



PRESENTA



Consumerism: rapporto 2008

IN COLLABORAZIONE CON



CONSUMERS' FORUM
e
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

Consumerism: rapporto 2008.

Introduzione

I CAPITOLO

IL CAMMINO DEL *CONSUMERISM* FINO AL CODICE DEL CONSUMO

(L. Rossi Carleo) pag. 3

- | | |
|--|--------|
| 1. Il contesto di riferimento del «consumo» | pag. 3 |
| 2. Il crescente rilievo del mercato nella società post-industriale | |
| 3. La frammentazione della figura del consumatore | pag. 4 |
| 4. I limiti di una legislazione pragmatica | |
| 5. L'ansia di ricodificazione e le codificazioni di settore | pag. 5 |
| 6. Le linee guida del rapporto | |

II CAPITOLO

LE DISCIPLINE SUCCESSIVE AL CODICE DEL CONSUMO

Sezione I

***Normative di matrice italiana o di derivazione comunitaria
a tutela del consumatore o del cittadino***

(E. Minervini) pag. 7

- | | |
|---|---------|
| 1.1. Pratiche commerciali sleali e regolamenti Antitrust (<i>P. Bartolomucci - T. Pica</i>) | pag. 8 |
| 1.2. Vendita a distanza di servizi finanziari (<i>E. Battelli</i>) | pag. 20 |
| 1.3. Class action (<i>E. Minervini</i>) | pag. 24 |
| 1.4. Vendite piramidali (<i>E. Quagliato</i>) | pag. 30 |
| 1.5. Immobili da costruire (<i>A. Cilento</i>) | pag. 35 |
| 1.6. Art. 67 legge fallimentare (<i>F. Salvatore</i>) | pag. 38 |

Sezione II
L'intensa connessione tra regole del mercato e regole a tutela del consumatore:
i cc.dd. decreti Bersani

<i>(M. Rabitti)</i>	pag. 40
2.1. Il settore assicurativo (<i>A. Luberti</i>)	pag. 44
2.2. Indenizzo diretto e plurimandatari (<i>G. Pongelli</i>)	pag. 48
2.3. Il settore bancario (<i>M. Scali</i>)	pag. 53
2.4. I servizi aerei (<i>C. Vadalà</i>)	pag. 61
2.5. Il settore delle telecomunicazioni (<i>A. Stazi</i>)	pag. 64
2.6. Il settore dell'energia (<i>E. Testella</i>)	pag. 68

III CAPITOLO

**ALCUNI PROBLEMI APERTI:
L'EFFETTIVITÀ DEI RIMEDI E IL DIALOGO CON L'EUROPA**

1. La tutela giurisdizionale: le azioni inibitorie (<i>M.L. Magno</i>)	pag. 77
1.1. La tutela inibitoria collettiva: il quadro normativo attuale	
1.2. Il progressivo recepimento delle direttive comunitarie	
1.3. La concreta operatività delle norme a tutela dei consumatori	
2. La tutela stragiudiziale: autonomia e recepimento normativo delle esperienze dei consumatori (<i>P. Bartolomucci</i>)	pag. 86
2.1. Le A.D.R. nel codice del consumo	
2.2. Le recenti modifiche del d. lgs. n. 221/2007	
2.3. Le altre previsioni in tema di A.D.R. di consumo	
2.4. Le esperienze delle associazioni dei consumatori e degli enti: i protocolli d'intesa	
3. Le prospettive future (<i>L. Rossi Carleo</i>)	pag. 96
3.1. La direttiva sui servizi	
3.2. Le possibili linee di intervento indicate dal Libro verde dell'8 febbraio 2007	

INTRODUZIONE

Le ragioni del rapporto: l'opportunità di "fare il punto".

Consumers' Forum, con "**Consumerism: rapporto 2008**", ha inteso inaugurare, quest'anno, quella che si spera possa divenire una prassi.

Per l'Associazione "fare il punto" sul convulso percorso che caratterizza, fin dall'origine, la disciplina tradizionalmente definita "a tutela del consumatore", assume il senso di un servizio.

Il rapporto, difatti, intende offrire un contributo non certo e non solo alla conoscenza, seppure essa rappresenta per i consumatori e per le imprese già un aspetto di fondamentale importanza, ma anche e principalmente al dialogo e al sostegno che vede nelle Autorità e nel mondo politico gli interlocutori privilegiati.

La posizione centrale che nella società moderna ha assunto il consumo e, quindi, il consumatore, induce a muovere da questa ovvia considerazione delineando alcune linee di osservazione al fine di stimolare un dibattito sul «consumatore», tenendo conto che ad esso si fa ormai riferimento per indicare una modalità di definizione trasversale di molteplici attività economiche.

Questa tendenza a esaltare il ruolo centrale del «consumatore» non è certo guidata da una regia organica e unitaria. Difatti, gli apporti innovatori provengono da fonti assai diversificate e incidono trasversalmente su tutte le classificazioni tradizionali del diritto, quali, ad es., civile, commerciale, amministrativo, penale, processuale. Appare, pertanto, evidente che il rapporto non può avere di certo la pretesa di elencare analiticamente tutti gli interventi legislativi che si devono ascrivere a un settore pluridisciplinare e interdisciplinare.

Suggestiva sarebbe stata l'ipotesi di seguire un percorso legato alla molteplicità e diversità delle fonti. Con riguardo alle fonti, una particolare attenzione ci sembra che meritino, nell'attuale contesto storico, le leggi regionali, i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, l'autoregolamentazione.

Questa prospettiva, attenta a un approfondimento di carattere verticale, è stata accantonata in quanto avrebbe esaltato l'aspetto proteico o caleidoscopico che contraddistingue la denominazione e la dimensione di consumatore. Difatti, da questa angolazione, sarebbe emerso con maggiore puntualità il dato caratteristico della nuova legislazione che, mossa da istanze pragmatiche e contingenti, introduce, con frequenza sempre maggiore, mutamenti che nel comportare rotture rilevanti dell'equilibrio sistematico tradizionale, non possono più relegarsi nell'ambito della eccezionalità e della specialità, imponendo all'interprete, posto dinanzi a uno scenario flessibile, di ricercare nuovi criteri di coordinamento, tali da consentire il recupero di una nuova sistematicità che deve costituire un risultato, non rappresentando più un presupposto.

Si è inteso, dunque, assumere come punto di partenza questo dato incontestabile: il pluralismo sociale e la tutela degli interessi in concreto hanno determinato una mutazione genetica.

Questa mutazione comporta la necessità di prendere atto della complessità che contraddistingue l'attuale società. La complessità, imponendo di dare una risposta concreta a nuovi interessi emergenti da favorire, rompe la logica unitaria e sistematizzante che era alla base della codificazione tradizionale e comporta, con l'irrompere delle discipline settoriali, il superamento di criteri unificanti e semplificanti.

Si è ritenuto, dunque, più utile alla riflessione partire da un approccio di carattere orizzontale, ruotando attorno al codice del consumo, che viene considerato come momento di riordino e di prima armonizzazione.

Il codice del consumo è un codice al quale, così come per gli altri codici di settore, non si addice l'uso del termine "codice", qualora esso venga inteso come espressione di un movimento che va dal molteplice all'uno. Esso rappresenta, infatti, una forma di organizzazione della frammentazione che non si prefigge una riconduzione ad unità, ma risulta funzionale alla individuazione di alcuni principi informatori della materia, consentendo un recupero di razionalità. Questo recupero rappresenta un aspetto ineludibile per una lettura coordinata e, quindi necessariamente orizzontale, di un quadro normativo articolato e complesso.

Abbiamo, dunque, ritenuto di incentrare questo rapporto solo su alcune delle discipline successive al Codice del consumo, sia con riguardo a quelle che in esso sono state integrate, sia con riguardo a discipline che, a parere di molti, in esso avrebbero dovuto trovare ingresso, senza tener conto di regole, quali quelle che discendono dalla MIFID, che appartengono a sub-settori specifici e che, per quanto concerne la tutela del consumatore, si pongono in posizione satellitare rispetto al codice del consumo.

Si è inteso, tuttavia, necessario riservare solo rapidi cenni ad alcune regole del mercato che testimoniano l'intima connessione tra regole del mercato e regole a tutela del consumatore. Al fine di circoscrivere l'attenzione su specifici punti concreti, si sono presi a riferimento i cc.dd. decreti Bersani, soffermandosi su alcuni degli aspetti che sembrano avere una incidenza diretta sui consumatori.

Un accenno a questi profili è apparso utile anche al fine di prepararci all'incisivo spostamento dell'interesse dal prodotto al servizio, spostamento che troverà il suo fulcro nel recepimento della direttiva sui servizi.

Lorenzo Miozzi
Presidente Consumers' Forum

Liliana Rossi Carleo
*Ordinario di Diritto privato e docente di
Diritto dei consumi Università Roma Tre*

CAPITOLO I

IL CAMMINO DEL CONSUMERISM FINO AL CODICE DEL CONSUMO

SOMMARIO: 1. Il contesto di riferimento del «consumo». – 2. Il crescente rilievo del mercato nella società post-industriale. – 3. La frammentazione della figura del consumatore. – 4. I limiti di una legislazione pragmatica. – 5. L'ansia di ricodificazione e le codificazioni di settore. – 6. Le linee guida del rapporto.

1. *Il contesto di riferimento del «consumo».*

Un breve cenno, sia pure assai generale e, dunque, necessariamente superficiale, alla nuova e diversa accezione che va assumendo il termine “consumare”, può costituire una premessa utile al fine di comprendere le difficoltà di chi, per la prima volta, tenti di fare il punto su di un aspetto i cui mobili confini si vanno sempre più dilatando.

Nell'attuale società dei servizi e della crescente dematerializzazione, come è sovente ribadito, in particolare dalla cultura sociologica, l'accezione del termine “consumare” non viene più circoscritta al suo primo e ristretto significato, che faceva riferimento alla utilizzazione di un bene e, di conseguenza, al suo esaurirsi, quanto piuttosto pone l'accento sul passaggio dal possesso all'accesso, esaltando volatilità e cambiamenti che rendono sempre più imprescindibile il ruolo della mediazione di una attività «organizzativa e organizzata».

In questo contesto di riferimento, appunto assai liquido, va considerato il crescente rilievo che ha assunto, sia a livello macroeconomico sia a livello microeconomico, l'onnipresente mondo della produzione e del consumo: esso va determinando una continua intersecazione tra pubblico e privato, tra esterno e interno, che coinvolge, nel mutamento della vita sociale, il quotidiano di tutti noi attraverso il progressivo assorbimento anche di quelle che rappresentavano la sfera più intima e «privata» della nostra vita in quella «pubblica» e inesorabile del mercato. Un esempio significativo e paradigmatico può trarsi dal coinvolgimento del corpo, oggetto di investimenti mai avvenuti prima, che vanno dalle metamorfosi richieste alla chirurgia estetica, al mercato delle sostanze psicotrope e degli additivi chimici, all'addestramento sportivo, alla moda, e così via. Ne consegue che in questa ottica il consumatore e il suo ruolo assumono un rilievo fondamentale come punto di osservazione privilegiato per una corretta lettura dei cambiamenti in atto.

2. *Il crescente rilievo del mercato nella società post-industriale.*

Difatti, l'economia post-industriale e la profonda trasformazione della realtà sociale impongono di guardare al consumo e, quindi, al consumatore, come alla punta di un *iceberg* che rappresenta l'intersezione tra la sfera simbolica e la sfera della vita materiale. La forza combinata della globalizzazione, della rivoluzione nelle comunicazioni, delle nuove tecnologie, ci fanno assistere a una vita sociale contaminata da una lingua imprenditoriale estremamente invasiva che testimonia la forza pervasiva del mercato nell'attuale contesto storico.

Si parla, ad esempio, di «prodotto didattico» nelle scuole e nelle università o di «scenari di *best practices*» nella sanità. In questo solco, potremmo ripensare alla CSR e al consumatore etico, che ci rimanda a un tipo di scelte che tentano di «superare» il mercato inteso in senso classico.

Malgrado i dubbi e le persistenti perplessità che accompagnano questo cammino ancora incerto, un dato risulta acquisito: lo statuto del consumatore non consente più di guardare al consumo come asservimento passivo al mercato e, nel contempo, le strategie di consumo esprimono nuove dimensioni relazionali.

Questi brevi cenni ci servono a renderci edotti della grande utopia che potrebbe accompagnare l'intenzione di redigere un rapporto a tutto tondo, attento alle infinite problematiche che coinvolgono la persona-consumatore.

3. *La frammentazione della figura del consumatore*

Pertanto, occorre porsi da una angolazione più specifica, limitandosi ad osservare la dinamica che accompagna l'atto di consumo.

Anche questa prospettiva si rivela, però, troppo ampia in considerazione del fatto che il ruolo importante attribuito consumatore dovrebbe e potrebbe indurre a rimeditare sul nuovo ordine giuridico che viene a determinarsi a seguito di norme che, da una parte, sembrano condurre al frazionamento dell'individuo e, dall'altra, dovrebbe imporre la ricerca di una coerenza unitaria delle leggi che disciplinano lo statuto del cittadino-consumatore.

Da un lato, quindi, viene posta in crisi non solo la concezione unitaria del soggetto visto quale consumatore, ma si assiste, altresì, a una segmentazione della figura del consumatore, via via «sezionata» nell'ambito di una pluralità di sub-settori, ai quali, provocatoriamente non abbiamo voluto fare riferimento proprio per evidenziare la problematicità connessa alla definizione di consumatore. Questa frammentazione, che emerge da una pluralità di discipline – le quali talvolta si riferiscono al cliente, talora al risparmiatore, o, ancora, al turista, e così via – trova un esempio assai significativo nell'ambito della disciplina del mercato finanziario, dove si distingue tra operatore qualificato e non, e dove lo stesso intermediario, seguendo regole «chiare e non discriminatorie», come stabilisce la Consob, può indicare gli investitori che accedono alle sue prestazioni.

Dall'altra parte, un legislatore pragmatico, interessato a raggiungere obiettivi specifici che lo costringono a una produzione legislativa smisurata e affrettata, rende più difficile la ricerca di una nuova unità sistematica, che tenga conto che il consumatore non può essere tutelato solo quale singolo, ma deve essere garantito nel più ampio contesto macroeconomico.

4. *I limiti di una legislazione pragmatica.*

La molteplicità di leggi mirate a conseguire uno specifico obiettivo, che caratterizza quella che abbiamo indicato come legislazione pragmatica, rappresenta una caratteristica propria del diritto dei consumatori di origine europea.

Il diritto comunitario basato sulla politica dei consumatori, anche se si segnala una timida inversione di rotta, ha costituito finora, per la nostra esperienza, la spinta più forte per l'introduzione di nuove leggi che hanno preso l'avvio dagli anni Settanta del secolo scorso.

Le politiche comunitarie in materia di diritto dei consumatori si possono scandire in fasi, diversamente caratterizzate, lungo un percorso che prende l'avvio dalla Carta europea dei consumatori del 1975 e che, ovviamente, è tuttora in atto.

