto (art. 2, lett. e) della direttiva 2005/29/CE e 18, lett. e), cod. cons.): la violazione di tali obblighi non può pertanto non essere, di per sé, idonea a falsare il comportamento economico del consumatore³⁹⁸.

³⁹⁷ Cfr. S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 177-176; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 47-48.

³⁹⁸ Il concetto di «scelta» ricorre con frequenza nella 2002/22/CE: v. *considerando* 13 («[...] [...]»; *considerando* 26 («Una concorrenza più efficace sui mercati dell'accesso e dei servizi amplierà la scelta per gli utenti»); *considerando* 40 («La portabilità del numero è un elemento chiave per agevolare la scelta dei consumatori e la concorrenza effettiva nell'ambiente concorrenziale delle telecomunicazioni»); art. 1 («1. La presente direttiva disciplina la fornitura di reti e di servizi di comunicazione elettronica agli utenti finali nell'ambito della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Scopo della presente direttiva è garantire la disponibilità in tutta la

Della bontà delle conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria, o quanto meno della loro conformità all'ordinamento europeo, deve avere dubitato anche la stessa Sezione Sesta remittente, la quale, invero, nella prosecuzione dei giudizi, anziché fare applicazione dei principi di diritto enunciati dal Supremo Consesso e decidere conformemente a essi (*ex art. 99, comma 4°*, c.p.a.), ha ritenuto di sottoporli al vaglio delle Corti di giustizia dell'Unione Europea. Con le recenti Ordinanze nn. 167-168/2017 del 17 gennaio 2017³⁹⁹, il Consiglio di Stato - precisato che l'autorità dello *stare decisis* (*ex art. 99, comma 3°*, c.p.a.) propria delle pronunce dell'Adunanza Plenaria e che l'efficacia di giudicato interno dalle stesse esplicita nei relativi giudizi (*ex artt. 33, comma 1°*, lett. *a*) e 36, comma 2°, c.p.a.) sono destinate a "cedere" dinnanzi a un sospettato contrasto con il diritto euro-unitario⁴⁰⁰ - ha così rimesso (ai sensi dell'art. 267, comma 3°, TFUE) alla Corte di giustizia, in primo luogo, la questione pregiudiziale di compatibilità con il diritto dell'Unione Europea (in particolare con gli articoli 8 e 9, nonché con il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE che contempla nella *black list* delle pratiche commerciali aggressive la fattispecie della cd. «fornitura non richiesta») dell'interpretazione delle fattispecie normative di «pratica commerciale aggressiva» e «pratica commerciale in ogni caso aggressiva» di cui all'art. 26, lett. *f*) cod. cons. adottata dall'Adunanza Plenaria con riferimento al peculiare caso di specie⁴⁰¹; nonché, in secondo luogo e in termini più generali, la questione

Comunità di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza e un'opportunità di scelta effettive, nonché disciplinare le circostanze in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato»).

³⁹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, Ord., 17/01/2017, nn. 167-168, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Successivamente, cfr. T.A.R., Sez. I, Ord., 17/02/2017, n. 2547, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha rimesso alla Corte di Giustizia la risoluzione delle medesime questioni pregiudiziali, in tal caso però concernenti il rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e le direttive settoriali 2009/72/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) e 2009/73/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale) e, dunque, l'*actio finium regundorum* tra le competenze di A.G.C.M. e dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (cd. A.E.E.G.S.I.).

⁴⁰⁰ Ciò in ossequio ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nei seguenti pronunciamenti, richiamati dal Collegio alle pp. 23-24: Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2016:199), 05/04/2016, C-689/13; Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:2009:506), 03/09/2009, C-2/08; Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:1995:437), 14/12/1995, C-312/93; Corte Giustizia UE (ECLI:EU:C:1976:188), 16/12/1976, C-33/76; tutte disponibili in <http://curia.europa.eu/>.

⁴⁰¹ Questi, più precisamente, i quesiti sottoposto alla Corte di Giustizia: «1) se gli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005

pregiudiziale di compatibilità con la disciplina euro-unitaria di cui all'art. 3, para 4, e con il considerando 10 della direttiva 2005/29/CE della disciplina nazionale dei rapporti tra normativa "consumeristica" generale e normativa "consumeristica" settoriale di cui all'art. 27, comma 1 *bis*, cod. cons., anche alla luce dell'interpretazione al riguardo fornita dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3-4/2016. Più precisamente, a tale ultimo riguardo e per quel che interessa anche nell'analisi del rapporto tra la direttiva 1993/13/CEE e la direttiva 2005/29/CE, il collegio ha domandato alla Corte di Giustizia UE se la normativa euro-unitaria osti «ad una disciplina nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti della direttiva settoriale n. 2002/22/CE a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale»; se la nozione di «contrasto» di cui allo stesso articolo «possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche

ostano ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionali (costituite, rispettivamente, dagli articoli 24 e 25 del Codice del consumo) per cui si ritenga che sia qualificabile come "indebito condizionamento" e, dunque, come "pratica commerciale aggressiva" idonea a limitare "considerevolmente" la libertà di scelta o di comportamento di un consumatore medio la condotta di un operatore di telefonia che consista in una omissione informativa in merito alla preimpostazione sulla SIM di determinati servizi telefonici (i.e. il servizio di segreteria telefonica o di navigazione internet), e ciò segnatamente in una situazione in cui non venga addebitata alcuna ulteriore e distinta condotta materiale all'operatore di telefonia medesimo;

2) se il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE [recepita nell'ordinamento interno dall'articolo 26, lettera f), Codice del consumo] possa essere interpretato nel senso che sussista una "fornitura non richiesta" qualora un operatore di telefonia mobile chieda al proprio cliente il corrispettivo di servizi di segreteria telefonica o di navigazione in internet e ciò in una situazione caratterizzata dai seguenti elementi:

- l'operatore di telefonia, all'atto della stipula del contratto di telefonia mobile, non avrebbe correttamente informato il consumatore della circostanza che i servizi di segreteria telefonica e di navigazione internet sono preimpostati sulla SIM, con la conseguenza che detti servizi possono essere potenzialmente fruiti dal consumatore medesimo, senza una operazione di impostazione ad hoc (setting);

- per fruire effettivamente di tali servizi, il consumatore deve comunque compiere le operazioni all'uopo necessarie (ad esempio, digitare il numero della segreteria telefonica ovvero azionare i comandi che attivano la navigazione internet);

- non vi è alcun addebito in merito alle modalità tecniche ed operative mediante le quali i servizi vengono concretamente fruiti dal consumatore, né in merito all'informazione inerente a tali modalità ed al prezzo dei servizi stessi, ma all'operatore venga unicamente addebitata la menzionata omessa informazione relativa alla preimpostazione dei servizi sulla SIM» (pt. 14.1).

commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta»; se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE «ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina 'consumeristica' settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di 'pratica aggressiva', ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o 'in ogni caso aggressiva' ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime 'pratiche aggressive' e 'in ogni caso aggressive' o, comunque, le medesime 'pratiche scorrette'»⁴⁰².