Gli interventi, ben noti e che, quindi, evitiamo di richiamare nel dettaglio, sono frammentati e investono i diversi segmenti in cui si articola il rapporto tra il singolo consumatore e il professionista. Essi partono dalla direttiva 84/374/CEE in materia di pubblicità ingannevole e, singolarmente, al momento hanno trovato nella direttiva 2005/29/CE, in tema di pratiche commerciali sleali, il più recente recepimento nel nostro Paese.

Il fine di rendere funzionale il mercato interno costituisce il *leit motive* che contrassegna questa disciplina pragmatica, attenta essenzialmente a correggere particolari distorsioni determinate dall'imperativo privato attuato dai poteri economici forti.

Le finalità del Trattato di Roma, che peraltro non contemplava alcuna norma sui diritti dei consumatori, erano appunto circoscritte all'instaurazione di uno spazio economico libero tra i Paesi aderenti. Pian piano si allarga il numero dei Paesi e si allarga anche l'attenzione: essa non è più focalizzata sull'offerta, ma inizia a tener conto anche della domanda, tuttavia sempre al fine di favorire un mercato che non decolla secondo gli auspici iniziali.

Una svolta si ha con il Trattato di Amsterdam che, nell'art. 153, non parla più di protezione e di tutela, ma usa il termine «promuovere», che dovrebbe presupporre una pari dignità tra domanda e offerta, il che dovrebbe implicare un'attenzione non solo al contenimento degli effetti distorsivi, ma anche alla costruzione di un ambiente socio-economico nel quale del soggetto frazionato non continui a sopravvivere solo l'*homo consumens*, come paventa Zygmunt Bauman.

Invero il cammino appare ancora lungo ed incidentato.

5. *L'ansia di ricodificazione e le codificazioni di settore.*

Questa legislazione riferita a problemi specifici ha reso sempre più evidente la necessità di un tessuto connettivo, ma riguardo all'ampiezza e alla possibile ampiezza di una armonizzazione, le spinte e le opinioni appaiono assai diverse, e potremmo dire anch'esse frazionate.

Invero, questo appare uno dei tanti problemi del presente diritto del «consumatore frazionato», che sente la necessità di assurgere a sistema. Il problema è presente, ma una scelta di soluzione riguarda il futuro e, pertanto, ad essa faremo qualche cenno nelle conclusioni.

Tuttavia, in premessa, ci è sembrato necessario tener conto del fatto che, nel nostro diritto interno, al consumo è dedicato uno dei codici di settore. Attraverso la codificazione di settore il legislatore interno ha provveduto a una prima “sistematizzazione” che, secondo il parere del Consiglio di Stato, ha concorso a produrre una serie di micro-sistemi legislativi.

6. *Le linee guida del rapporto*

Ribadiamo la nostra consapevolezza sia sul fatto che il codice del consumo non esaurisce l'ambito della disciplina consumeristica (che, peraltro, non riguarda più solamente il diritto privato), sia sul fatto che occorrerebbe fare riferimento alle fonti e intorno ad esse riaggregare il *corpus* della “nuova” disciplina, che riceve un grosso impulso anche dai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti, nonché dall'autodisciplina.

Per quanto riguarda i primi, è fin troppo evidente che le Autorità, nei settori della loro competenza, sovente devono adottare provvedimenti che concernono la tutela dei consumatori.

Per quanto riguarda la seconda, si può solo osservare che essa meriterebbe un'autonoma attenzione in ragione del fatto che la sua rilevanza sembra destinata ad accrescersi sia per la mancanza di un potere politico forte, sia per la presenza di una crescente globalizzazione dei mercati.

A tale proposito, appare significativo ricordare, quanto meno, il rilievo attribuito ai codici di condotta dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette o, ancora, l'enfasi che, sempre il legislatore europeo, già aveva posto nel Libro verde del 2001, teso a “*Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*”, sul ruolo positivo dell'autodeterminazione nel miglioramento del contesto sociale e ambientale.

Tuttavia, in questo rapporto abbiamo privilegiato un approccio più circoscritto e pragmatico, limitandoci alla fotografia della situazione esistente nell'accezione ristretta del termine “consumatore”, secondo le indicazioni che vengono dall'Unione europea.

Invero, attenendoci a questi parametri, si è inteso dare una fotografia prospettica dell'esistente, guardando all'ieri, all'oggi e al domani, sebbene nel capitolo secondo traspaia il tentativo di dare un – sia pur minimo – segnale di apertura, a testimonianza del fatto che vediamo la politica del consumatore come il punto nodale intorno al quale si svolgerà il nostro futuro di cittadini europei: il consumatore, da oggetto di tutela, diverrà soggetto di aggregazione della nuova politica che costituirà la base dei futuri interventi legislativi.

Questa impostazione spiega il perché, in questo primo capitolo, abbiamo fatto riferimento all'*iter* storico, mentre, nel secondo capitolo, abbiamo incentrato l'attenzione sulle modifiche al codice del consumo, tenendo anche conto di alcune discipline per le quali si è dibattuto per quanto riguarda la loro collocazione topografica, posto che molti avrebbero auspicato il loro inserimento nel codice; ma si è, altresì, ritenuto opportuno rimarcare lo stretto collegamento tra regole del mercato e tutela del consumatore, facendo cenno ad alcuni segmenti della c.d. liberalizzazione. Il terzo capitolo si incentra non certo sul futuro in generale, ma solo sui possibili sviluppi della disciplina delineata.

II CAPITOLO

LE DISCIPLINE SUCCESSIVE AL CODICE DEL CONSUMO

SEZIONE I

NORMATIVE DI MATRICE ITALIANA O DI DERIVAZIONE COMUNITARIA A TUTELA DEL CONSUMATORE O DEL CITTADINO

(Enrico Minervini)

La sezione I del capitolo II è dedicata all'analisi di alcuni complessi di norme, taluni di matrice squisitamente italiana, talaltri di immediata derivazione comunitaria, in tema di tutela del consumatore o, più in generale, del cittadino. Vengono in primo luogo considerate le discipline delle pratiche commerciali scorrette o sleali e delle vendite a distanza di servizi finanziari: trattasi di discipline di derivazione comunitaria, che hanno come destinatari i soli consumatori. Ancora, è analizzata la disciplina dell'azione collettiva risarcitoria, che ha sempre come destinatari i soli consumatori, ma che rappresenta il frutto di un'autonoma iniziativa del legislatore italiano. Le discipline sin qui indicate, avendo per l'appunto come destinatari i soli consumatori, sono state inserite nel corpo del codice del consumo, agli articoli da 18 a 27-*quater* (le pratiche commerciali scorrette), e da 67-*bis* a 67-*vicies bis* (la vendita a distanza di servizi finanziari), nonché all'art. 140-*bis* (l'azione collettiva risarcitoria). Vengono in secondo luogo considerate le seguenti discipline (che appaiono il frutto di autonome iniziative del patrio legislatore): delle vendite piramidali, che ha come destinataria qualsiasi persona, fisica o giuridica, che agisce nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale; degli immobili da costruire, che ha come destinataria la persona fisica acquirente di un immobile da costruire; dell'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare degli atti di acquisto di immobili destinati ad uso abitativo, che ha come destinatario l'acquirente di un immobile destinato per l'appunto ad uso abitativo. Si tratta, come ciascuno può vedere, di normative che tutelano non il solo consumatore (ed infatti le stesse sono state collocate non nel codice del consumo, ma in leggi speciali) ma più in generale la persona fisica, consumatore e no, addirittura la persona giuridica, considerate come soggetto «debole» del rapporto, come tale meritevole di una particolare protezione che viene modulata sulla falsariga di quella accordata dal legislatore italiano al consumatore in senso stretto. Da questo punto di vista, non appare incongruo analizzare nella medesima sezione tanto discipline che hanno come destinatario il solo consumatore, quanto discipline che hanno un destinatario diverso e più ampio, che si potrebbe convenzionalmente definire come il cittadino.

1.1a LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE (Pierfrancesco Bartolomucci)

IL QUADRO NORMATIVO

Una delle più significative modifiche al codice del consumo è quella relativa alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Il legislatore italiano, infatti, è stato tra i primi a recepire le disposizioni della Dir. 29/2005/CE dell'11 maggio 2005, "relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la Dir. 84/250/CEE e le direttive 97/7/CE e 2002/65/CE e il Reg. 2006/2004" (in G.U.C.E. n. L. 149 dell'11 giugno 2005).

In base alla delega contenuta nella legge 25 gennaio 2006, n. 29, recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee" (L. comunitaria per il 2005, in G.U. n. 32 dell'8 febbraio 2006, S.O. n. 34) sono stati emanati due decreti legislativi che hanno introdotto nel nostro ordinamento le disposizioni di origine comunitaria.

I due provvedimenti sono i D.lgs. nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007 (in G.U. n. 207 del 6 settembre 2007): mentre il primo detta la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra le imprese (prima contenuta anch'essa nel codice del consumo) con le modifiche apportate dalla direttiva del 2005, il secondo riguarda invece più compiutamente la trasposizione nel nostro ordinamento della disciplina sulle pratiche commerciali tra i professionisti e i consumatori.

In seguito a tale recepimento, dunque, esistono in Italia due distinte discipline in tema di pubblicità: una, relativa ai rapporti tra le imprese, che è stata tolta dal codice del consumo e collocata in un provvedimento *ad hoc* (il D.lgs. n. 145/2007 appunto); l'altra, relativa alla pubblicità nei rapporti con i consumatori, che è stata inserita all'interno della più complessa disciplina delle pratiche commerciali scorrette, di cui essa costituisce una *species*, confluita in un *corpus* unitario nel codice del consumo.

In particolare questa seconda disciplina ha modificato il Titolo III della Parte II del D.lgs. n. 206/2005 che attualmente si divide in tre Capi: il Capo I (Disposizioni generali) dall'art. 18 all'art. 19, il Capo II (Pratiche commerciali scorrette) dall'art. 20 all'art. 26 ed il Capo III (Applicazione) dall'art. 27 all'art. 27^{quater}.

La disciplina sulle pratiche commerciali costituisce un salto di qualità nella politica comunitaria a tutela dei consumatori: la direttiva del 2005, infatti, sancisce un approccio del tutto nuovo dal punto di vista normativo per le istituzioni comunitarie.

Infatti la direttiva, per un verso, introduce una disciplina di carattere orizzontale, poiché si applica a tutti i rapporti tra consumatori e imprese, a prescindere dal settore commerciale e dall'oggetto del contratto e, al tempo stesso, di carattere sussidiario, in quanto si applica solo in assenza di specifiche discipline di settore.

Per altro verso, però, forse il più interessante, la direttiva introduce una disciplina volta a realizzare la c.d. armonizzazione massima, ovvero ad introdurre una serie di norme che costituiscono il più elevato livello di tutela, rispetto al quale gli ordinamenti nazionali non possono introdurre norme ulteriori che tendano a diminuirlo, ma neppure ad integrarlo o modificarlo.

Armonizzazione massima che, seppure più volte richiamata nei *considerando* della direttiva, risulta piuttosto frammentata dal punto di vista applicativo: da un lato, infatti, l'utilizzo di clausole generale, da cui è caratterizzata la direttiva, comporta uno sforzo interpretativo e di adattamento che, nei vari ordinamenti giuridici, potrà facilmente portare a soluzioni molto diverse; dall'altro la stessa normativa comunitaria lascia agli Stati membri spazi di manovra in alcuni ambiti della disciplina, come ad esempio in quello sanzionatorio, che di fatto mortificano il raggiungimento di una elevata e coordinata tutela dei consumatori nel mercato interno.

La scelta dell'armonizzazione massima cui questa direttiva fa più volte riferimento, costituisce l'esito della riflessione che era stata avviata dalla Commissione delle Comunità europee in seguito alla pubblicazione del Libro Verde sulla tutela dei consumatori del 2001; in tale occasione la Commissione aveva infatti posto all'attenzione degli Stati membri la necessità di porre ordine in un quadro normativo, destinato alla tutela dei consumatori, piuttosto frastagliato. Per risolvere tale problema si era posta la necessità, condivisa dalla maggior parte degli operatori, di costituire una direttiva – quadro, che fungesse da cornice normativa per ulteriori ed eventuali interventi di settore.

La natura e le caratteristiche della disciplina di fonte comunitaria hanno, quindi, fortemente condizionato le scelte del legislatore domestico, che ha avuto spazi ridotti di manovra in sede di recepimento.

LE NORME

Il Capo I, dedicato alle disposizioni generali, apre con alcune definizioni. Innanzitutto quelle di carattere soggettivo.

L'art. 18, infatti, stabilisce alla lettera *a*) che per "consumatore" debba intendersi «qualsiasi persona fisica che [...] agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale»; alla lettera *b*), invece dispone che debba essere considerato "professionista", chiunque «agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome e per conto di un professionista».

Già in prima analisi può verificarsi una non piena coincidenza con le definizioni contenute all'art. 3 lettere *a*) e *c*) c. cons.; sarebbe, infatti, stato più opportuno che il legislatore già in sede di recepimento facesse un rinvio direttamente a questa norma, di portata generale.

A tale situazione è stato posto parzialmente rimedio con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007, recante "Disposizioni correttive ed integrative del D.lgs 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della L. 29 luglio 2003, n. 229" (in G.U. n. 278 del 29 novembre 2007) che, all'art. 3, commi 2 e 3 ha esteso alla definizione generale – rispettivamente – di "consumatore" e di "professionista" di cui all'art. 3 c. cons. il riferimento alla "sfera commerciale, industriale, artigianale". Si tratta, tuttavia, di un adeguamento parziale per due ordini di ragioni: da un lato, in sede applicativa, non era stato mai posto in dubbio che – al fine dell'individuazione della sfera di interesse in cui far rientrare o meno l'atto di consumo – l'aggettivo "professionale" contenuto nella versione originaria dell'art. 3 del Cod.cons. potesse comprendere anche i riferimenti a quella commerciale, industriale o artigianale.

Dall'altro lato, diversamente per quanto è avvenuto con la definizione di "consumatore", non è stato compiuto il necessario coordinamento tra la definizione generale e quella speciale di "professionista", nella parte in cui la prima fa rientrare in tale categoria anche il semplice "intermediario", mentre la seconda parla espressamente di «chiunque agisce in nome e per conto». È evidente, infatti, che alla nozione ben più ampia e sfumata di "intermediario", si contrappone quella ben più ristretta e definita di rappresentante: un soggetto, cioè, che ha la rappresentanza diretta del proprio *dominus*, in quanto agisce in nome e per conto di questo (restano, quindi esclusi tutti i casi di rappresentanza indiretta). Da ciò deriva, dunque, che questa nozione di professionista deroga a quella contenuta nell'art. 3 lett. *c*) Cod. cons. e che, di conseguenza, possa applicarsi, come specificato nell'inciso dell'art. 18, solo con riferimento alle pratiche commerciali "oggetto del presente titolo".

Accanto alle definizioni di carattere soggettivo, vi sono poi quelle che delineano l'ambito di applicazione della disciplina dal punto di vista oggettivo.

Innanzitutto viene in considerazione la nozione di "prodotto", che deve intendersi come "qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni"; anche in questo caso la nozione, pur amplissima per contenuto, è comunque speciale e quindi applicabile solo con riferimento alla disciplina sulle pratiche commerciali. Lo stesso D.lgs. n. 221/2007, del resto, ha modificato la nozione generale di "prodotto" contenuta all'art. 3 Cod. cons, escludendone l'applicazione (oltre alle ipotesi, già previste, di cui all'art. 115, comma 1) anche alle ipotesi di cui all'art. 18.

Nello stesso articolo, lett. *d*), si trova poi la nozione di "pratica commerciale" intesa come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Si tratta, anche in questo caso, di una definizione estremamente ampia al cui interno può rientrarvi qualsiasi tipo di comportamento del professionista (di cui la pubblicità costituisce solo una, seppur emblematica, tipologia); l'unico elemento rilevante è che vi sia una qualche relazione tra detto comportamento e la scelta economica assunta dal consumatore.

Tra le definizioni merita poi un'attenzione particolare quella di "consumatore medio", che seppure non rientra nel catalogo di cui all'art. 18 viene presa sempre in considerazione, come si vedrà poi, per valutare l'eventuale scorrettezza di una pratica commerciale.

La rilevanza di questa nozione è data non solo dal suo contenuto intrinseco, ma anche dal fatto che essa compare per la prima volta in un testo normativo comunitario e, quindi, in quello italiano di recepimento.

Tale definizione, infatti, deriva dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, che ne ha delineato con esattezza i contenuti, di cui si dovrà tener necessariamente conto in sede applicativa. Sulla base della giurisprudenza comunitaria, infatti, per "consumatore medio" deve intendersi la persona "normalmente informata e ragionevolmente attenta ed avveduta"; non quindi un'idea di consumatore

sprovvisto delle necessarie informazioni o quello particolarmente vulnerabile rispetto alle tecniche di comunicazione oggi sempre più sofisticate, ma un consumatore attento ed avveduto.

Se da un lato questa definizione può essere utile per una corretta valutazione della scorrettezza di una pratica, nel tentativo di rendere più oggettivo e generale possibile il criterio di riferimento, dall'altro l'adozione di *standard* eccessivamente elevati intorno ai quali circoscrivere il parametro medio di consumatore cui una pratica commerciale è diretta, rischia di non tutelare singoli soggetti particolarmente vulnerabili, che non costituiscono un "gruppo" (come ad esempio nel caso dei minori o degli anziani, che la disciplina prende invece in considerazione) ma che, per la loro specifica debolezza, sono soggetti bisognosi di un adeguato livello di protezione.

L'art. 20 c. cons. si apre con un divieto generale di porre in essere pratiche commerciali scorrette. Innanzitutto merita segnalare una diversa qualificazione delle pratiche, che – in sede di recepimento – sono definite, appunto, "scorrette" e non "sleali". Tale distinzione pare sia dovuta alla necessità di non ingenerare confusione tra questa disciplina e quella di cui agli artt. 2598 ss c.c., oltre che ad una più adeguata traduzione del termine inglese *unfair*.

A parte tale rilevazione di ordine lessicale, va evidenziato che la disciplina italiana – conformemente a quella comunitaria – ha introdotto tre tipologie di pratiche commerciali scorrette.

Accanto alla tipologia "generale", di cui all'art. 20, vi sono due categorie speciali: le pratiche commerciali ingannevoli (artt. 21-23) e le pratiche commerciali aggressive (artt. 24-26).

La classificazione in tre diverse categorie è estremamente importante dal punto di vista empirico: all'interprete chiamato a verificare l'eventuale scorrettezza di una pratica commerciale, infatti, spetta il compito di effettuare una valutazione in base alla quale, in primo luogo, si dovrà cercare di stabilire se una determinata azione possa essere ricompresa nell'ambito delle indicazioni contenute negli artt. 24-26 ovvero negli artt. 21-23; solo se tale verifica dovesse avere esito negativo, sarà possibile fare ricorso alla categoria generale, che si colloca, quindi, come norma di chiusura.

La definizione generale stabilisce che una pratica commerciale è scorretta «se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

Dunque è necessario che una pratica sia, al tempo stesso, contraria alla diligenza professionale e sia idonea a falsare (o falsi concretamente) il comportamento economico del consumatore medio di riferimento.

In primo luogo si deve sottolineare che per "diligenza professionale" non si intende certo la diligenza richiesta al debitore nell'adempimento delle obbligazioni derivanti dall'attività professionale, di cui all'art. 1176 comma 2, c.c.; al contrario, come dispone l'art. 18 Cod. cons., essa è "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 buona fede nel settore di attività del professionista". Si tratta, dunque, di una definizione molto complessa e di difficile valutazione nella soluzione dei casi concreti; l'utilizzo di tali clausole generali, come detto, è uno di quegli indicatori rispetto ai quali dovrà essere misurato in concreto il livello di armonizzazione massima che la direttiva intendeva perseguire e che – dal punto di vista empirico – sarà di difficile attuazione.

Ai fini della valutazione della scorrettezza, dunque, bisognerà valutare se una pratica, contraria alla diligenza professionale, sia idonea ad alterare o alteri in maniera significativa il comportamento economico del consumatore medio. Anche a tale riguardo, l'art. 18 lett. e) si preoccupa, echeggiando la direttiva, di definire il significato dell'espressione "falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore", che vuol dire "alterare sensibilmente la capacità di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»; a sua volta la lettera m) definisce tale decisione come quella «presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla».

Da questa complessa ricostruzione emerge un dato molto significativo: una pratica commerciale scorretta può porsi in qualsiasi momento, rispetto all'atto di consumo, che viene quindi preso in considerazione nel suo aspetto dinamico. Infatti una pratica commerciale può essere realizzata tanto nella fase di mero contatto sociale, quella in cui vengono rivolti alla massa dei consumatori messaggi pubblicitari, campagne di *marketing* e così via; essa però può ben essere posta nella fase più propriamente precontrattuale, durante la quale il singolo consumatore entra in contatto diretto con un professionista o con un suo rappresentante al fine di predisporre la conclusione del contratto; ancora, la pratica può realizzarsi durante l'esecuzione del

contratto, per porre il consumatore nelle condizioni di non esercitare un determinato diritto o di rendere questo particolarmente oneroso e, infine, nella fase “patologica” del rapporto contrattuale, se è intesa a condizionare il consumatore a rinunciare all’esercizio di una determinata azione giurisdizionale.

Il legislatore, comunitario e nazionale, prende quindi in considerazione l’intera attività, l’intera fase procedimentale che anticipa e segue la conclusione del contratto di consumo, come risulta evidente dalla norma dell’art. 19, comma 1 Cod. cons., che recita: “il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto”.

Tenuto conto di tale ampio ambito applicativo, l’art. 20, specifica, al comma 1, che – se la pratica è rivolta ad una categoria determinata di consumatori – la sua eventuale scorrettezza deve essere valutata in relazione al membro medio di tale gruppo; sulla scia di tale disposizione il secondo comma chiarisce ulteriormente che, laddove le categorie prese in considerazione siano particolarmente vulnerabili per diverse ragioni (come nel caso di anziani o bambini), la scorrettezza sarà valutata – anche in questo caso – con riferimento al membro medio di tale gruppo.

Nonostante l’intento del legislatore di rendere applicabile le norme in una serie estremamente diversificata di fattispecie, anche in considerazioni di categorie di soggetti particolarmente vulnerabili, non sempre nella pratica sarà possibile distinguere casi in cui le pratiche sia rivolte specificamente a dette categorie. Basti pensare, nel caso dei minori, a strategie di *marketing* che non siano rivolte direttamente ai bambini, ma che utilizzano la loro “forza” di pressione al fine di convincere i genitori all’acquisto di determinati beni rivolti agli adulti (ad es. automobili).

Le pratiche ingannevoli possono essere di due tipi: azioni (disciplinate all’art. 21) o omissioni (disciplinate all’art. 22).

Le azioni sono considerate ingannevoli in base a due parametri: uno generale, che deve sempre ricorrere, che è l’idoneità ad alterare sensibilmente la scelta economica del consumatore. L’altro, invece, relativo alle modalità con cui si determina la suddetta alternazione, si distingue in quattro diverse ipotesi. La prima (comma 1) è quella che si realizza mediante la diffusione di informazioni false o, se pur formalmente rispondenti al vero, idonee comunque ad alterare le scelte del consumatore. Le informazioni rilevanti ai fini della valutazione dell’ingannevolezza sono quelle elencate alle lettere *a)-g)* dell’art. 21.

La seconda (comma 2) è quella relativa alla commercializzazione di prodotti suscettibili di ingenerare confusione con altri prodotti offerti da professionisti concorrenti, o con marchi e segni distintivi di questi, nonché quella relativa al mancato rispetto delle norme deontologiche, quando il professionista abbia pubblicizzato il rispetto di un codice di condotta.

Quest’ultima fattispecie assume particolare rilevanza, dato che interviene su un tema ampiamente dibattuto e molto delicato; l’art. 21, infatti, stabilisce definitivamente che la violazione di un impegno assunto, anche a livello spontaneo, diventa automaticamente una pratica commerciale scorretta se il professionista, nelle sue comunicazioni commerciali, abbia dato rilevanza all’adesione ad un determinato codice etico, quale informazione rilevante per affermarsi sul mercato e attrarre il pubblico dei consumatori.

Le altre due ipotesi espresse di azioni ingannevoli sono le pratiche che possano mettere a rischio la salute e la sicurezza dei consumatori, senza che ne sia data congrua informazione (comma 3) ed, infine, quelle che possano minacciare la sicurezza di bambini e adolescenti (comma 4).

Nell’ambito delle pratiche ingannevoli vi sono poi, come detto, le omissioni ingannevoli, disciplinate all’art. 22, che ricorrono quando il professionista ometta di fornire informazioni utili o lo faccia in maniera ambigua e distorta relativamente ad elementi utili per fondare la scelta di un consumatore medio, la cui decisione di natura economica sarebbe irrimediabilmente compromessa.

Nella valutazione circa l’eventuale ingannevolezza di tali omissioni si dovrà tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compreso il mezzo di comunicazione impiegato ed i tempi che sono ad esso connessi.

Il comma 4 dell’art. 22 contempla un’ipotesi particolare, nell’ambito delle omissioni ingannevoli, relativa ai casi di “invito all’acquisto”, che l’art. 18 lett. *i)* definisce come “una comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di effettuare un acquisto”. In casi come questo le omissioni saranno considerate ingannevoli se riguarderanno le informazioni sulle caratteristiche e sul prezzo del prodotto (comprese tutte le spese di consegna e/o spedizione), sulle modalità di pagamento, consegna e trattamento dei reclami, sull’esistenza di un diritto di recesso o di scioglimento del contratto e sulle relative condizioni, sui dati identificativi del professionista.

Di grande interesse è l'art. 23 che elenca una serie di pratiche che sono considerate direttamente dalla legge ingannevoli; nei confronti di dette pratiche, dunque, esiste una presunzione assoluta, che non ammette prova contraria. Si tratta, in altre parole, di una *black list* di pratiche che il legislatore domestico ha inserito all'interno del testo normativo, diversamente da quanto aveva fatto il legislatore comunitario che le aveva elencate in un apposito Allegato alla direttiva.

Tale elencazione assume una grande rilevanza dal punto di vista applicativo, non solo perché in essa sono inserite le pratiche che maggiormente ricorrono nella prassi, ma anche e soprattutto perché l'elenco deve considerarsi un *numerus clausus* che il legislatore nazionale non potrà ampliare e/o integrare in alcun modo. Anche sotto questo aspetto, dunque, si rileva la *ratio* sottesa a questa disciplina che, come detto in precedenza, intende raggiungere in questo settore l'armonizzazione massima tra gli ordinamenti di tutti gli Stati membri dell'Unione.

L'altra categoria speciale è quella delle pratiche commerciali aggressive, disciplinate agli artt. 24-26. L'art. 24 dispone che una pratica è aggressiva allorché il professionista faccia ricorso a molestie, coercizione, alla forza fisica o all'indebito condizionamento al fine di indurre il consumatore medio a compiere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Tra le azioni che possono essere utilizzate va ricordato l'indebito condizionamento, poiché a questo strumento coercitivo l'art. 18 lett. l) destina una definizione specifica, consistente nello "sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole".

Anche in questi casi, come per le pratiche ingannevoli, l'accertamento dell'aggressività di una condotta assunta da parte del professionista va compiuta in concreto, tenendo conto di tutte le circostanze del caso; a tale riguardo l'art. 25 stabilisce che devono essere presi in considerazione i tempi, il luogo, la natura e la persistenza di tali comportamenti, il ricorso alla minaccia fisica o verbale, lo sfruttamento di situazioni di afflizione che alterino le capacità di scelta del consumatore, eventuali ostacoli di natura contrattuale imposti al consumatore ed infine la minaccia di promuovere un'azione legale in suo danno, laddove questa sia insussistente o temeraria.

Anche per le pratiche aggressive il legislatore ha inserito all'art. 26 una *black list* tratta sempre dallo stesso Allegato alla direttiva comunitaria. Anche per tale elencazione valgono le considerazioni svolte in precedenza sulle presunzioni da cui sono assistite nonché sull'impossibilità di apportare integrazioni e modificazioni.

La direttiva, una volta disciplinate le pratiche commerciali sulla base delle tre categorie appena descritte, lasciava agli Stati membri la possibilità di apprestare gli strumenti di tutela ritenuti più idonei rispetto ai vari ordinamenti giuridici: rimedi che avrebbero dovuto essere scelti tra strumenti di natura giurisdizionale o strumenti di natura amministrativa.

Rispetto a questa scelta, come si è detto, si deve registrare una forte attenuazione dell'annunciata armonizzazione massima; oltre all'impiego di clausole generali ed aperte cui anche la disciplina italiana di recepimento è stata costretta a far riferimento, proprio l'aspetto sanzionatorio costituisce un forte ostacolo al perseguimento di tale obiettivo. Il raggiungimento di un elevato livello di tutela dei consumatori, in un settore così importante nella disciplina del mercato interno, avrebbe richiesto necessariamente la predisposizione di un sistema sanzionatorio comune e condiviso, che – invece – manca del tutto.

L'unico temperamento è relativo alle modifiche apportate al Reg. 2006/2004/CE "relativo alla cooperazione tra autorità responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori", in quanto consente di contribuire alla costruzione di questa rete europea sull'*enforcement* che quanto meno permetterà di condividere informazioni e rilevamenti in tutta Europa e di sanzionare pratiche commerciali indipendentemente dal Paese di stabilimento del professionista.

Anche alla luce di tale modifica, molto opportunamente il nostro legislatore, scegliendo la strada della tutela amministrativa, ha affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato importanti poteri di rilevazione e sanzionamento delle pratiche commerciali scorrette. L'Autorità *antitrust*, infatti, era già inserita nella rete comunitaria sull'*enforcement* come soggetto competente in tema di pubblicità.