⁴⁰² Gli altri due quesiti sottoposti alla Corte di Giustizia sono i seguenti: «2) Se il principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori; [...]; 4) Se la nozione di norme comunitarie di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto europeo; [...]» (pt. 15.3 dell'ordinanza n. 167/2017 e pt. 14.3 dell'ordinanza n. 168/2017). Questi, invece, i quesiti, posti da T.A.R., Sez. I, Ord., 17-02-2017, n. 2547 (v. nota 399): «1) Se la "ratio" della direttiva "generale" n. 2005/29/CE, intesa quale "rete di sicurezza" per la tutela dei consumatori, nonché, nello specifico, il "Considerando n. 10", l'art. 3, paragrafo 4, e l'art. 5, paragrafo 3, della medesima direttiva ostino a una norma nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici previsti dalle direttive settoriali n. 2009/72/CE e n. 2009/73/CE a tutela dell'utenza nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'autorità di settore - nel caso di specie AEEGSI - a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta o sleale;

2) Se il principio di specialità di cui all'art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE deve essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), ovvero dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali) ovvero, ancora, dei rapporti tra autorità indipendenti preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;

3) Se la nozione di "contrasto" di cui all'art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle

4. Il caso del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 1993/13/CEE. Considerazioni critiche.

La definitiva soluzione che la Corte di Giustizia è stata finalmente (e, forse, tardivamente) chiamata a dare in ordine alla più ampia e annosa questione relativa al coordinamento tra la direttiva 2005/29/CE e le altre disposizioni “settoriali” europee in materia di pratiche commerciali sarà - lo si è già detto - indubbiamente risolutiva pure della più circoscritta, ma pur sempre partecipe della medesima natura, questione del coordinamento tra, da un lato, la «direttiva-quadro» del 2005 e, dall’altro, la direttiva 1993/13/CEE in materia di clausole abusive, precisamente nella parte in cui quest’ultima sancisce il divieto di due particolari ipotesi di pratiche commerciali scorrette, *i.e.* il *divieto* delle pratiche di utilizzazione di clausole abusive (art. 7) e di clausole non trasparenti (art. 5) nei limiti *supra* delineati.

Nel rapporto in analisi, in effetti, i termini della questione non mutano, ancorché la disciplina recata dalla direttiva 1993/13/CEE non possa propriamente dirsi «settoriale», quale disciplina cioè che rechi regole comportamentali per operatori professionistici di un determinato «settore merceologico» del mercato: invero, proprio come la direttiva 2005/29/CE, quella in materia di clausole abusive reca una disciplina di tipo «orizzontale», destinata a trovare applicazione

pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali, ovvero se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette, tale da determinare un concorso di norme in relazione a una stessa fattispecie concreta;

4) Se la nozione di norme comunitarie di cui all’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative regolamentari attuative di principi di diritto europeo;

5) Se il principio di specialità, sancito al “Considerando 10” e all’art. 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE e gli artt. 37 della direttiva 2009/72/CE e 41 della direttiva 2009/73/CE ostino a una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogni qualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina “consumeristica” settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all’autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di “pratica aggressiva”, ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o “in ogni caso aggressiva” ai sensi dell’Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei (medesimi) consumatori e fondata su previsioni di diritto dell’Unione, che regoli in modo compiuto le medesime “pratiche aggressive” e “in ogni caso aggressive” o, comunque, le medesime “pratiche scorrette/sleali”».

per ogni operazione negoziale, in ogni «settore» del mercato⁴⁰³. Cionondimeno, neppure può dubitarsi del fatto che la direttiva 1993/13/CEE, nel sancire quei «particolari» divieti di utilizzo di clausole vessatorie e di clausole formulate in termini non trasparenti e/o inintelligibili, disciplini «aspetti specifici» delle pratiche commerciali sleali, per tali potendosi certamente intendere, ai sensi dell'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, particolari forme di condotte ingannevoli o peculiari «modalità di presentazione delle informazioni al consumatore»⁴⁰⁴.

I termini della questione non mutano neppure in considerazione del fatto che nella specie, e differentemente da quanto posto all'attenzione della giurisprudenza amministrativa nazionale di questi ultimi anni, non esiste neppure in potenza un conflitto di competenze all'intervento tra Autorità amministrative indipendenti, giacché - come pure già visto - tanto nella materia di clausole vessatorie quanto in quella di pratiche commerciali scorrette, ai sensi rispettivamente degli artt. 37 *bis* e 27 *cos. cons.*, la repressione amministrativa delle condotte poste in essere in violazione delle regole dei due compendi normativi è affidata all'Autorità *Antitrust*⁴⁰⁵. Quello della competenza dell'Autorità chiamata ad intervenire nel diritto nazionale è invero un problema del tutto estraneo all'ordinamento europeo⁴⁰⁶: l'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE pone certamente una regola di coerenza esclusivamente *interna* all'Unione Europea, ovvero tra le disposizioni di rango europeo.

⁴⁰³ V. *supra*, Cap.1, § 2.

⁴⁰⁴ V. *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE, che, tra gli «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali» di cui all'art. 3, para 4, esemplificativamente (ma non esaustivamente) inserisce «gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore».

⁴⁰⁵ È peraltro da dirsi che, nel rapporto di specie, anche ove volesse predicarsi una complementarietà tra le due discipline, neppure è astrattamente ipotizzabile un problema di violazione del principio del *ne bis in idem*, come talora è stato invece posto in presenza di una disciplina settoriale che preveda l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte di altra Autorità, eventualmente da cumularsi con quelle previste in materia di pratiche commerciali scorrette e irrogate dall'A.G.C.M. ai sensi dell'art. 27, comma 9°, *cod. cons.*: quest'ultima Autorità, in materia di clausole vessatorie, si limita - come visto *supra* (Cap.1, § 2.2) - a un mero accertamento della vessatorietà delle clausole impiegate nelle condizioni generali di contratto, avente una finalità divulgativo-informativo (art. 37 *bis* *cod. cons.*), che solo *lato sensu* può definirsi anche sanzionatoria.

⁴⁰⁶ V. *supra*, nota 354.