Dal canto suo, l'Autorità, con proprio regolamento (che verrà illustrato di seguito), ha dato attuazione alle norme dell'art. 27, rispetto alle quali merita segnalare la possibilità di ricorso anche da parte di un singolo consumatore oltre che d'ufficio e l'elevamento dell'importo delle sanzioni che possono essere comminate ai professionisti. Contro le decisioni dell'Autorità può essere promosso ricorso esclusivamente al giudice amministrativo (art. 27, comma 13), mentre resta salva la competenza del giudice ordinario in tema di

concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. nonché in tema di violazioni delle disposizioni sul diritto d'autore, sui marchi e sui brevetti (comma 15).

Accanto a questa tutela, di natura squisitamente pubblicistica, l'art. 27ter prevede una diversa forma di tutela; si è detto in precedenza della grande rilevanza destinata ad assumere, all'interno di tale disciplina, l'adozione ai codici di condotta e, conseguentemente, l'adesione o la violazione alle norme deontologiche.

Quelli presi in considerazione non sono codici la cui adozione è imposta da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (art. 18 lett. f), ma codici del tutto volontari, che le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare con riferimento a determinati settori.

L'art. 27bis dispone che ciascuna organizzazione preveda la nomina di un responsabile del codice, cui vengono affidati compiti di divulgazione delle norme deontologiche tra gli aderenti (tra cui quelle relative alla tutela dei minori e alla salvaguardia della dignità umana) e, come disposto dall'art. 27ter importanti compiti di risoluzione delle controversie.

Al responsabile, infatti, potranno ricorrere consumatori (singoli o associati), concorrenti e loro organizzazioni per concordare una soluzione stragiudiziale di eventuali controversie insorte in merito all'attuazione di una pratica commerciale scorretta.

L'esperimento di tale tentativo non pregiudica il ricorso all'Autorità *antitrust*, seppure le parti possano convenire che questa non venga adita (o la procedura avviata nelle more da altro soggetto legittimato venga sospesa) sin tanto che pendente la procedura negoziale.

L'ultima norma in tema di pratiche commerciali scorrette è quella dell'art. 27quater in base alla quale è fatto obbligo all'Autorità di comunicare periodicamente al Ministero dello Sviluppo Economico le decisioni adottate; il Ministero, a sua volta, provvede a darne comunicazione sul proprio sito istituzionale.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

E' evidente come la nuova disciplina sulle pratiche commerciali scorrette miri ad evitare che il consumatore sia indotto in qualsiasi modo a portare a termine un'operazione commerciale svantaggiosa che, senza il condizionamento operato dal comportamento del professionista, non avrebbe compiuto.

Da ciò deve rilevarsi che tale operazione commerciale non può che concretizzarsi nella conclusione di un contratto, ovvero nell'assunzione di un comportamento che trova sempre nel contratto il suo principale riferimento (ad es. la scelta di non usufruire di un diritto contemplato nel contratto).

Pertanto si può affermare che una pratica commerciale scorretta ha inevitabilmente delle ricadute sulla vicenda negoziale; ricadute che saranno diverse a seconda della fase in cui il professionista pone in essere il suo comportamento.

Tralasciando quella del mero contatto sociale, infatti, una pratica commerciale scorretta può porsi in essere durante le trattative, o comunque nella fase strettamente prenegoziale, in quella di conclusione del contratto, ovvero in quella di esecuzione degli obblighi assunti con il contratto.

Se è così, la disciplina *de qua* finisce per interferire inevitabilmente con la disciplina dei contratti in generale e dei contratti dei consumatori in particolare.

E di questo il legislatore comunitario, ben più del nostro, è consapevole, posto che chiaramente afferma nella direttiva che la relativa disciplina lascia impregiudicate le norme nazionali in materia contrattuale, in particolare quelle sulla formazione, validità ed efficacia del contratto. In sede di recepimento questo "invito" rivolto dalla Commissione ai legislatori nazionali, affinché provvedessero ad un raccordo tra le discipline contrattuali e quella sulle pratiche commerciali, ci si è limitati a riportarlo pedissequamente, lasciando così all'interprete il compito di provvedere a tale complessa operazione.

Non si tratta di una semplice operazione teorica ed astratta, intesa a ridefinire i confini della teoria generale del contratto (messa già a dura prova dall'alluvionale normativa europea), bensì di individuare i punti di contatto e le reciproche interferenze al fine di offrire una maggiore garanzia e una tutela più definita ai consumatori.

Dal punto di vista della tutela, infatti, si è correttamente parlato di un "doppio binario": accanto alla tutela pubblicistica – collettiva chiaramente definita dal procedimento amministrativo e sanzionatorio dinanzi all'Antitrust, sarà possibile che il singolo consumatore agisca in giudizio, dinanzi all'autorità giudiziaria, per chiedere che venga accertata l'invalidità del contratto concluso in conseguenza di una pratica commerciale scorretta.

La questione è più complessa di quanto non appaia *prima facie*, in quanto ci si dovrà soffermare a valutare innanzitutto in quale fase della vicenda negoziale sia intervenuta la pratica e, successivamente, individuare le norme applicabili.

Così si dovrà valutare se il professionista abbia, nella fase delle trattative, posto in essere comportamenti improntati alla buona fede (art. 1337 c.c.), ovvero se – in fase di esecuzione del contratto – si sia comportato secondo buona fede (art. 1375 c.c.).

Dal punto di vista del consumatore si dovrà valutare se egli sia caduto vittima di una pratica commerciale e, quindi, se sia incorso in uno dei vizi della volontà.

Se è così si deve notare che la disciplina comunitaria presenta elementi di grande novità rispetto a quelli da sempre presi in considerazione dai giudici nazionali in tema di vizi del volere; basti far riferimento, a puro titolo esemplificativo, alla rilevanza che assume in questo settore la semplice reticenza ovvero il dolo omissivo.

Alla luce di tali considerazioni non può sfuggire la rilevanza delle questioni, posto che esse sono destinate ad avere importanti ricadute dal punto di vista rimediabile; il dibattito, come è noto, è molto sentito in dottrina e giurisprudenza, le quali si sono affannate alla ricerca di soluzioni univoche del problema relativo ai rimedi esperibili dal consumatore.

In particolare, il dibattito in Italia si è incentrato intorno alle conseguenze determinate sul contratto concluso da un consumatore, in conseguenza della violazione degli obblighi informativi spettanti al professionista, i quali costituiscono il cuore di tutta la legislazione comunitaria a tutela dei consumatori.

Recentemente è intervenuta sulla questione la *Corte di Cassazione, sent. n.26724/2007*, che ha inteso dirimere i contrasti della giurisprudenza di merito, richiamando la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento: solo la violazione delle prime può portare all'invalidità del contratto, posto che esse incidono sulla sua struttura e sulla sua natura; diversamente le altre potranno essere apprezzabili solo in punto di risarcimento del danno.

Anche alla luce di questa ultima decisione, dunque, sarà particolarmente interessante vedere come la disciplina delle pratiche commerciali scorrette reggerà al confronto con la tutela privatistica.

1.1B I REGOLAMENTI ANTITRUST (Tiziana Pica)

IL QUADRO NORMATIVO

L'Autorità Garante delle Concorrenza e del Mercato ha approvato il 15 novembre 2007, con i provvedimenti n. 17589 e n. 17590, i Regolamenti che rendono operative le disposizioni contenute nei Decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e che dettano la disciplina delle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette.

Una delle novità di maggiore spicco che i Decreti attuativi della Direttiva comunitaria n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali hanno apportato nella realizzazione di una normativa a tutela dei consumatori e delle imprese più penetrante ed esaustiva, è indubbiamente rappresentata dal rafforzamento dei poteri e delle competenze dell'Autorità Antitrust.

E, proprio in nome di tale estensione di poteri, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha messo a punto i Regolamenti riguardanti la procedura istruttoria, portando a compimento il processo per la piena operatività delle disposizioni contenute nei D.lgs. 145 e 146.

Il Provvedimento n. 17590, concernente il regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, e il Provvedimento n. 17589, recante il regolamento delle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, sono stati adottati sulla base, rispettivamente, dell'articolo 8, comma 11, del D.lgs. n. 145/2007, e dell'articolo 27, comma 11, del D.lgs. n. 146/2007, i quali prevedono che l'Autorità Antitrust disciplini con proprio regolamento le procedure istruttorie, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione. Si tratta di provvedimenti formalmente identici che stabiliscono la disciplina procedurale dell'Antitrust su due ambiti distinti, realizzando al contempo una sorta di gemellaggio fra le due aree della pubblicità ingannevole e comparativa e delle pratiche commerciali scorrette.

Sono reciprocamente autonomi, e l'uno non realizza alcuna interferenza con l'altro.

I Regolamenti, in vigore dal 6 dicembre 2007, hanno sancito la fine dell'applicazione del D.P.R. 11 luglio 2003, n. 284, relativo alle procedure istruttorie dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, ed hanno attuato una serie di novità dalle quali è scaturito in capo all'Autorità Antitrust un importante rafforzamento della propria attività di vigilanza e intervento per la tutela della concorrenza e dei consumatori.

LE NORME

Entrambi i Regolamenti esordiscono con l'individuazione in capo al "responsabile del procedimento", individuato nel dirigente dell'unità organizzativa competente per materia, istituita ai sensi dell'art. 10, comma 6, della legge n. 287/1990, o in un altro funzionario, di colui che provvede all'avvio dello stesso.

Il responsabile del procedimento dispone gli adempimenti necessari per lo svolgimento dell'attività pre-istruttoria, ovvero all'acquisizione di elementi utili per la valutazione della fattispecie, anche attraverso la richiesta di informazioni e documenti a soggetti pubblici o privati (art. 4, comma 1). E' in questa fase che il responsabile del procedimento, salvo non si incorra in un caso di particolare gravità e qualora vi siano motivi fondati per ritenere che il messaggio pubblicitario sia ingannevole, o che costituisca una pubblicità comparativa illecita, o che la pratica commerciale sia scorretta, potrà, una volta informato il Collegio, invitare per iscritto il professionista a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza, illiceità, o scorrettezza (art. 4, ultimo comma). Si tratta di uno strumento che agevola una più celere attività del responsabile del procedimento, il quale, ove si ricada in una simile ipotesi, è libero, adempiuta l'informativa al Collegio, di intraprendere il percorso della *moral suasion*, in modo tale che non si proceda all'apertura del procedimento istruttorio e si archivi rapidamente il caso. Ove l'invito non raggiunga un tale epilogo, il responsabile provvede all'avvio dell'attività istruttoria e pone in essere quanto necessario sino alla sua chiusura.

E' legittimato alla proposizione dell'istanza di intervento dell'Autorità nei confronti di pubblicità che ritenga ingannevoli o illecite, o avverso le pratiche commerciali che ritenga scorrette, ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse.

Il termine per la conclusione del procedimento è di centoventi giorni, che decorrono dalla data di protocollo della comunicazione di avvio. Mentre è di centocinquanta laddove (come si vedrà più avanti) l'Autorità Antitrust si avvalga della facoltà di richiedere il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Lo stesso termine può essere di centottanta giorni (e di duecentodieci quando si debba ricorrere alla richiesta di parere all'AGCOM) nell'ipotesi in cui il professionista sia residente, domiciliato o abbia sede all'estero, con decorrenza dal giorno in cui viene protocollata la comunicazione di avvio del procedimento. Mediante provvedimento motivato del Collegio il termine può essere prorogato per un massimo di trenta giorni, ove ricorrano particolari esigenze istruttorie, o di sessanta, qualora il professionista presenti degli impegni.

Proprio gli impegni sono tra le novità di maggiore rilievo introdotte dai Regolamenti sulla base dei D.lgs. 145 e 146 del 2 agosto 2007. Si tratta di una soluzione introdotta per favorire uno snellimento della procedura. Infatti, ove il professionista assuma l'impegno di porre fine all'infrazione, mediante la cessazione della sua diffusione o modificandola in modo da eliminarne i profili di illegittimità, ingannevolezza, o scorrettezza, la procedura potrebbe essere chiusa senza l'irrogazione di sanzioni, attuandosi una sorta di "patteggiamento".

Nello specifico l'art. 8 dei Regolamenti afferma che entro e non oltre trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, il professionista può presentare, rigorosamente in forma scritta, degli impegni che siano tali da far venir meno i profili di illegittimità della pubblicità. Laddove a seguito della valutazione dell'Autorità, questi impegni siano risultati idonei, la medesima con un provvedimento li accetterà rendendoli obbligatori per il professionista e chiuderà il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione. Qualora invece, dalla valutazione compiuta, l'Antitrust dovesse ritenere gli impegni solo parzialmente idonei, fisserà un termine per la loro eventuale integrazione da parte del professionista. Un impegno inadeguato sarà rigettato. Il potere di accettazione degli impegni è però limitato ai casi meno gravi, non potendo essere impiegato in presenza di manifesta scorrettezza e gravità.

Un procedimento conclusosi con accettazione di impegni ritenuti idonei, può essere in seguito riaperto d'ufficio, laddove gli impegni accettati e resi obbligatori non siano stati attuati dal professionista, o la situazione di fatto sia mutata rispetto ad uno o più elementi su cui si è fondata la decisione, o ancora se la decisione di accettazione degli impegni sia stata adottata sulla base di informazioni «incomplete, inesatte o fuorvianti» trasmesse dalle parti. L'Autorità può disporre, con il provvedimento che chiude il procedimento, la pubblicazione degli impegni ottenuti dal professionista, a cura e spese dello stesso. In tal caso, l'Antitrust determina il mezzo, le modalità, il termine entro cui tale adempimento deve essere compiuto, e il professionista dovrà trasmetterle immediata copia della pubblicazione degli impegni.

I Regolamenti hanno reso più celere l'attività istruttoria dell'Autorità. Questa infatti da oggi è in grado di sospendere, inibire la continuazione, o eliminare gli effetti della pubblicità o pratica commerciale illegittima d'ufficio, e con atto motivato, in via del tutto autonoma senza dover attendere la segnalazione dei soggetti interessati. Viene così messa a punto una forma di intervento attivo ed immediato, in grado di far fronte a quelle fattispecie di pubblicità e di pratiche commerciali che presentano caratteri di illegittimità di particolare delicatezza o gravità. I Regolamenti prevedono, all'art. 9, comma 1, che nei casi di particolare urgenza l'Autorità possa disporre d'ufficio, con atto motivato, la sospensione della pubblicità ritenuta ingannevole (o della pubblicità comparativa ritenuta illecita), o della pratica commerciale ritenuta scorretta. Il responsabile del procedimento assegna un termine non inferiore a cinque giorni entro il quale le parti possono presentare memorie scritte e documenti, che rimette successivamente al Collegio per la decisione.

Inoltre, il Collegio può disporre la sospensione provvisoria del messaggio pubblicitario o della pratica commerciale anche senza la previa acquisizione delle memorie delle parti, quando le esigenze siano tali da rendere improcrastinabile l'intervento. Entro il termine di sette giorni dal ricevimento del provvedimento recante la misura cautelare provvisoria, il professionista può presentare memorie scritte e documenti, sulla base dei quali il Collegio valuta se confermare o meno la sospensione provvisoria.

La decisione con cui l'Autorità sospende la pubblicità o la pratica commerciale affetta da illegittimità deve essere immediatamente eseguita da parte del professionista, il quale, entro cinque giorni dalla ricezione della comunicazione relativa alla decisione stessa, deve comunicarne all'Autorità l'avvenuta esecuzione.