La questione, nella specie, è dunque la medesima e pone un problema di quale normativa debba trovare applicazione nel trattamento delle pratiche di utilizzazione di clausole abusive e non trasparenti, se quella «generale» recata dalla direttiva 2005/29/CE, ovvero quella «speciale» recata dalla direttiva 1993/13/CEE. Il rapporto rileva, pertanto, su di un piano sanzionatorio, dovendosi come visto stabilire se siffatte pratiche debbano essere sanzionate (o meno) come ogni altra pratica commerciale scorretta, ai sensi degli artt. 11 ss. della direttiva 2005/29/CE (art. 27 cos. cons.).

E da tale angolo prospettico, la tentazione di sciogliere il quesito in senso positivo, e dunque di ritenere applicabili gli strumenti sanzionatori previsti in via generale per le pratiche commerciali scorrette anche alle pratiche di utilizzazione di siffatte clausole, è – a dispetto dei distinti impianti sanzionatori divisati dal codice del consumo, che prevede diverse forme di intervento – assai forte: ragioni di opportunità e coerenza, dal rilievo in un tempo formale e sostanziale, imporrebbero di “trattare” alla stessa stregua tutte le fattispecie che possano qualificarsi come pratica commerciale scorretta; tanto più, poi, se manchino - come nella specie sembrano effettivamente mancare - serie ragioni giustificatrici che possano fondare l’applicazione di un distinto trattamento sanzionatorio.

L’opportunità di procedere in tal senso era già stata richiamata, in tempi “non sospetti”, anche da autorevole dottrina, che così si era in effetti espressa nel proporre una soluzione al problema del coordinamento tra le due direttive in analisi: «[...] [the] criteria of coherence and consistency aim[ed] at ensuring that the unfair commercial practice under consideration is treated in principle in the same way as any other unfair commercial practice, ie *according to the EU enforcement rules provided by Articles 11 to 13 of the UCPD*» (corsivo dell’Autore)⁴⁰⁷. La tesi muoveva dal rilievo - che, come visto, verrà successivamente fatto proprio anche della Commissione europea nella soprarichiamata lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 - secondo cui per «conflitto» ex art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE il legislatore europeo avesse inteso riferirsi esclusivamente a situazioni di «inconciliabile conflitto» tra

⁴⁰⁷ Così S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 51; pare condividere le stesse considerazioni H.G. BEALE, *Unfair terms in consumer contracts*, in *Chitty on contracts*, by ID., London, 2012, pp. 1218-1219.

norme sostanziali, ovvero a situazioni in cui la stessa pratica commerciale *business to consumer* si qualificasse come «scorretta» sotto una disposizione e «corretta» sotto un'altra: solo in siffatte ipotesi - si rilevava - può trovare applicazione il disposto dell'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, con applicazione della regola «speciale» settoriale; diversamente, là dove un tale conflitto non si possa riscontrare per essere la medesima pratica vietata tanto secondo la disciplina generale quanto secondo quella settoriale, deve invece trovare applicazione la disciplina recata dalla «direttiva-quadro» 2005/29/CE: ciò proprio per ragioni di *coerenza* del nuovo *sistema* delle pratiche commerciali⁴⁰⁸, ispirate - potremmo aggiungere - anche da ragioni di giustizia sostanziale.

Tali conclusioni crediamo siano da condividere.

Esse muovono da un dato, peraltro ampiamente condiviso tra gli studiosi, che appare inoppugnabile quanto decisivo: la direttiva 2005/29/CE ha introdotto nell'ordinamento europeo il diritto «generale» e «uniforme» delle pratiche commerciali sleali, in tal senso attribuendo «unità» e «identità» a una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, a-sistematicamente organizzata⁴⁰⁹. L'unitario *corpus* normativo così delineato aspira a qualificarsi come *sistema*, nel cui ambito è data la ricerca di un *ordine razionale*⁴¹⁰ che ricomprende tutti i precedenti interventi normativi cd. «settoriali» o «verticali» volti a regolamentare determinati «tipi» di pratiche commerciali (come, per l'appunto, la pratica di «utilizzazione» di clausole abusive, disciplinata dalla direttiva 1993/13/CEE), ovvero pratiche commerciali correlate a particolari categorie di beni o servizi. E tale ordine – secondo l'intenzione del legislatore europeo – impone che tutti gli *standard* comportamentali positivizzati dalle

⁴⁰⁸ S. ORLANDO, *o.u.l.c.*

⁴⁰⁹ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p. 10; S. ORLANDO, *Le informazioni*, pp. 98 e 175-176; P. AUTIERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 2; E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., p. 82.

⁴¹⁰ Crediamo di poter condividere le più generali considerazioni di L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1 (della versione digitale), secondo la Quale il sistema «è un *posterius* affidato alla fatica dell'interprete che, dinanzi alle norme, deve incessantemente porsi alla ricerca dell'ineludibile imperativo di razionalità».

normative settoriali siano ricondotti al «divieto generale» di cui all'art. 5 della direttiva 2005/29/CE, nel cui ambito di applicazione dovrà pertanto essere valutato il loro rispetto.

Di tanto numerosi sono gli indici rivelatori nella stessa direttiva 2005/29/CE.

È quanto anzitutto è dato evincere là dove il legislatore europeo ha chiaramente precisato che quello delle pratiche commerciali è, per l'appunto, un «divieto unico generale comune», intorno al quale è costruito un corrispondente «unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE»⁴¹¹. È quanto ancora, e più in particolare, è dato evincere dalla *diretta* rilevanza che «gli obblighi di informazione, *previsti dal diritto comunitario*» (art. 7, para 5) assumono nella valutazione della ingannevolezza di una condotta professionistica, di talché le omissioni o l'occultamento delle informazioni *settorialmente* dovute costituisce indice, se non prova, della contrarietà a diligenza professionale della stessa condotta⁴¹²; ovvero, *indirettamente*, dalla scelta di escludere che la direttiva 2005/29/CE armonizzi «massimamente» anche i settori dei «servizi finanziari» e dei «beni immobili» (art. 3, para 9, della direttiva)⁴¹³, col che, per contro, ammettendosi chiaramente che *tutti* gli altri *settori*, nessuno escluso, ricadono nella opera di sistemazione del «nuovo» diritto delle pratiche commerciali. Significativa crediamo sia inoltre, e ancor più nello specifico, la considerazione, tra le pratiche in ogni caso sleali di cui all'allegato I della direttiva, di quella

⁴¹¹ Chiarissimi sono in questo senso il *considerando* 11 («[...] La presente direttiva introduce un unico *divieto generale* di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. [...]); il *considerando* 12 (che riferisce di un «*unico quadro normativo* fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE») e il *considerando* 13 (che ancora richiama il «*divieto unico generale comune* istituito dalla presente direttiva [che] si applica pertanto alle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori»).