Gli articoli 12 e 13 dei Regolamenti concernono, rispettivamente, la richiesta di informazioni ed audizioni, e le perizie. Per quanto attiene alle prime, i Regolamenti, ove sia necessario per l'integrazione del materiale istruttorio o per la sua corretta valutazione, prevedono che anche i soggetti

interessati possano richiedere al responsabile del procedimento che le parti siano sentite in apposite audizioni. Le audizioni si svolgono nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e le parti possono farsi rappresentare da un difensore.

In riferimento alle perizie, l'Antitrust deve comunicare alle parti del procedimento le perizie, le analisi o le consulenze di esperti autorizzate dal Collegio dell'Autorità su proposta degli uffici. La novità risiede nella possibilità per i soggetti ai quali è stato comunicato l'avvio del procedimento e che sono intervenuti di nominare, dandone comunicazione al suo responsabile, un perito di loro fiducia che affiancherà quello dell'Autorità. Il consulente nominato dalle parti le potrà assistere nel corso delle ispezioni, senza che ciò comporti una sospensione dell'attività investigativa, e potrà presentare documenti e scritti contenenti le proprie osservazioni sui risvolti delle indagini tecniche.

Sulla base della nuova disciplina dettata dai decreti legislativi in vigore dal 21 settembre 2007, i Regolamenti hanno rafforzato i poteri investigativi dell'Antitrust. Tra questi ricorre la possibilità di accedere a qualsiasi documento pertinente e di richiedere informazioni e materiale aziendale utile ai fini dell'indagine a chiunque ne sia in possesso. In caso di rifiuto, omissione o ritardo, senza giustificato motivo, di fornire l'informazione ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, o, ancora, laddove le informazioni e la documentazione esibite non siano veritiere, seguirà l'applicazione di sanzioni.

I funzionari dell'Autorità incaricati dal responsabile del procedimento di procedere alle ispezioni possono realizzarle *in loco*. Possono accedere a tutti i terreni, i locali e i mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, la quale non può invece investire i luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale su cui verte l'indagine. Gli stessi sono legittimati a controllare e prendere copia dei documenti (dove per 'documento' viene intesa ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni ed informali, formati e utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico), e richiedere informazioni orali.

Nello svolgimento dell'attività ispettivo-repressiva delle pratiche commerciali scorrette o dei messaggi pubblicitari illegittimi i poteri investigativi dell'Antitrust divengono decisamente penetranti, grazie alla facoltà di ricorrere a preziose forme di collaborazione con Autorità esterne. In primis, l'Antitrust può, ove lo ritenga opportuno, avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza. Ed inoltre, il responsabile del procedimento, qualora ritenga sufficientemente istruita la pratica, ma la stessa si caratterizzi per avere ad oggetto una pubblicità o una pratica commerciale che è stata o deve essere diffusa mediante la stampa periodica o quotidiana, o ricorrendo al mezzo radiofonico, televisivo, o altro mezzo di telecomunicazione, prima di rimettere gli atti al Collegio per l'adozione della decisione finale, può richiedere un parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Questa lo comunicherà entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, salvo presenti a sua volta ulteriori esigenze istruttorie. In tal caso il termine per la conclusione del procedimento viene sospeso per un periodo massimo di 30 giorni, il quale decorre dalla data in cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ricevuto le notizie e i documenti richiesti per far fronte alle proprie esigenze istruttorie, sino alla data in cui la stessa invierà il relativo parere all'Antitrust. Se, invece, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni lascia decorrere il termine di 30 giorni senza fornire alcun parere o formulare richieste istruttorie, l'Autorità Antitrust procederà indipendentemente dall'acquisizione del parere e rimetterà gli atti al Collegio affinché venga adottato il provvedimento finale.

Il procedimento in esame prevede, in continuità con il D.P.R. n. 284, l'inversione dell'onere della prova. L'Autorità può esigere che il professionista fornisca le prove sull'esattezza dei dati contenuti di fatto nel messaggio pubblicitario o connessi alla pratica commerciale ritenuta scorretta, ma sempre che tale pretesa risulti giustificata e compatibile con le esigenze e i diritti di soggetti terzi. Il responsabile del procedimento comunica tale incumbente istruttorio alle parti, indicando gli elementi di prova richiesti, la motivazione di tale richiesta ed il termine entro cui la prova deve essere presentata. Laddove la prova sia omessa o ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono ritenuti inesatti (art. 27, comma 5 Cod. cons., così come sostituito dal D.lgs. n. 146/2007, e art. 8, comma 5 del D.lgs. n. 145/2007).

L'Antitrust può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie che, tenuto conto della gravità delle violazioni, divengono particolarmente afflittive.

Esse potranno arrivare:

- sino a 20.000,00 euro per l'ipotesi di mancata ed ingiustificata ottemperanza delle richieste istruttorie formulate dall'Autorità. Oppure, sino a 40.000,00 euro ove siano state fornite informazioni o

documenti falsi (art. 27, comma 4 Cod. cons., così come sostituito sulla base del D.lgs. n. 146/2007, e art. 8, comma 4, D.lgs. n. 145/2007);

- sino a 150.000,00 euro per i casi di inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza, inibitori o di rimozione degli effetti negativi della pratica commerciale, o del messaggio pubblicitario, o nelle ipotesi di mancato rispetto degli impegni assunti volontariamente dal professionista (art. 27, comma 12, così come sostituito sulla base del D.lgs. n. 146/2007, e art. 8, comma 12, D.lgs. n. 145/2007);
- sino a 500.000,00 euro laddove venga accertata la scorrettezza della pratica commerciale, o l'illegittimità della pubblicità, e sia disposta la sua inibizione (art. 27, comma 9, così come sostituito sulla base del D.lgs. n. 146/2007, e art. 8, comma 9, D.lgs. n. 145/2007).

Ai sensi dell'art. 18 dei Regolamenti, quando l'Antitrust adotta il provvedimento con cui dichiara l'ingannevolezza della pubblicità, o l'illiceità della pubblicità comparativa, o la scorrettezza della pratica commerciale, con il medesimo può determinare in capo al professionista responsabile della violazione una conseguenza ulteriormente afflittiva, ovvero disporre la pubblicazione della pronuncia, integralmente o per estratto, o di una dichiarazione rettificativa, a cura e spese del professionista.

Le parti interessate, quali i consumatori o i concorrenti, anche attraverso il ricorso alle loro associazioni o organizzazioni, possono convenire di ricorrere ad organismi di autodisciplina (art. 20). E' una scelta volontaria che non pregiudica il diritto del consumatore di adire l'Autorità Antitrust, o il giudice competente. Laddove le parti intendano quindi avvalersi di un organismo di autodisciplina, dovranno richiedere la sospensione del procedimento già avviato davanti l'Antitrust, con un'apposita istanza che provi l'esistenza e fornisca i dati per l'individuazione tanto dell'organismo dinnanzi al quale è in corso il procedimento quanto del procedimento stesso. In tal caso il responsabile del procedimento, ricevuta l'istanza di sospensione, ne darà comunicazione alle parti. Successivamente comunicherà loro la pronuncia del Collegio sull'istanza e provvederà alla futura tempestiva comunicazione della cessazione della causa di sospensione.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

E' indubbio il rilievo apportato nella tutela dei consumatori dall'approvazione dei Regolamenti sulle pratiche commerciali scorrette e sulla pubblicità ingannevole. Sono evidenti i limiti e l'inefficacia di un sistema di tutela esclusivamente rimesso al controllo giudiziario. Infatti, l'accesso alla giustizia da parte del consumatore spesso non è spedito, efficace, consapevole: bensì ricorrono una serie di ostacoli quali la scarsa educazione e l'assenza di un'adeguata informazione del cittadino consumatore su quali siano i suoi diritti e gli strumenti mediante i quali far valere le proprie pretese. Ed anche i costi elevati dell'azione giudiziaria spesso, al momento del bilancio tra gli oneri e i benefici che essa comporta, vanno a dissuadere il cittadino dall'intraprendere il cammino giudiziario.

Invece, i Regolamenti hanno riconosciuto ed affidato all'Autorità Antitrust un ruolo di primo piano nella tutela amministrativa del consumatore. Questa, differentemente dalla tutela tradizionale, reca una serie di vantaggi. Il consumatore può accedervi in maniera semplice e priva di costi, può fare affidamento su un sistema di controllo di tipo sostanziale contraddistinto da tempi più rapidi, dove la tutela si realizza indipendentemente dall'accertamento del verificarsi di un danno risarcibile.

Oggi il consumatore può optare per una tutela pubblicistica più estesa e penetrante rispetto alla precedente normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

La nuova disciplina ha portato a compimento, intervenendo su più versanti, un'esaustiva trasposizione sul piano concreto delle novità e delle norme introdotte dai D.lgs. n. 145 e 146 del 2 agosto 2007, in nome di una garanzia effettiva e completa degli interessi dei consumatori.

In quest'ottica i poteri dell'Autorità Antitrust sono stati potenziati sulla falsariga di quelli propri dell'attività esercitata a tutela della concorrenza.

I consumatori possono ora contare su un intervento dell'Autorità decisamente più ampio e dinamico, in quanto tra le novità più importanti ricorre la possibilità per la stessa di procedere d'ufficio. L'Autorità potrà così intervenire anche qualora il cittadino, non educato o disinformato, sia rimasto inerte e non abbia denunciato la pratica scorretta o il messaggio ingannevole (o comparativo illecito), e in tutti quei casi in cui la segnalazione sia incompleta. Al tempo stesso, sarà in grado di inquadrare e indirizzare la propria attività sui casi di maggiore gravità ed in vista dell'interesse pubblico da realizzare, tralasciando le fattispecie irrilevanti o di scarso impatto.

Il consumatore decidendo di avvalersi della tutela amministrativa piuttosto che di quella privatistica può assistere ad una cura tempestiva ed efficace dei propri interessi laddove l'Autorità ottenga ed

accetti l'adozione da parte del professionista di impegni idonei, concludendo così, immediatamente dopo l'avvio dell'istruttoria, il procedimento. Inoltre, l'intervento dell'Antitrust, d'ufficio o su denuncia, potrà realizzare una tutela ancor più rapida del consumatore in tutti quei casi, non contrassegnati da aspetti di particolare gravità, in cui il responsabile del procedimento, informato il Collegio, ottenga un riscontro positivo del professionista alla richiesta scritta di rimozione dei profili di possibile ingannevolezza o illiceità e archivi il caso senza procedere all'apertura della fase istruttoria.

Inoltre, i poteri dell'Antitrust sono stati ulteriormente rafforzati sotto due aspetti: da un lato, sono stati ampliati i poteri ispettivi, e dall'altro, il profilo sanzionatorio vede inaspriti i limiti edittali delle sanzioni amministrative pecuniarie, nonché la previsione di una sanzione da 10.000 a 150.000 euro irrogabile nelle ipotesi di inottemperanza ai provvedimenti dell'Autorità ed in caso di mancato rispetto degli impegni assunti.

In conclusione, quindi, è evidente come i D.lgs. n. 145 e 146 in vigore dal 21 settembre 2007 ed i Regolamenti sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette siano intervenuti nel mercato ponendo al centro la figura del cittadino consumatore e ridisegnando in suo favore il rapporto professionista-utente. Oggi le imprese sono soggette ad un controllo invasivo da parte dell'Autorità Antitrust e sono incentivate ad astenersi da comportamenti illeciti, in quanto sono sotto la costante pressione dell'Autorità che monitora, vigila e orienta le condotte attuative delle politiche d'impresa e delle strategie di marketing. L'Antitrust realizza così, grazie all'importante rafforzamento delle sue competenze e dei poteri di intervento, ispettivi e sanzionatori, un'incisiva regolamentazione del mercato ispirata alla tutela della libertà di scelta del consumatore e, di riflesso, del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

1.2 VENDITA A DISTANZA DI SERVIZI FINANZIARI (Ettore Battelli)

IL QUADRO NORMATIVO

L'art. 9 del D.lgs. n. 221/2007 (*Disposizioni correttive ed integrative del Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*) ha modificato il Codice del consumo introducendo i nuovi articoli da 67-bis a 67-vicies bis, con i quali il codice del consumo si arricchisce di una nuova sezione IV-bis dedicata alla "commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori". Si tratta di una sezione corposa di ben 21 articoli in attuazione della direttiva comunitaria n. 65/2002.

Bisogna al riguardo tenere presente che l'art. 3 della Dir. n. 7/1997/CE esclude dal suo campo di applicazione i servizi finanziari, mentre la Dir. n. 31/2000/CE sul commercio elettronico non è in grado di disciplinare compiutamente una materia così particolare come la commercializzazione dei servizi finanziari.

La sezione IV-bis del codice del consumo non contiene, pertanto, disposizioni nuove per l'ordinamento italiano. Le relative norme erano contenute, fino alla recente trasposizione nel codice del consumo, nel D.lgs. n. 190/2005. L'art. 21 D.lgs. n. 221/2007 ha abrogato il D.lgs. n. 190/2005 e le disposizioni che erano contenute in quest'ultimo decreto sono state inserite – con alcune modificazioni – negli artt. 67 ss. del codice del consumo.

Com'è noto, le altre Sezioni contenute nel medesimo Capo contengono disposizioni rispettivamente dedicate ai «*Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*» (Sez. I), ai «*Contratti a distanza*» (Sez. II), alle «*Disposizioni comuni*», con riferimento alle sanzioni ed al foro competente (Sez. III), nonché al «*Diritto di recesso*» (Sez. IV).

Con la trasposizione della disciplina *de qua* nel Codice del consumo, invero, non si sono registrati interventi modificativi delle singole disposizioni fino ad allora contenute nel D.lgs. n. 190 del 2005, fatte salve le necessarie correzioni dovute all'esigenza di aggiornare il riferimento ai mutati articoli o sezioni cui le singole disposizioni, di volta in volta, fanno rinvio, ovvero dovute all'esigenza di coordinamento con disposizioni contenenti nozioni ricorrenti, come quella di «contratto a distanza», già prevista all'art. 50 Cod. consumo e richiamata espressamente dall'art. 67-ter comma 1 lett. a.

La significatività dell'intervento normativo, dunque, non si apprezza tanto in riferimento alle singole disposizioni di tutela (che ripetono quelle già introdotte con il d. lgs. n. 190 del 2005), quanto con riguardo alle conseguenze prodotte sul piano sistematico e del coordinamento tra norme.

LE NORME

La novellazione ha perciò posto in essere numerose questioni di coordinamento normativo prodotte dal sistematico concatenarsi delle nuove disposizioni con l'impianto normativo preesistente.

La disciplina sui «contratti a distanza» e quella sulla «commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori» possono dirsi complementari, giacché intervengono entrambe per regolamentare l'attività contrattuale *business to consumer* instaurata attraverso tecniche di comunicazione a distanza. Il rapporto di complementarietà è evidente grazie alla novellazione dell'art. 51 comma 1 lett. a Cod. cons. ad opera dell'art. 7 D.lgs. n. 221/2007, ai sensi del quale la disciplina sui contratti a distanza non si applica alla disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari di cui agli artt. 67-bis ss. Cod. cons., di modo che, a seconda dell'oggetto del contratto concluso a distanza, finisce per trovare applicazione o l'una o l'altra disciplina.