⁴¹² Tali obblighi informativi in materia di pubblicità e comunicazioni commerciali sono passati in rassegna nell'allegato II della direttiva e richiamati dall'art. 7, para 5: sono, a titolo esemplificativo, quelli previsti dall'art. 3 della direttiva 90/314/CEE (nel settore dei viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»), dall'art. 19 della direttiva 2004/39/CE (nel settore degli strumenti finanziari), dagli artt. 5 e 6 della direttiva 2000/31/CE (nel settore dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico).

⁴¹³ Cfr. anche *considerando* 9.

consistente nell'«Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di *assicurazione* di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali»⁴¹⁴, dalla quale deve coerentemente dedursi che le condotte professionistiche poste in essere in quel particolare settore merceologico (delle *assicurazioni*) sono senz'altro considerate dalla «direttiva-quadro», nel cui ambito di applicazione vanno pertanto valutate.

A ogni buon conto, a fugare ogni dubbio è - si crede - lo stesso concetto di diligenza professionale, come ricavabile dalla definizione di cui all'art. 2, lett. *h*) della direttiva. Ivi è fatto chiaro che la «cura», l'«attenzione» e la «competenza» cui è tenuto il professionista secondo il canone della diligenza professionale (o della buona fede) vanno adeguate, variando nella loro misura e intensità, al *settore* di attività del professionista. La *diligenza professionale* è cioè da valutarsi «rispetto al principio della buona fede nel *settore di attività del professionista*», ovvero avendo riguardo alle caratteristiche dei servizi, dei prodotti e, più in generale, delle modalità degli scambi che avvengono nei diversi *settori*, con tutte le peculiarità che gli sono proprie⁴¹⁵. Il che significa – come pure è stato recentemente osservato in commento al comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons.⁴¹⁶ – che ove già esista una disciplina *settoriale* che contenga «speciali» regole comportamentali preposte alla tutela della libertà e consapevolezza delle scelte economiche del consumatore, queste, anziché precludere l'applicazione di quelle generali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., con esse vanno integrate al precipuo fine di individuare lo *standard* o la misura della diligenza richiesti ai professionisti in quel settore regolamentato⁴¹⁷, in tal senso tali regole settoriali contribuendo a *riempire* di contenuto la nozione di diligenza professionale⁴¹⁸.

⁴¹⁴ V. allegato I, n. 27, della direttiva 2005/29/CE e art. 26, lett. *d*), cod. cons.

⁴¹⁵ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, cit., p. 53. Cfr. anche *considerando* 20 della direttiva 2005/29/CE.

⁴¹⁶ S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 51-52.

⁴¹⁷ Nei termini si era peraltro già espressa una parte della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo al rapporto tra le norme del Codice del consumo e quelle del Codice delle

Nello stesso senso, ma specularmente, depone la nozione di «consumatore medio», con riferimento al quale deve essere valutata la idoneità «falsante» della pratica commerciale (art. 5, para 2 e 3). Del quale consumatore medio, invero, vengono in rilievo quelle condizioni soggettive di vulnerabilità che si appalesano – oltre che con riferimento a eventuali condizioni di «infermità mentale o fisica», di particolare «ingenuità» o all'«età» – anche «in relazione al prodotto» (così al para 2, lett. b)) cui la pratica «si riferisce» (così al para 3), ovvero in relazione al settore «speciale» di mercato in cui la condotta professionistica è stata posta in essere⁴¹⁹. Dire che la cura e l'attenzione richieste al professionista variano al variare del *target* di consumatore a cui la pratica è diretta, significa ammettere che la misura di quel *duty of care* imposto dal canone della diligenza professionale può variare in relazione al settore merceologico di riferimento, che quel *target* di consumatore contribuisce a fissare.

Le considerazioni che precedono sembrano decisive nell'impostazione del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e ogni altra direttiva settoriale in materia di pratiche commerciali sleali/scorrette: riconoscere – come sembra non possa non riconoscersi alla luce dei rilievi sopra evidenziati – che le cautele, i comportamenti e il livello di cura e competenza suscettibili di essere considerati

comunicazioni elettroniche. In proposito, si rimanda a quanto richiamato in nota 383; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.

⁴¹⁸ Rimane inteso che le condotte professionistiche vanno valutate nel loro complesso, di talché – come anche rilevato dalla Commissione europea nella più volte citata lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 – l'osservanza degli obblighi informativi previsti per la fase precontrattuale dalla disciplina settoriale, se esclude che *in parte qua* la condotta possa qualificarsi sleale, non vale invece a escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta *altrimenti* in atto una pratica sleale, «ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell'articolo 5 della direttiva ("la clausola generale"); oppure utilizzando atteggiamenti aggressivi o altri comportamenti sleali, quali ad esempio porre ostacoli di natura non contrattuale all'esercizio da parte dei consumatori dei loro diritti derivanti dal contratto, o ancora impedendo loro di cambiare prodotto o di rivolgersi ad un altro professionista (articolo 9, lettera d), della direttiva); [...]». «Il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale, così come previsto dalla direttiva». Così anche S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 53-54: «[...] l'operatività dell'art. 19, comma 3, cod. cons. è circoscritta ai soli *aspetti specifici* da esse disciplinati che potrebbero anche non esaurire l'intera attività posta in essere dal professionista in relazione ad un prodotto e, dunque, lasciare spazio alla configurabilità di una o più pratiche commerciali scorrette anche a fronte di atti conformi ai precetti dettati dall'Unione per altri aspetti».

⁴¹⁹ Si consideri peraltro che per «prodotto», ai sensi dell'art. 2 lett. c) della direttiva, s'intende «qualsiasi bene o servizio [...]» offerto dal professionista.

dovuti *ex fide bona* possano variare in relazione alla tipologia dei destinatari della pratica e in relazione alle caratteristiche che connotano il settore di attività del professionista⁴²⁰, significa del pari riconoscere che la direttiva 2005/29/CE è stata per l'appunto pensata come una «direttiva-quadro», introduttiva di un nuovo diritto *generale* delle pratiche commerciali scorrette, che, come tale, è *applicabile – altresì nel suo impianto sanzionatorio – in relazione a qualsiasi pratica commerciale, qualsivoglia sia il settore merceologico di riferimento.*

Se l'assunto è corretto, corretto è altresì escludere che la «*prevalence rule*» di cui all'art. 3, para 4, della «direttiva-quadro» possa trovare applicazione in virtù della mera *presenza* di una disciplina di settore; piuttosto, l'impianto normativo recato dalla direttiva 2005/29/CE è destinato a recedere in favore di quello settoriale nella solo ipotesi di antinomia o incompatibilità tra disposizioni, ovvero nell'ipotesi in cui uno stesso comportamento professionistico sia qualificabile come «sleale» secondo una disciplina e, al tempo stesso, come «leale» o «corretto» secondo l'altra.