La struttura normativa, gli aspetti considerati, le definizioni e le tecniche di tutela sono in larga parte somiglianti tra i due impianti legislativi. Si pensi, per esempio, alla definizione di «contratto a distanza» e di «tecnica di comunicazione a distanza», nonché al regime relativo alle informazioni, alla previsione del diritto di recesso *ad nutum*, al pagamento mediante carta, alla fornitura non richiesta, all'effettuazione di comunicazioni non richieste, all'onere della prova, all'irrinunciabilità dei diritti ed, infine, al regime sanzionatorio.

Come già rimarcato, tuttavia, nell'ambito dei contratti a distanza *business to consumer* la specificità dei servizi finanziari ha richiesto l'emanazione di norme *ad hoc*, in grado di contemperare i peculiari interessi in gioco e di mantenere in equilibrio i delicati assetti del mercato dei capitali. Differente, infatti, è l'atteggiarsi

del diritto di recesso, più puntiglioso è il regime delle informazioni, estremamente più rigoroso è il regime sanzionatorio.

V'è infatti da rimarcare che la definizione di «servizio finanziario» è estremamente ampia, riferendosi a «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale », come recita l'attuale art. 67 *ter* comma 1 lett. *b* Cod. consumo. Ne consegue che rientrano nella definizione in esame non solo gli «strumenti finanziari» e gli «strumenti finanziari derivati» di cui all'art. 1 T.u.i.f., ma, ad esempio, anche i «servizi di investimento», che vengono intesi come «attività» aventi «per oggetto strumenti finanziari ».

Non è richiesto, poi, che il «servizio finanziario» abbia natura intrinsecamente finanziaria, giacché la disciplina mostra, nel suo articolato, di trovare applicazione anche per le polizze assicurative r.c.a. e per le polizze assicurazione viaggio e bagagli o analoghe polizze a breve termine, anche di durata inferiore a un mese. Ciò si spiega in quanto la tecnica legislativa usata dal legislatore comunitario è volta a creare un quadro normativo unitario a tutela del consumatore per tutti i settori economici di rilevante importanza, classificati unitariamente sotto la dizione di «servizi finanziari» indipendentemente dai connotati ontologici del servizio.

Una prima questione che emerge con forza dalla trasposizione nel Codice del consumo della disciplina originariamente prevista nel D.lgs. n. 190 del 2005 concerne la definizione di «*servizi finanziari*». Quest'ultima, ora contemplata all'art. 67 *ter* comma 1 lett. *b* Cod. cons., prevede che per servizio finanziario debba intendersi «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale».

La criticità emerge dalla relazione stretta che tale articolo viene ad avere con quanto previsto all'art. 33 comma 3 ss. Cod. cons., in tema di clausole vessatorie, là dove si fa testuale riferimento ai «servizi finanziari ». Si ricorderà ad esempio che, ai sensi della disposizione poc'anzi citata, nei contratti intercorrenti tra professionista e consumatore, se questi hanno ad oggetto la prestazione di «servizi finanziari» a tempo indeterminato, il professionista, in deroga ai principi generali espressi alle lett. *h* e *m* del comma 2, può, in presenza di un giustificato motivo: *a*) esercitare il recesso anche senza preavviso, dandone comunicazione immediata al consumatore; *b*) variare le condizioni del contratto, mediante preavviso al consumatore entro congruo termine, con conseguente facoltà, per quest'ultimo, di esercitare il recesso dal contratto.

Si comprende bene che l'ampia nozione di servizi finanziari (comprensiva anche dei servizi assicurativi, inclusi quelli non intrinsecamente finanziari, i servizi di natura bancaria e creditizia, i servizi di pagamento e di previdenza individuale, oltre che di investimento) porta ad una dilazione del diritto di recesso immediato in favore del professionista e del *jus variandi* contemplati nell'art. 33 comma 3 Cod. cons., con conseguente compressione, per una serie di contratti economicamente rilevanti, della tutela altrimenti accordata al consumatore in forza della disciplina generale.

L'effetto che si registra, dunque, sembra essere quello di un'estensione della portata applicativa dell'eccezione prevista nell'art. 33 comma 3 Cod. cons., dato che la definizione di servizi finanziari, introdotta per iniziativa delle istituzioni comunitarie pur sempre nell'ambito dei contratti con i consumatori, finisce per perdere quella riferibilità quasi esclusiva ai contratti di cui al testo unico della finanza, ma va allargata a tutti i contratti relativi a servizi di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale. Se tale effetto era già prodotto dall'avvento della disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori per opera del d.lgs. n. 190 del 2005, la nuova collocazione all'interno del Codice del cons. amplifica la forza e la portata normativa del combinato disposto di cui agli artt. 33 comma 3 e 67-*ter* comma 1 lett. *b* Cod. cons.

Occorrerà pertanto monitorare l'applicazione di tali disposizioni, per evitare una sostanziale vanificazione della disciplina di tutela del consumatore in tema di clausole vessatorie, nonché per apportare eventuali correttivi, in sede nazionale o comunitaria, eventualmente previa debita segnalazione alle istituzioni dell'Unione europea.

Sotto il profilo sistematico sembra sia stato risolto, ora, il problema di coordinamento tra la disciplina sui contratti a distanza e quella sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Ad opera dell'art. 7 del D.lgs. n. 221 del 2007 (cd. «Decreto correttivo»), infatti, è stato novellato l'art. 51 comma 1 lett. *a* Cod. cons., ai sensi del quale restano esclusi dalla disciplina sui contratti a distanza i contratti relativi ai servizi finanziari, di cui agli artt. 67-*bis* ss. Vista l'estremamente ampia definizione di servizi finanziari contenuta nella disciplina ora trasposta nella Sezione IV-*bis* e dando atto anche delle modifiche della direttiva 97/7/CE, è stato altresì definitivamente abrogato anche l'allegato I al Codice del consumo, contenente un elenco esemplificativo di servizi finanziari da ritenersi esclusi dalla disciplina sui contratti a distanza.

Conseguentemente può affermarsi che le due discipline in questione siano tra loro in rapporto di complementarità, giacché sono stati evitati in radice ipotesi di sovrapposizione degli ambiti di applicazione delle due discipline per una medesima fattispecie.

Altro rilievo critico riguarda, invece, la parziale sovrapponibilità tra la disciplina in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori *ex artt. 67 bis ss. Cod. cons.*, da un lato, e quella dettata in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, contemplata agli artt. 45 ss. del medesimo corpo normativo, dall'altro.

V'è al riguardo da tener conto che proprio l'art. 45 comma 1 lett. *d* Cod. cons. consente di applicare l'intera disciplina sui «contratti negoziati fuori dei locali commerciali» ai contratti che siano stati stipulati «per corrispondenza».

Al contempo, le ipotesi di esclusione previste dall'art. 46 comma 1 lett. *c* e *d* Cod. cons., consentono di ritenere inapplicabile la disciplina in questione solamente ai «contratti di assicurazione» ed ai «contratti relativi a strumenti finanziari».

In altre parole, sussisterebbe una sovrapponibilità normativa tra le due discipline ora in parola per tutti quei contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» diversi dai contratti di «assicurazione» e dai contratti relativi a «strumenti finanziari», conclusi avvalendosi della «corrispondenza» quale tecnica di comunicazione a distanza.

Inoltre, va considerato che attualmente la «corrispondenza» è la tecnica di commercializzazione a distanza più diffusa per la commercializzazione a distanza di servizi finanziari, per cui la concorrente applicazione della disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali ha una indubbia rilevanza pratica.

Peraltro, finiscono per essere ricompresi nell'area di sovrapposizione normativa sopra individuata numerosi contratti aventi ad oggetto servizi: *a)* di natura bancaria; *b)* di natura creditizia; *c)* di pagamento; *d)* di previdenza individuale; *e)* di investimento in senso lato, con particolare riferimento ai servizi di investimento ed ai servizi accessori di cui all'art. 1 comma 5 D.lgs. n. 58 del 1998.

Per tali contratti, infatti, potrebbe verificarsi che taluni importanti istituti di tutela non trovino applicazione nell'ambito della disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori *ex artt. 67 bis ss. Cod. cons.*, ma che, stante la possibilità di una concorrente applicazione della disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, i medesimi istituti finiscono per essere applicati in forza dell'operatività delle disposizioni di cui agli artt. 45 ss. del medesimo Codice.

Analoghi problemi di coordinamento sono presenti, per la verità, anche per le fattispecie che rientrano nel campo di applicazione sia della disciplina sui contratti a distanza di cui agli artt. 50 ss. sia della disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali di cui agli artt. 45 ss. Com'è noto, però, la parziale sovrapposizione normativa tra queste ultime due discipline è stata regolamentata dal legislatore, il quale ha opportunamente previsto, sin dal testo originario del Codice del consumo, l'art. 45 comma 3, ai sensi del quale si applicano, se più favorevoli, le disposizioni contenute nella Sezione II sui «contratti a distanza».

Con la novellazione del Codice del consumo, però, il legislatore ha ommesso di dettare analoghe norme di coordinamento tra la disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e quella sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Sul punto, pertanto, v'è da considerare opportuna un'ulteriore norma di coordinamento, volta a chiarire il rapporto sussistente tra la disciplina ora prevista agli artt. 67-bis ss., e quella già contemplata agli artt. 45 ss. Cod. Cons.

In assenza di un intervento normativo, l'interprete potrebbe ritenere invocabili, per il consumatore, le norme di maggior favore previste dall'una o dall'altra disciplina.

È peraltro indubbio che la normativa in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori sia speciale *ratione materiae* rispetto alla disciplina sui contratti a distanza e fuori dai locali commerciali.

Invero la normativa sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, nel contemplare le ipotesi di esclusione, prevede in maniera specifica solamente determinati «servizi finanziari» e non tutti, mostrando di fare scelte precise nell'individuazione dell'ambito di applicazione.

Altrettanto dicasi per la previsione della conclusione del contratto tramite «corrispondenza», che appare frutto di precise scelte di estensione di tutela del consumatore specificamente considerate. La tecnica legislativa impiegata in entrambi i casi (sia per la parziale esclusione di determinati servizi finanziari, sia per estendere la disciplina all'uso di una sola delle possibili tecniche di comunicazione a distanza), infatti, sembra essa stessa aver voluto introdurre ipotesi di specialità e di eccezionalità, di cui non può non tenersi conto in sede interpretativa.

Infine si rileva che l'introduzione della disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori nel codice del consumo ha portato effetti rilevanti anche riguardo al rapporto con la disciplina sul commercio elettronico.

Nell'art. 68 Cod. cons., infatti, si prevede espressamente che si applicano, per gli aspetti non disciplinati nel codice, le disposizioni di cui al D.lgs. n. 70 del 2003. Tale norma ha l'effetto di regolare anche i possibili conflitti normativi, disponendo che le disposizioni rese in materia di commercio elettronico ex D.lgs. n. 70 del 2003 sono destinate a trovare applicazione solamente qualora altre norme del codice del consumo non abbiano già disciplinato la materia di volta in volta in esame. Pertanto, con riguardo alla disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, v'è da ritenere che la stessa abbia ora, in caso di conflitto tra norme, un'applicazione prevalente rispetto a quella in tema di commercio elettronico, destinata ad avere un valore, in linea di principio, sussidiario.

L'IMPATTO SUL MERCATO E IN PARTICOLARE SUI CONSUMATORI/UTENTI

Altro involontario effetto sistematico prodotto dall'inserimento dell'intera Sezione IV-*bis* nel Codice del consumo opera sul piano sanzionatorio.

Si noti, al riguardo, che la disciplina sulla Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori ha un proprio apparato sanzionatorio piuttosto articolato racchiuso nell'art. 67-*septies decies*, che in sintesi prevede, salvo altro:

1) sanzione amministrativa pecuniaria da 5 mila a 50 mila euro per ciascuna violazione; 2) nullità del contratto se il fornitore: *a)* ostacola l'esercizio del diritto di recesso; *b)* non rimborsa le somme eventualmente pagate dal consumatore; *c)* viola l'obbligo di informativa precontrattuale in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del contratto; 3) risarcimento del danno.

L'inserimento nel Codice del consumo della disciplina in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, tuttavia, essendo stata ubicata nella Sezione IV-*bis* del «Capo I» dedicato alle particolari modalità di conclusione del contratto, finisce per essere assoggettato, al contempo, anche alle previsioni contenute nell'intera Sezione III (rubricata «Disposizioni comuni»), contenente non solo l'art. 63 sul «foro competente», ma anche l'art. 62 sulle «sanzioni».

Ebbene, tale ultimo articolo, non corretto in sede di novellazione del Codice del consumo, sin dal suo *incipit* estende l'applicazione delle sanzioni pecuniarie a quel «professionista che contravviene alle norme di cui al presente capo», dovendosi però ritenere incluse anche le norme sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Si tenga conto, però, che la disposizione in esame contiene significative divergenze rispetto alla disciplina sanzionatoria inserita nella Sezione IV-*bis*, a cominciare dai limiti edittali sensibilmente più modesti (da 516 a 5.165 euro). È peraltro diverso anche il regime di accertamento e di applicazione delle sanzioni. L'art. 62 comma 2, poi, prevede una definizione di recidiva, ai fini dell'applicazione del raddoppiamento dei limiti edittali della sanzione pecuniaria applicabile che non compare nel corrispondente art. 67-*septies decies*.

Concludendo, l'informazione costituisce un elemento importante per la tutela del consumatore. Gli operatori del mercato non godono tutti dello stesso livello informativo. Esistono asimmetrie che tendono ad avvantaggiare il contraente forte a scapito del contraente debole. Più la materia è tecnica e complessa, maggiori tendono a essere le asimmetrie informative. I settori assicurativo, bancario e finanziario ne costituiscono un significativo esempio. Le norme in questione cercano, pertanto, di ridurre queste asimmetrie.

La finalità ultima è quella di realizzare mercati più efficienti, fondati su una ragionevole fiducia dei contraenti deboli nei confronti dei contraenti forti.

Nel settore dei contratti a distanza, l'elemento dell'informazione del consumatore assume un'importanza ancora maggiore, in quanto manca il contatto personale fra i soggetti interessati.

Rispetto ad altri settori, nella materia dei servizi finanziari, le informazioni sono di centrale rilevanza anche per un'altra ragione. Dati e notizie servono non solo per il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale fra fornitore e consumatore (funzione «privatistica»), ma le informazioni sono utili anche per assicurare il buon funzionamento dei mercati finanziari (funzione «pubblicistica»). Esse consentono che vengano effettuate consapevoli scelte d'investimento e rafforzano dunque la fiducia dei consumatori nell'efficienza dei mercati.