Ove invece, come nel rapporto oggetto del presente contributo, la pratica professionistica (di utilizzazione di clausole abusive e di clausole non trasparenti) risulti vietata tanto secondo la «disciplina-quadro» (art. 5 della direttiva 2005/29/CE) quanto secondo quella «settoriale» (artt. 7 e 5 della direttiva 1993/13/CEE), solo la prima troverà applicazione, insieme con le relative regole di *enforcement*⁴²¹.

Alle medesime conclusioni, peraltro, dovrebbe indurre anche il cd. principio di specialità, correttamente inteso. Tale criterio (*lex specialis derogat generali*) altro non costituisce che un'attuazione del principio fondamentale di giustizia (*suum cuique tribuere*) nonché un modo di manifestazione del divenire di un sistema ordinamentale⁴²². Osservava Norberto Bobbio che «il passaggio da una regola più estesa (che abbraccia un certo *genus*) ad una regola derogatoria meno

⁴²⁰ Nei termini G. DE CRISTOFARO, sub art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 157.

⁴²¹ S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 52.

⁴²² Nei termini F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, Milano, 1980, pp. 709 ss.

estesa (che abbraccia una *species* del *genus*) corrisponde ad una fondamentale esigenza di giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che appartengono alla stessa categoria. Il passaggio dalla regola generale a quella speciale corrisponde ad un naturale processo di differenziazione delle categorie, e ad una graduale scoperta, da parte del legislatore, di questa differenziazione. Avvenuta o scoperta la differenziazione, il persistere nella regola generale importerebbe il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse, e quindi un'ingiustizia»⁴²³.

Se allora il rapporto tra regola generale e regola speciale deve essere affidato a valutazioni di giustizia sostanziale, *i.e.* di eguale trattamento di fattispecie della stessa categoria, nella specie, non v'è ragione alcuna per non attrarre sotto l'alveo della disciplina della direttiva 2005/29/CE anche quelle pratiche commerciali sleali cd. settoriali, che tali (*i.e.* pratiche commerciali sleali) rimangono ancorché consumatesi ai danni di un investitore, piuttosto che di un risparmiatore, di un assicurato, di un aderente a condizioni generali di contratto o di ogni altro utente. Tanto è più vero, poi, se si consideri che le peculiari esigenze che il consumatore può avvertire nei diversi *settori* sono espressamente prese in considerazione dalla «direttiva-quadro», il cui criterio della «diligenza professionale» è idoneo a fissare *standard* comportamentali più o meno rigorosi, proprio in adeguamento a quelle esigenze.

Sembra dunque difficile negare che la pratiche di utilizzazione di clausole «abusive» e di clausole «non trasparenti», se qualificabili come pratiche commerciali sleali, debbano essere sanzionate dall'Autorità *Antitrust* come tali, ai sensi dell'art. 27 cod. cons.

5. Conclusioni.

La soluzione che si è inteso proporre, per quello che è un problema di coordinamento tra norme di un medesimo *sistema*, muove da un approccio

⁴²³ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 100 ss.

metodologico che si crede ineludibile: la ricerca di una *relazione di coerenza* tra i contenuti di quel sistema⁴²⁴.

È noto che in un insieme «unitario» di norme, quale s'intendeva certamente creare con il «nuovo» diritto della pratiche commerciali sleali, la *relazione di coerenza* tra le parti del tutto non costituisce una sua intrinseca caratteristica quanto, piuttosto, una sua esigenza: ogni sistema «non è un dato, bensì un processo», e la sua costruzione «non è una qualità, [...] bensì l'obiettivo, il fine da realizzare e da raggiungere, e anzi, meglio, cui tendere, cui avvicinarsi incessantemente»⁴²⁵.

E nella ricerca di un risultato di coerenza, volto a evitare le diverse norme del sistema si contrappongano, contraddicano o anche solamente sovrappongano, l'interprete deve farsi guidare da *ragionevolezza*, perché, in siffatte fisiologiche ipotesi, prevalga non una qualsiasi norma, bensì quella che risulti compatibile con la logica del sistema⁴²⁶. Tale è l'insegnamento di teoria generale dell'ordinamento generalmente condiviso, da ritenersi estensibile anche nel caso qui affrontato: la clausola generale di «ragionevolezza», normalmente ricondotta al valore essenziale della coerenza, opera in un tempo come limite generale alla attività legislativa e come criterio di metodo per l'interprete, affinché non esistano ovvero, se esistenti, non prevalgano disposizioni incompatibili con l'ordine costituendo⁴²⁷.

Ora, che l'obiettivo del legislatore del 2005 europeo fosse quello di sistematizzare il diritto delle pratiche commerciali sleali *business to consumer* è difficilmente discutibile: il che – come variamente osservato – rappresentava un'esigenza stingente, resasi necessaria in un contesto di politica legislativa che negli ultimi anni lo aveva visto servirsi di un approccio pragmatico, volto al concreto soddisfacimento di esigenze contingenti (e settoriali) alle quali dare

⁴²⁴ L'esigenza di «coerenza» nel rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e il «diritto comunitario esistente» è richiamata anche dal *considerando* 10 della «direttiva-quadro»: «È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici».

⁴²⁵ F. MODUGNO, *o.u.c.*, p. 705.

⁴²⁶ A. CELOTTO, sub *art. 3, 1° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO E M. OLIVETTI, Vol. I, Torino, 2006, pp. 80 ss.

⁴²⁷ A. CELOTTO, *o.u.l.c.*; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. società*, 1975, 3, pp. 561 ss.

risposte immediate. In un tale contesto, la direttiva 2005/29/CE ha rappresentato un *unicum* nell'esperienza legislativa europea, il frutto cioè di un notevole sforzo, finora inedito, volto a creare *ordine* in un ambito normativo frammentario: essa è stata pensata e strutturata per disciplinare tutte le pratiche commerciali “B2C”, di tutti i «settori» (*lato sensu* intesi) del mercato europeo.