1.3 L'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA (Enrico Minervini)

IL QUADRO NORMATIVO

La tutela collettiva dei consumatori, quale risulta dagli articoli 37 e 140 del codice del consumo, è una tutela di tipo inibitorio: il giudice inibisce, e cioè vieta, l'uso delle condizioni generali di contratto di cui accerti la vessatorietà o abusività (cfr. l'art. 37 Cod. cons.) ovvero il compimento di atti lesivi degli interessi dei consumatori [cfr. l'art. 140, comma 1, lett. a) Cod. cons.]. Il giudice può anche adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti «dannosi» delle violazioni accertate [cfr. l'art. 140, comma 1, lett. b) Cod. cons.]: ma è convincimento diffuso che per il tramite di tale norma non possano trovare ingresso azioni risarcitorie da parte delle associazioni dei consumatori. Infatti, il risarcimento del danno spetta non all'associazione dei consumatori, ma al singolo consumatore danneggiato dalla violazione. Il danno, pur trovando origine in un illecito di tipo collettivo o plurioffensivo, che lede cioè i diritti di una pluralità di consumatori, è rappresentato dalla somma dei danni scaturenti da tale illecito nelle sfere dei singoli consumatori.

Rimane aperto così il problema di assicurare ai consumatori, a fronte di illeciti plurioffensivi, che ledono cioè i diritti di una pluralità di consumatori, una tutela collettiva (non soltanto inibitoria ma anche e soprattutto) risarcitoria: problema venuto prepotentemente alla ribalta negli ultimi anni, a seguito di una serie di ben note vicende. Si pensi al *crack* della Parmalat e della Cirio, ed al *default* della Repubblica Argentina: secondo la prospettazione dei consumatori, accanitamente contestata dalle banche, talune di queste avrebbero venduto a migliaia di consumatori-risparmiatori titoli emessi dalla Parmalat, dalla Cirio e dalla Repubblica Argentina, tacendo il gravissimo rischio connesso alla imminente, e poi puntualmente verificatasi, insolvenza delle emittenti, sicché i consumatori avrebbero acquistato a caro prezzo titoli ben presto rivelatisi di valore prossimo allo zero. Si pensi altresì alle intese anticoncorrenziali, vietate dalla legge, tra talune imprese del settore assicurativo: secondo la tesi dei consumatori, vigorosamente contestata dalle compagnie di assicurazione, migliaia di consumatori avrebbero stipulato polizze di assicurazione pagando premi ingiustamente superiori a quelli definibili applicando i parametri della corretta tecnica assicurativa, per effetto delle intese illecite in funzione anticoncorrenziale intercorse tra talune compagnie.

A favore dell'introduzione nell'ordinamento italiano di una tutela collettiva risarcitoria dei diritti dei consumatori si sono addotti svariati argomenti, che in sintesi possono essere così rappresentati. Una (efficiente) tutela collettiva risarcitoria: I) consente l'accesso alla giustizia civile anche per il piccolo contenzioso seriale, dato che il singolo consumatore, se subisce un danno di lieve ammontare, sovente non adisce la giustizia, in quanto i tempi e soprattutto i costi della stessa lo dissuadono; II) deflaziona il contenzioso civile, realizzando una economia processuale, in quanto un unico giudizio collettivo si sostituisce ad una pluralità di giudizi individuali promossi dai singoli consumatori; III) elimina il rischio di trattamenti giudiziali difformi, e cioè il rischio che il consumatore Tizio si veda dare ragione da un giudice ed il consumatore Caio si veda dare torto da un altro giudice, nonostante che le questioni di fatto e di diritto trattate nei due giudizi siano pressoché identiche; IV) riequilibra le posizioni di forza nella lite, impedendo che il consumatore, parte debole, sia alla mercè del professionista, parte forte, che, in un'ottica di oculata gestione delle controversie seriali, può ricorrere ai migliori legali e consulenti, essendo disposto a spendere somme di denaro che il singolo consumatore non può o non vuole spendere; V) funge da deterrente nei confronti del professionista, e cioè lo dissuade dal compiere illeciti in danno dei consumatori, anche per il discredito commerciale che la proposizione di un giudizio collettivo può arrecare al professionista, generalmente attento all'esigenza di salvaguardare la propria immagine.

Non sono mancate, specialmente per intuibili ragioni in ambienti imprenditoriali, voci contrarie all'introduzione nell'ordinamento italiano di una tutela collettiva risarcitoria, considerata addirittura come una «clava anticapitalistica». Si è sottolineato, così, che l'introduzione di tale tutela rischierebbe di far esplodere un contenzioso selvaggio, che finirebbe per annullare ogni beneficio di economia processuale, e verrebbe a costituire una minaccia per gli imprenditori, esposti continuamente al rischio di ricatti da parte di soggetti senza scrupoli.

Il legislatore italiano, dopo una lunga e travagliata serie di infruttuose iniziative parlamentari, ha sorprendentemente istituito l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori nell'art. 2, commi 445, 446, 447, 448 e 449 della L. 24 dicembre 2007, n. 244, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (L. finanziaria 2008): e la sorpresa è dovuta al fatto che la materia della

tutela collettiva risarcitoria dei consumatori sembrava finita ormai nel dimenticatoio della politica, nonché alla circostanza che la legge finanziaria appariva ed appare il luogo meno adatto per disciplinare tale materia. Il cuore della nuova disciplina è rappresentato dall'art. 2, comma 446, della L. finanziaria 2008, che inserisce nel codice del consumo, dopo l'art. 140, l'art. 140-*bis*, rubricato «azione collettiva risarcitoria».

LE NORME

L'art. 140-*bis*, comma 1, del codice del consumo (e vedi anche i commi 3 e 6 della medesima norma) statuisce che il giudice competente a conoscere le azioni collettive risarcitorie è il giudice ordinario, e precisamente il tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa convenuta, non essendo invece applicabile l'art. 20 c.p.c. Naturalmente, se l'imprenditore è una persona fisica – ipotesi, questa, trascurata dal legislatore – e non una persona giuridica o un ente privo di personalità giuridica, occorre prendere in considerazione, al posto della sede, la residenza o il domicilio o, se questi sono sconosciuti, la dimora dell'imprenditore stesso, al fine di individuare il giudice competente.

L'art. 50-*bis*, comma 1, n. 7-*bis*, c.p.c., nel testo modificato dall'art. 2, comma 448, della L. finanziaria 2008, precisa che il tribunale giudica in composizione collegiale, e non in composizione monocratica, nelle cause di cui all'art. 140-*bis* Cod. cons.

L'art. 140-*bis*, comma 1 Cod. cons. riconosce la legittimazione attiva alle associazioni di cui al comma 1 dell'art. 139 Cod. cons., e cioè alle associazioni inserite nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, di cui all'art. 137 Cod. cons.

L'art. 140-*bis*, comma 1 Cod. cons. attribuisce peraltro la legittimazione attiva anche ai soggetti di cui alla comma 2 della stessa norma, e cioè alle associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

Criticabile è il legislatore per non aver dettato i criteri idonei a stabilire se l'associazione o il comitato sia «adeguatamente» rappresentativo: nel silenzio della norma, il compito è interamente rimesso alla sensibilità del giudice, che terrà conto, presumibilmente, della consistenza numerica dell'associazione o del comitato, della sua diffusione sul territorio, dell'ampiezza della sua struttura, dei suoi scopi quali risultano dallo statuto, della continuità della sua azione, e così via (ma non si può negare che taluno dei parametri testé indicati sia difficilmente compatibile con alcune caratteristiche che normalmente il comitato ha, come ad esempio la durata temporanea o la struttura «chiusa»).

Insomma, le associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale sono legittimate a proporre tanto l'azione inibitoria di cui agli articoli 37 e 140 Cod. cons. quanto l'azione risarcitoria di cui all'art. 140-*bis* Cod. cons., laddove le associazioni e i comitati che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere sono legittimati a proporre non l'azione inibitoria ma soltanto l'azione risarcitoria.

L'art. 140-*bis*, comma 3 Cod. cons. precisa che la domanda collettiva risarcitoria è dichiarata inammissibile dal tribunale con apposita ordinanza tra l'altro quando sussiste un «conflitto di interessi» tra l'associazione o il comitato e la pluralità dei consumatori o degli utenti danneggiati: si pensi all'ipotesi di azioni proposte da associazioni o comitati di comodo (magari «foraggiati» dagli imprenditori), apparentemente a tutela degli interessi collettivi, ma in realtà dirette a favorire l'imprenditore convenuto che, a fronte di un'azione collettiva risarcitoria condotta distrattamente e sciattamente da parte dell'associazione o del comitato, può rifarsi la perdita verginità vincendo la causa a scapito degli interessi collettivi dei consumatori o degli utenti.

L'art. 140-*bis*, comma 3 Cod. cons. non precisa se la domanda collettiva risarcitoria possa essere dichiarata inammissibile con ordinanza anche per difetto di legittimazione attiva, e cioè perché l'associazione o il comitato non è adeguatamente rappresentativo degli interessi collettivi fatti valere. Un'interpretazione meramente letterale della norma porterebbe ad escluderlo: ma in senso opposto si potrebbe richiamare l'esigenza di sgombrare (definitivamente, senza che sul punto il giudice debba e/o possa tornare in sentenza) il campo dal rischio che la questione del difetto di legittimazione attiva sia rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, e finisca per rappresentare una sorta di «mina vagante» per tutto il corso del giudizio.

L'elencazione dei soggetti dotati di legittimazione attiva, sin qui svolta, deve considerarsi tassativa: così, non sono legittimati né i singoli consumatori (non riuniti in associazione o in comitato) né le associazioni rappresentative dei professionisti né le Camere di commercio.

L'art. 140-*bis*, comma 1 Cod. cons. (e vedi anche i commi 4 e 6 della stessa norma) riconosce la legittimazione passiva all'impresa, e non al professionista: ne consegue che, stando almeno ad un'interpretazione meramente letterale, il lavoratore autonomo, esercente o no un'attività intellettuale, è carente di legittimazione passiva, sicché l'azione collettiva risarcitoria non può essere proposta in suo danno.

All'interprete non resta che rammaricarsi della scelta compiuta dal legislatore, che finisce per «sgretolare» la categoria del professionista all'interno del codice del consumo.

Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 1 Cod. cons., le associazioni ed i comitati sopra indicati sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito dei rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando siano lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

Da una semplice lettura della norma è agevole desumere che la rubrica dell'art. 140-*bis* Cod. cons. – azione collettiva risarcitoria – non è del tutto esatta: la norma disciplina l'azione collettiva non soltanto risarcitoria ma anche restitutoria. Del pari non è difficile dedurre che il nuovo strumento di tutela, contemplato in tale articolo, non è uno strumento «generale», come proclama invece solennemente il citato art. 2, comma 445, della L. finanziaria 2008: l'azione collettiva è esperibile soltanto nelle ipotesi espressamente previste (contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c.; atti illeciti extracontrattuali; pratiche commerciali scorrette; comportamenti anticoncorrenziali).

In particolare, per quanto concerne la materia contrattuale, il legislatore limita l'ambito di applicazione dell'art. 140-*bis* Cod. cons. ai soli contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., con esclusione di quelli stipulati ai sensi dell'art. 1341 c.c., del contratto predisposto appositamente per una singola operazione e del contratto oggetto di trattative. L'esclusione del contratto predisposto appositamente e del contratto oggetto di trattative appare ragionevole: i soggetti sopra indicati agiscono a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, e non degli interessi del singolo consumatore, quando siano lesi i diritti di una pluralità di consumatori, e non di un singolo consumatore. Diversamente è a dirsi per i contratti stipulati ai sensi dell'art. 1341 c.c., che hanno nell'ordinamento italiano una disciplina in larga parte coincidente con quella dei contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., in quanto identiche sono le finalità di tutela dell'aderente quale parte debole.

Deve aggiungersi che il legislatore limita l'esperibilità dell'azione collettiva risarcitoria al caso in cui siano lesi i diritti di una pluralità di consumatori o utenti, ma ben si guarda dal precisare quando si abbia tale pluralità: è sufficiente che siano lesi i diritti di cento consumatori, od invece è necessario che la lesione riguardi mille consumatori, o addirittura diecimila consumatori? Nel silenzio dell'art. 140-*bis* Cod. cons., il compito di tradurre in termini numerici il concetto di pluralità di consumatori non può che spettare al giudice. Per giunta, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 3, Cod. cons., la domanda collettiva risarcitoria è dichiarata inammissibile con apposita ordinanza tra l'altro quando il giudice «non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela» ai sensi dell'art. 140-*bis* Cod. cons.: e sembra che in tanto sussista un interesse collettivo in quanto siano lesi i diritti di una pluralità di consumatori o utenti.

Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 2 Cod. cons., i consumatori o gli utenti che intendano avvalersi dell'azione collettiva risarcitoria debbono comunicare per iscritto al soggetto che ha proposto l'azione stessa la propria adesione (c.d. *opt-in*: e molto si è discusso, durante i lavori preparatori, se anziché un meccanismo di *opt-in* fosse invece preferibile adottare un meccanismo di *opt-out*, secondo cui i consumatori o gli utenti che non intendono avvalersi dell'azione collettiva risarcitoria debbono comunicarlo per iscritto al soggetto che ha proposto l'azione stessa). L'adesione può essere comunicata durante l'intero corso del giudizio di primo grado innanzi al tribunale, ed anche nel corso del giudizio di secondo grado innanzi alla corte di appello, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Nel giudizio collettivo risarcitorio è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto (si intende, nei limiti temporali in cui le norme, che disciplinano il processo civile, lo consentano). Il legislatore intende riferirsi al c.d. intervento adesivo autonomo, di cui all'art. 105, comma 1, c.p.c., mediante il quale il consumatore propone nei confronti dell'imprenditore convenuto una domanda risarcitoria connessa con quella originariamente proposta dall'associazione o dal comitato. Benché non sia espressamente previsto, è ammissibile pure il c.d. intervento adesivo dipendente, di cui all'art. 105, comma 2, c.p.c., mediante il quale il consumatore si limita a sostenere le ragioni dell'associazione o del comitato, avendo interesse a che l'associazione o il comitato vinca la causa.

Per facilitare l'adesione o l'intervento dei singoli consumatori o utenti, il giudice, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 3 Cod. cons., se ritiene ammissibile la domanda collettiva risarcitoria, dispone che, a cura di chi ha proposto l'azione venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione stessa.

L'adesione o l'intervento dei singoli consumatori o utenti produce effetti rilevanti: ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 5 Cod. cons., la sentenza che definisce il giudizio collettivo risarcitorio fa stato non soltanto tra le

parti in causa – soggetto che ha proposto l'azione, impresa convenuta, consumatori od utenti che hanno spiegato intervento – ma anche nei confronti dei consumatori o degli utenti che hanno aderito all'azione: e ciò avviene tanto se la domanda venga accolta, quanto se la domanda venga respinta, e cioè quale che sia l'esito del giudizio collettivo risarcitorio. Invece, per i consumatori o gli utenti che non hanno aderito e non hanno spiegato intervento, la sentenza, di accoglimento o di rigetto, che definisce il giudizio collettivo risarcitorio non fa stato: essi possono agire individualmente per il risarcimento dei danni subiti, senza potersi avvalere della sentenza di accoglimento, ma senza vedersi opporre la sentenza di rigetto.