Sicché si crede che riconoscere carattere «residuale» o «sussidiario» a un impianto normativo pensato come «generale», oltre a vanificare interamente tale sforzo, si palesa un'operazione concettuale incongruente, ovvero *incoerente* e *irragionevole*.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G., *The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, Oxford, 2007, pp. 20 ss.
- ALPA G., *Considerazioni conclusive*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 361 ss.
- ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 635 ss.
- ALPA G., *Introduzione*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli artt. 1469-bis – 1468-sexies del codice civile*, a cura di ID. – S. PATTI, Milano, 1997, pp. XVII ss.
- ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006
- ALPA G. – GAGGERO P., *L'applicabilità della disciplina sulle clausole abusive ai contratti di locazione di immobili urbani*, in *Arch. Loc.*, 1997, p. 9 ss.
- ALPA G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1996, pp. 46 ss.
- ALPA G. – PATTI S., *Introduzione*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di IDD., Milano, 2003, pp. 1 ss.
- AMADEI D., *Tutela esecutiva ed azione inibitoria delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. esec. forzata*, 2003, pp. 315 ss.
- ANAGNOSTARAS G., *The Unfair Commercial Practices Directive in Context: From Legal Disparity to Legal Complexity?*, in *Common Market Review*, 2010, 147 ss.
- ASTONE F., *art. 1469-quinquies*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996, pp. 196 ss.
- AUTIERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008, pp. 1 ss.

- BARENGHI A., sub art. 1469-bis, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di ID., Napoli, 1996, pp. 41 ss.
- BARENGHI A., sub art. 33, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, pp. 209 ss.
- BARENGHI A., sub art. 34, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, pp. 224 ss.
- BARENGHI A., sub art. 35, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, pp. 227 ss.
- BARGELLI E., *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007, p. 75 ss.
- BATTELLI E., *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 315 ss.
- BATTELLI E., sub art. 137, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 910 ss.
- BEALE H.G., *Unfair terms in consumer contracts*, in *Chitty on contracts*, by ID., London, 2012, pp. 1218-1219
- BELLELLI A., *L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C.M. BIANCA, Milano, 1981, pp. 301 ss.
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 17 ss.
- BERNARDI G., sub art. 1469-bis, 3° comma, n. 1 – art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 1, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, pp. 219 ss.
- BERTI DE MARINIS G., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, II, pp. 615 ss.
- BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, Vol. 3, Milano, 2000, pp. 373 ss.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977

- BIGLIAZZI GERI L., *Condizioni generali di contratto e buona fede in Clausole abusive e direttiva comunitaria – Atti del convegno di studi sul tema Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1994, pp. 32 ss.
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960
- BONOMI M.S., *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, pp.793 ss.
- CALVO R., sub art. 21, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 165 ss.
- CALVO R., sub art. 22, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2010, pp. 161 ss.
- CALVO R., *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007, pp. 147 ss.
- CAPONIGRO R., *L'actio finium regundorum tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti, Relazione al Convegno Nazionale di Studi “Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future”*, Napoli, 22 marzo 2013, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it
- CARBONE V., *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996, 3, pp. 248 ss.
- CARRARO L., *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Studi Carnelutti*, III, Padova, 1950, pp. 429 ss.
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 5 ss.
- CELOTTO A., sub art. 3, 1° co., *Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, ID. E M. OLIVETTI, Vol. I, Torino, 2006, pp. 65 ss.
- CHINÈ G., sub art. 3, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, p. 14 ss.
- CHIRICO P., sub art. 1469-quinquies, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1996, pp. 478 ss.

- CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile: sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium juris*, 1996, p. 411 ss.
- CIATTI A., *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007, 269 ss.
- CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008, pp. 383 ss.
- D'AMICO, *Formazione del contratto* (voce), in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, pp. 586 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., Torino, 2008, pp. 125 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di ID., Torino, 2007, pp. 109 ss.
- DE CRISTOFARO G., sub. art. 3, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di ID. – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 62 ss.
- DE CRISTOFARO G., sub art. 18, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di ID. – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 119 ss.
- DE CRISTOFARO G., sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di ID. – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 132 ss.
- DE CRISTOFARO G., sub art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di ID. – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 149 ss.
- DE CRISTOFARO G., sub art. 39, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di ID. – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 435 ss.

- DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. Impr./Europa*, 2007, p. 1 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di ID., Torino, 2007, pp. 1 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di ID., Torino, 2008, pp. 1 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3, 2010, pp. 892 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2,4 e 8 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2008, 4-6, pp. 1057 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2012, p. 1079 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. I, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 1059 ss.
- DELL'AVERSANA F., *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato, 26/06/2012*, in <http://www.forumcostituzionale.it>
- DE NOVA G., *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contr.*, 1993, pp. 356 ss.
- DE NOVA G., *La nuova legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 134 ss.
- DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996
- DI BARTOLOMEO M., *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996

- DI GIOVINE G., sub art. 1469-quater, comma 1, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1996, pp. 437 ss.
- DI MARCO F., *Sulla competenza esclusiva dell'Agcm in materia di pratiche commerciali scorrette (nota al nuovo art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo)*, in *Rass. dir. farm.*, 2014, pp. 526 ss.
- DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pp. 837 ss.
- DI NELLA L., *Le pratiche commerciali sleali «aggressive»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007, pp. 215 ss.
- DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007, pp. 39 ss.
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, a cura di ID., Torino, 2008
- FARNETI M., sub art. 34, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 367 ss.
- FARNETI M., sub art. 37 bis, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, p. 421 ss.
- FEBBRAJO T., *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006
- FIORENTINO L., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, pp. 165 ss.
- FRIGNANI A., voce «Inibitoria (azione)», in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 559 ss.
- FUSARO P., *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del consiglio di stato*, in *Federalismi.it*, 2013, 7, pp. 1 ss.
- GABRIELLI E., *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di ID. – E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – ID., Vol. 3, Torino, 2005, pp. 5 ss.
- GALLO C.E., *La competenza sanzionatorie nei rapporti tra agcm ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1206 ss.

- GANDOLFI G., *Per l'assetto normativo del mercato interno europeo: proposte e prospettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 395 ss.
- GAROFOLI R., *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, pp. 233 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2011
- GENOVESE A., *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*. Commento alla sentenza della Corte dei Giustizia UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13, in *Contr.*, 2015, 8-9, pp. 770 ss.
- GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di ID., Padova, 2008, pp. 209 ss.
- GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, n. 2, 2006, pp. 159 ss.
- GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 37 ss.
- GIAMMARIA P., sub art. 1469-quater, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori – Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice Civile*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 1997, pp. 663 ss.
- GIAMMARIA P., sub art. 1469-quater, 1°, 2° e 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, pp. 1013 ss.
- GOMEZ F., *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 4 ss.
- GRANELLI C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, pp. 776 ss.
- GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010
- IEVA L., *Associazioni dei consumatori, interessi collettivi e servizi pubblici*, in *Corr. Giur.*, 2002, 2, pp. 261 ss.

- LENER G., *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI – E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Vol. 3, Torino, 2005, pp. 191 ss.
- LENER G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro.it*, 1996, pp. 145 ss.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008, pp. 27 ss.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 73 ss.
- LO SURDO C., sub art. 20, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, pp. 99 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, IX ed., 2015
- MARINI BALESTRA F., *Pratiche commerciali scorrette? Secondo il consiglio di Stato è competente l'AgCom a tutelare gli utenti!*, 24/05/2012, in *giustamm.it*
- MASSA F., sub art. 19, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, p. 93 ss.
- MASUCCI S.T., *Commento all'art. 1469 quater*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BARENGHI, Napoli, 1996, pp. 156 ss.
- MAUGERI M., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 477 ss.
- MAZZAMUTO S., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, pp. 45 ss.
- MELLI M., *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, pp. 483 ss.
- MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, pp. 784 ss.
- MEUCCI S., sub art. 34, in *Codice del consumo – Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007, pp. 337 ss.

- MINERVINI E., *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. e Impr.*, 2006, p. 635 ss.
- MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010
- MINERVINI E., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2012, 3, pp. 563 ss.
- MINERVINI E., sub art. 35, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 392 ss.
- MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999
- MIRONE A., *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, pp. 325 ss.
- MODUGNO F., *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXX, Milano, 1980, pp. 678 ss.
- MONTICELLI S., sub art. 1469 ter, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1996, p. 396 ss.
- MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina. Commento alla l. 6 febbraio 1996 n. 52*, in *Notariato*, 1996, pp. 284 ss.
- NAVA G., *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 44 ss.
- NAVONE G., *La rappresentatività delle associazioni dei consumatori e degli utenti*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di A. BARBA, Napoli, 2000, pp. 59 ss.
- NUZZO M., *Accertamento della vessatorietà*, sub art. 1469-ter comma 1° e 2°, in *Le nuove leggi civili commentate*, I, 1997, pp. 1144 ss.
- ORESTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, pp. 467 ss.
- ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratto del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, pp. 501 ss.
- ORLANDO S., *Le informazioni*, Padova, 2012
- ORLANDO S., *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 345 ss.

- ORLANDO S., sub artt. 24-26, in *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2009, p. 61 ss.
- ORLANDO S., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, pp. 25 ss.
- PANDOLFINI V., *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2, 2012, pp. 47 ss.
- PARDOLESI R., in *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 523 ss.
- PASCALI G., *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM ... o forse no? Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D.lgs. n. 21/2014*, in *dir. merc. tecn.*, 2014, pp. 76 ss.
- PATRONI GRIFFI L., *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, I, 1995, pp. 347 ss.
- PATTI S., *Introduzione*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli artt. 1469-bis – 1468-sexies del codice civile*; a cura di G. ALPA – ID., Milano, 1997, pp. XLV ss.
- PATTI S., *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. Rescigno Gabrielli*, I, Torino, 1999, pp. 295 ss.
- PERUGINI S., *Dei diritti dei consumatori nei contratti*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, Torino, 2015, pp. 87 ss.
- PERUGINI S., *I “nuovi” strumenti di intervento dell’AGCM*, in *Corr. Giur.*, 2014, pp. 44 ss.
- PERUGINI S., *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, p. 123 ss.,
- PERUGINI S., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, Torino, 2015, pp. 161 ss.
- PODDIGHE E., *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000

- POSTIGLIONI B., *L'impatto della direttiva comunitaria 92/13, e della legge di attuazione 52/96, sulla prassi dei contratti assicurativi*, in *Resp. Comunic. Impr.*, 1997, pp. 75 ss.
- PRATESI C.A., *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI E L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 45 ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951
- RABAI B., *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, disponibile su www.rivistadellaregolazioneideimercati.it
- RABITTI M., *Le tutele collettive*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, Torino, 2015, pp. 265 ss.
- RADEIDEH M., *Fair Trading in EC Law - Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2004
- RANIERI F., *Il principio generale di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, Vol. II, pp. 495 ss.
- RICCI F., *I contratti del consumatore: le clausole vessatorie*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO., Torino, 2015, pp. 47 ss.
- RIZZO V., sub art. 1469-bis, 1° comma, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.)*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1996, p. 17 ss.
- ROPPO E., *Clausole vessatorie*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VI, Roma, 1996, pp. 1 ss.
- ROPPO E., *Contratti standard*, Milano, 1975
- ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria – Atti del convegno di studi sul tema 'Condizioni generali di contratto e direttiva C.E.E. n. 93/13 del 5 aprile 1993'*, a cura di E. CESÀRO, Padova, 1994, pp. 83 ss.
- ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Le ragioni del diritto – Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Vol. I, 1995, Milano. pp. 689 ss.

- ROPPO V. – NAPOLITANO G., *Clausole abusive*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. VI, Roma, 1994, pp. 1 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Il diritto dei consumi in Italia*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di ID., Torino, 2015, pp. 3 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Il comportamento ostativo del professionista tra “ostacoli non contrattuali” e ostacoli contrattuali*, in *Studi celebrativi del ventennale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di P. BARUCCI – C. BEDOGNI RABITTI, Milano, 2010, pp. 1216 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 3, pp. 685 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e ID., Milano, 2007, pp. 10 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. notariato*, 2009, f. 1, pp. 11 ss.
- ROSSI CARLEO L., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2012, p. 492 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Le tutele. Cenni introduttivi*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di ID., Torino, 2015, pp. 221 ss.
- ROVATI A.G., *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione?*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, 2, pp. 141 ss.
- RUFFOLO U., *Le problematiche generali*, in *Clausole “vessatorie” e “abusive” – Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*, a cura di ID., Milano, 1997, pp. 7 ss.
- RUMI T., *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *I contratti*, 7, 2012, p. 638 ss.
- SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 205/29CE*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, pp. 141 ss.

- SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. società*, 1975, 3, pp. 561 ss.
- SCARANO L.A., sub art. 1469-ter, 4° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice Civile*, a cura di G. ALPA – S. PATTI, Milano, 2003, p. 935 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, pp. 947 ss.
- SCOZZAFAVA O.T., *La «natura» dei contratti standard: un problema di metodo*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1979, p. 960 ss.
- SIRENA P., sub art. 1469-bis, 3° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, pp. 207 ss.
- SIRENA P., sub art. 1469-ter, 2° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, pp. 855 ss.
- SIRENA P., sub art. 1469-ter, 5° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, pp. 1005 ss.
- SIRENA P., *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. GABRIELLI – E. MINERVINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO – E. GABRIELLI, Torino, 2005, pp. 134 ss.
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, n. 5, pt. 1, pp. 787 ss.
- SPADA P., *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediale*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 45 ss.
- STUICK J., TERRY E. e VAN DYCK T., *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 107 ss.
- TOMMASEO F., sub art. 1469-sexies, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, p. 1149 ss.

- TONDO S., *Su un progetto di riforma della disciplina delle condizioni generali di contratto (in margine al convegno di Fiuggi del 5-6 giugno 1981)*, in *Foro.it*, 1981, V, pp. 282 ss.
- TORCHIA L., *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, pp. 953 ss.
- TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. GRANELLI e C. GRANELLI, Milano, 2013
- TROIANO S., sub art. 1469-bis, 1° comma, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Artt. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 2003, p. 31 ss.
- TROIANO S., sub art. 33, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 252 ss.
- TROIANO S., sub art. 20, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Torino, 2010, pp. 1695 ss.
- TULLIO A., *Il contratto per adesione*, Milano, 1997
- TUVERI C., sub art. 18, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Torino, 2010, pag. 1671 ss.
- TUVERI C., sub art. 19, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Torino, 2010, pag. 1684 ss.
- VALLE L., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Contr. impr.*, n. 3, 2006, pp. 662 ss.
- VALLE L., sub art. 36, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. DE CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 396 ss.
- VIGORITI L., *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, pp. 521 ss.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, ed. II, Padova, 1999
- WHITTAKER S., *The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Law*, in *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, Oxford, 2007, pp. 139 ss.

- WILHELMSSON T., *Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: the Cultural and Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, pp. 461 ss.
- ZACCARIA A., sub art. 1469 bis, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di G. CIAN, Padova, 2014, pp. 1618 ss.
- ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2012, pp. 164 ss.

GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia dell'UE

Corte Giustizia, 16/12/1976, C-33/76
 Corte Giustizia, 25/05/1982, C-96/81
 Corte Giustizia, 17/06/1986, C-1/86
 Corte Giustizia, 13/12/1991, C-33/90
 Corte Giustizia, 14/12/1995, C-312/93
 Corte Giustizia, 03/07/1997, C-269/95
 Corte Giustizia, 27/06/2000, C-240/98
 Corte Giustizia 9/9/2004, C-70/03
 Corte Giustizia, 20/01/2005, C-464/01
 Corte Giustizia, 29/10/2006, C-168/05
 Corte Giustizia, 03/09/2009, C-2/08
 Corte Giustizia, 23/04/2009, C-261/07 e C-299/07
 Corte Giustizia, 04/06/2009, C-243/08
 Corte Giustizia, 23/04/2009, C-261/07
 Corte Giustizia, 14/01/2010, C-304/08
 Corte Giustizia, 11/03/2010, C-522/08
 Corte Giustizia, 9/11/2010, C-540/08
 Corte Giustizia, 15/03/2012, C-453/10
 Corte Giustizia, 17/01/2013, C-206/11
 Corte Giustizia, 19/09/2013, C-435/11

Corte Giustizia, 16/04/2015, C-388/13

Corte Giustizia, 05/04/2016, C-689/13

Corte di Cassazione

Cass. civ., Sez. II, 14/03/1985, n. 1987

Cass. civ., 5/11/1999, n. 12310

Cass. civ., 16/11/2000, n. 14865

Cass. civ., 16/10/2002, n. 14726

Cass. Sez. Unite, 20/12/2005, n. 47164

Cass. civ., Sez. I, 27/03/2007, n. 7481

Cass. civ., Sez. III, 20/03/2010, n. 6802

Cass. Sez. Unite, 25/11/2008, n. 28056

Cass. civ., Sez. III, 18/9/2009, n. 20106

Cass. civ., sez. III, 8/07/2010, n. 16149

Cass. civ., Sez. III, 10/11/2010, n. 22819

Cass. civ., Sez. VI - Ordinanza, 14/07/2011, n. 15531

Cass. civ., Sez. II, 26/04/2012, n. 6526

Cass. pen., Sez. II, 06/12/2012, n. 10994

Cass. civ., Sez. VI - Ordinanza, 28/08/2012, n. 14679

Cass. civ., Sez. VI - Ordinanza, 12/03/2014, n. 5705

Cass. civ., Sez. I, 23/03/2016, n. 5762

Cass. Sez. Unite, 27/04/2017, n. 10413

Corti di Merito

Trib. Roma, 07/07/1999

Trib. Vigevano, 6/6/2003

Trib. Roma, 3/3/2005

Trib. Bergamo, 10/05/2005

Trib. Reggio Emilia Sez. fall. Sent., 17/01/2008

App. Milano Sez. I, 20/06/2012

Trib. Genova, 14/02/2013

Trib. Viterbo, 03/04/2015

Trib. Nuoro, 12/10/2015

Giudice di pace Milano, Sez. III, 04/05/2017

Tribunali Amministrativi

Cons. Stato, Sez. Consultiva atti normativi, 20/12/2004, n. 11602

Cons. Stato, 3/12/2008, parere n. 3999

TAR Lazio-Roma, 6/04/2009, n. 3692

TAR Lazio-Roma, 11/06/2009, n. 5570

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8394

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8395

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8396

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8398

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8399

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8400

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 08/09/2009, n. 8402

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 29/03/2010, n. 4931

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 19/05/2010, n. 12277

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 03/06/2010, n. 14856

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 03/06/2010, n. 14857

TAR Lazio-Roma, 9/08/2010, n. 30428

Cons. Stato, Sez. VI, 31/01/2011

Cons. Stato, Sez. VI, 7/29-07.2011, n. 5526

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 15/07/2011, n. 6356

Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2012, n. 11

Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2012, n.12

Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2012, n.13

Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2012, n.14

Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2012, n.15

Cons. Stato (Ad. Plen.), 11/05/2012, n.16

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 25/07/2012, n. 6962

Cons. Stato, 7/11/2012, n. 4753

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 17/01/2013, n. 535

T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 18/02/2013, n. 1742
T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 18/02/2013, n. 1752
T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 18/07/2013, n. 7442
Cons. Stato, Sez. VI, Ordd., 18-09-2015, n. 4351
Cons. Stato, Sez. VI, Ordd., 18-09-2015, n. 4352
Cons. Stato (Ad. Plen.), 09/02/2016, n. 3
Cons. Stato (Ad. Plen.), 09/02/2016, n. 4
Cons. Stato, Sez. VI, Ord., 17/01/2017, n. 167
Cons. Stato, Sez. VI, Ord., 17/01/2017, n. 168
T.A.R., Sez. I, Ord., 17/02/2017, n. 2547
T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 20/02/2017, n. 1005