Peraltro, un'interpretazione letterale dell'art. 140-*bis*, comma 2 Cod. cons., secondo cui i consumatori o gli utenti debbono comunicare la propria adesione per iscritto soltanto al soggetto che ha proposto l'azione collettiva risarcitoria, e non all'impresa convenuta, rischierebbe di svuotare di contenuto il disposto dell'art. 140-*bis*, comma 5 Cod. cons., testè illustrato: vi è infatti da temere che, se il soggetto proponente è senza scrupoli, in ipotesi di accoglimento della domanda collettiva risarcitoria gli aderenti si moltiplichino (con l'unico limite posto dall'art. 2704, comma 1, c.c.), ed in ipotesi di rigetto della domanda collettiva risarcitoria gli aderenti si riducano, o addirittura si azzerino. L'impresa convenuta, insomma, si vedrebbe costretta a difendersi «al buio», e cioè senza conoscere la reale portata economica della lite. Sembra allora preferibile sostenere che il soggetto che ha proposto l'azione collettiva risarcitoria deve produrre in udienza, o depositare in cancelleria, le dichiarazioni di adesione a mano a mano che le riceve dai consumatori o dagli utenti: l'adesione deve essere portata a conoscenza dell'impresa convenuta, e quindi il soggetto proponente deve spendere il nome dei consumatori o degli utenti che rappresenta.

Sin qui si è trattato degli effetti per così dire processuali dell'adesione o dell'intervento dei singoli consumatori o utenti; è giunto il momento di trattare degli effetti sostanziali.

L'art. 140-*bis*, comma 2 Cod. cons. statuisce che l'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria o, se successiva, l'adesione alla stessa produce gli effetti interruttivi (o meglio, interruttivo-sospensivi) della prescrizione, ai sensi dell'art. 2945 c.c.

La norma è oscura. Deve premettersi che l'adesione all'azione collettiva risarcitoria è, normalmente, posteriore alla proposizione dell'azione stessa, ma non si può escludere che l'adesione possa essere anche anteriore: si pensi, ad esempio, al comitato che raccolga le adesioni prima di proporre l'azione ai sensi dell'art. 140-*bis* Cod. cons. Se questo è vero, la norma in esame può essere così interpretata: se l'adesione è anteriore, gli effetti interruttivi sono prodotti dall'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria; se l'adesione è posteriore, gli effetti interruttivi sono prodotti dall'adesione stessa (o meglio dalla comunicazione dell'adesione all'impresa convenuta); in caso di intervento, gli effetti interruttivi sono prodotti dall'intervento stesso. Ne consegue che l'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria non produce effetti interruttivi con riferimento ai diritti dei consumatori o degli utenti che non aderiscono o non intervengono, come può argomentarsi dal citato art. 140-*bis*, comma 5 Cod. cons.

Come si è illustrato in precedenza, una delle argomentazioni frequentemente addotte contro l'introduzione nell'ordinamento italiano dell'azione collettiva risarcitoria è che essa rappresenterebbe una sorta di minaccia per gli imprenditori, esposti al rischio di «ricatti» da parte di soggetti senza scrupoli. Del pericolo di azioni collettive risarcitorie infondate e strumentali, finalizzate soltanto a spillare quattrini alle imprese, ha tenuto conto il legislatore, prevedendo nell'art. 140-*bis*, comma 3 Cod. cons. una sorta di «filtro»: alla prima udienza, il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio.

La domanda è dichiarata inammissibile: I) quando è manifestamente infondata; II) quando sussiste un conflitto di interessi; III) quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi dell'art. 140-*bis* del codice del consumo. In realtà, soltanto nell'ipotesi *sub* I) il «filtro» è diretto a proteggere l'imprenditore, impedendo giudizi ricattatori; il «filtro» è destinato invece a tutelare i consumatori nell'ipotesi *sub* II), ed interessi generali, di efficienza della giustizia civile, nell'ipotesi *sub* III).

E' dubbio, invece, se la domanda possa essere dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione attiva, e cioè perché l'associazione o il comitato non è adeguatamente rappresentativo degli interessi collettivi fatti valere.

Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente (ad esempio, Autorità garante della concorrenza e del mercato, in tema di pratiche commerciali scorrette e di comportamenti anticoncorrenziali): evidentemente, il legislatore ritiene che le risultanze dell'istruttoria svolta innanzi ad un'autorità indipendente possano essere utili al giudice al fine di pronunciare sull'ammissibilità della domanda.

Infine, il giudice, se ritiene ammissibile la domanda, da un lato dispone che, a cura del soggetto che ha proposto l'azione, venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione stessa, onde facilitare l'adesione o l'intervento dei singoli consumatori o utenti, e dall'altro dà i provvedimenti opportuni per la prosecuzione del giudizio.

Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 1 Cod. cons., il soggetto proponente richiede al giudice l'accertamento del diritto al risarcimento del danno ed alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti. Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 4 Cod. cons., in caso di accoglimento della domanda il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che abbiano aderito all'azione o siano intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina anche la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente: sembra che la norma faccia anche qui riferimento soltanto ai consumatori o utenti che abbiano aderito o siano intervenuti, e non ai consumatori o utenti che siano rimasti estranei all'azione collettiva risarcitoria (argomenta dall'art. 140-*bis*, comma 5 Cod. cons., ai sensi del quale la sentenza fa stato, oltre che tra le parti – soggetto proponente, impresa convenuta e consumatori o utenti intervenuti –, soltanto nei confronti dei consumatori o utenti che abbiano aderito).

La natura della sentenza è quanto mai disputata. Secondo un'interpretazione meramente letterale della norma, si tratterebbe di una sentenza di mero accertamento.

In dottrina vi è peraltro chi sostiene che il contenuto della sentenza si potrebbe in qualche modo avvicinare a quelli indicati nell'art. 278, commi 1 e 2, c.p.c.: ai sensi di questa norma, quando è accertata la sussistenza di un diritto ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il giudice può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione; in tal caso il giudice, con la stessa sentenza, può condannare il debitore al pagamento di una provvisoria, nei limiti della quantità per cui ritiene già raggiunta la prova.

In realtà, la sentenza in parola accerta la responsabilità dell'imprenditore e la sussistenza del diritto al risarcimento del danno in capo ai consumatori, e cioè accerta l'*an* (se il danno sussiste), ma può anche determinare, provvisoriamente, il *quantum* (l'ammontare del danno, e cioè la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore).

Per quanto non espressamente previsto dall'art. 140-*bis* Cod. cons. il giudizio collettivo risarcitorio è regolato dalle norme che disciplinano il rito ordinario (ovvero altro rito speciale, qualora si tratti di una controversia ad esso soggetta: si pensi ad una controversia in materia di intermediazione mobiliare soggetta al c.d. rito societario).

Con la sentenza termina la prima fase dell'azione collettiva risarcitoria: occorre procedere poi – si intende, in caso di sentenza di accoglimento, totale o parziale, della domanda proposta dall'associazione o dal comitato – alla determinazione della somma spettante a ciascun consumatore o utente che abbia aderito all'azione o sia intervenuto nel giudizio. Si apre così la seconda fase. In altre parole, la tutela collettiva risarcitoria è scissa in due fasi distinte (c.d. struttura bifasica): vi è un giudizio sull'*an*, nel corso del quale si accerta la responsabilità dell'imprenditore e la sussistenza del diritto al risarcimento del danno in capo ai consumatori, cui seguono procedure conciliative e/o giudizi individuali sul *quantum*, finalizzati a determinare l'esatto ammontare del credito spettante a ciascun consumatore aderente o interveniente.

Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 4, del codice del consumo, nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'imprenditore rimasto soccombente propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto e comunicato a ciascun avente diritto (e cioè, a quanto sembra di capire, a ciascun consumatore o utente aderente o interveniente), e depositato nella cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza. Insomma, l'imprenditore deve – ma nessuna sanzione è invero prevista a carico dell'imprenditore che non provveda a tanto – procedere a quantificare la somma da corrispondere ai singoli consumatori o utenti aderenti o intervenienti, sulla scorta dei criteri fissati nella sentenza.

Se il singolo consumatore o utente interveniente o aderente accetta la proposta dell'imprenditore soccombente, nessun problema: l'imprenditore deve corrispondere la somma di cui alla proposta ed all'accettazione sotto pena in difetto di esecuzione forzata, in quanto, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 4, del codice del consumo, la proposta in qualsiasi modo accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

Per l'ipotesi in cui la proposta non venga formulata nei sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, e per l'ipotesi in cui non vi sia stata accettazione della proposta da parte di tutti i destinatari della stessa, e cioè da parte di tutti i consumatori o utenti aderenti o intervenienti, nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della proposta, dispone l'art. 140-*bis*, comma 6 Cod. cons.: il presidente del tribunale che ha pronunciato la sentenza costituisce un'apposita camera di conciliazione per la determinazione delle somme

da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti aderenti o intervenienti che ne facciano domanda, e cioè che chiedano che si proceda a tale determinazione. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dall'associazione o dal comitato che ha proposto l'azione collettiva risarcitoria e da un avvocato indicato dall'imprenditore convenuto in giudizio, ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori.

La camera di conciliazione cerca appunto di conciliare le parti – l'imprenditore soccombente ed i singoli consumatori o utenti aderenti o intervenienti –, e cioè di farle giungere ad un accordo sul *quantum* del danno, sulla scorta dei criteri fissati nella sentenza. In ipotesi affermativa, la camera di conciliazione redige un apposito verbale di conciliazione; il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 6 Cod. cons.

In alternativa al ricorso alla camera di conciliazione, su concorde richiesta dell'associazione o del comitato che ha proposto l'azione collettiva risarcitoria e dell'imprenditore convenuto in giudizio, il presidente del tribunale dispone che il tentativo di conciliazione abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del D.lgs 17 gennaio 2003, n. 5, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale: così dispone l'art. 140-*bis*, comma 6 Cod. cons. Si tratta degli organismi di conciliazione delle controversie in materia societaria, di intermediazione mobiliare, ecc.

Evidentemente, il legislatore auspica che la liquidazione del danno spettante ai singoli consumatori aderenti o intervenienti avvenga in sede conciliativa, onde evitare che un ulteriore carico di lavoro finisca per ingolfare ulteriormente la già sovraccarica macchina della giustizia civile.

Naturalmente, il singolo consumatore o utente aderente o interveniente che non abbia conciliato può sempre promuovere un autonomo giudizio individuale, e cioè rivolgersi al giudice e chiedere che questi proceda alla esatta quantificazione della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, sulla scorta dei criteri fissati nella sentenza che ha accolto la domanda proposta dall'associazione o dal comitato, ed alla condanna dell'imprenditore al relativo pagamento.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

Ai sensi dell'art. 2, comma 447, della L. finanziaria 2008, le disposizioni di cui allo stesso art. 2, commi da 445 a 449, concernenti l'azione collettiva risarcitoria, diventano efficaci decorsi centottanta giorni dal 1° gennaio 2008, data di entrata in vigore della L. finanziaria 2008: pertanto, le nuove norme, che disciplinano l'azione collettiva risarcitoria, producono effetti a partire dal 30 giugno 2008.

Peraltro, dato che le nuove norme hanno natura processuale, dal 30 giugno 2008 sarà possibile promuovere un'azione collettiva risarcitoria anche per illeciti plurioffensivi commessi da un imprenditore anteriormente a quella data.

1.4 VENDITE PIRAMIDALI (Elisabetta Quagliato)

IL QUADRO NORMATIVO

La normativa di riferimento delle c.d. «vendite piramidali» è costituita dalla L. 17 agosto 2005, n. 173 (pubblicata in *G.U.*, 2 settembre 2005, n. 204) intitolata «Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali».

È necessario, tuttavia, fin d'ora rilevare che gli artt. 5, comma 1 e 7 di tale legge sono stati successivamente abrogati dall'art. 5 del D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 («attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento CE n. 2006/2004», pubblicato in *G.U.* 6 settembre 2007, n. 207), nella parte in cui si riferiscono a forme di vendita piramidali tra consumatori e professionisti.

Tale distinzione si è resa necessaria dal momento che, quasi contemporaneamente all'approvazione della L. n. 173 del 2005, il legislatore comunitario approvava la Dir. 2005/29/CE (pubblicata in *G.U.C.E.*, 11 giugno 2005, serie L 149), sulle «pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno» il cui allegato 1 conteneva un elenco di pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali: tra queste, erano inserite anche le vendite piramidali.

Nel recepimento - avvenuto con il D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (relativo all'«attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole») e con il citato D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 - il legislatore nazionale si è trovato quindi nella necessità di istituire un coordinamento con la normativa vigente del codice del consumo, visto che, per quanto riguarda l'ambito oggettivo, le due discipline divenivano in parte coincidenti.

Il citato D.lgs. n. 146 del 2007, è intervenuto quindi sul codice del consumo, novellando gli articoli da 18 a 27 *quater* (cambiando il titolo della parte seconda, attualmente «Educazione, informazione, pratiche commerciali e pubblicità») e inserendo, all'art. 23, comma 1, lett. p), anche le vendite piramidali. Stabilisce infatti la norma che tra le «pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli» rientra anche «avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

Allo stato, dunque, l'ambito soggettivo di applicazione della L. 173 del 2005 è stato parzialmente modificato, in quanto i citati artt. 5, comma 1 e 7 rimangono applicabili solo alle fattispecie relative alle vendite piramidali che coinvolgono qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, mentre sono da considerarsi abrogati quando si tratti di un rapporto di consumo.

Pertanto, si rileva fin d'ora che le norme che si esamineranno, contenute nella L. n. 173 del 2005, non si applicano, per la parte indicata, all'eventuale rapporto tra consumatore e professionista, per il quale si deve far riferimento al codice del consumo. Risulta comunque utile una disamina delle disposizioni contenute nella legge, al fine di poter meglio individuare la natura sostanziale di una «vendita piramidale».

LE NORME

Le c.d. «vendite piramidali» rientrano nella categoria generale delle vendite «dirette» insieme alle vendite «multilivello» e solo le prime, al contrario delle seconde, costituiscono una fattispecie illecita di vendita. Nella vendita diretta, al contrario di quanto avviene nella vendita tradizionale, è il venditore che contatta il compratore attraverso specifiche modalità ed è proprio tramite queste diverse modalità che si distingue la fattispecie illecita della vendita piramidale da quella, lecita, della vendita multilivello.

La L. n. 173 del 2005, che consta in tutto di 7 articoli, individua la disciplina delle vendite dirette intese in senso ampio: è previsto all'art. 5 il divieto delle forme di vendita piramidali e di giochi o catene, all'art. 6 l'indicazione degli elementi presuntivi della sussistenza di una vendita piramidale e all'art. 7 le relative sanzioni.

Al fine di avere un quadro normativo complessivo, è necessaria una breve disamina degli articoli da 1 a 4 sulla vendita diretta, per passare poi ad esaminare la fattispecie vietata di vendita piramidale.

L'art. 1 contiene alcune definizioni dei termini utilizzati nell'ambito della legge stessa, sulla falsariga di una prassi comunitaria ormai consolidata. In particolare, viene fornita la definizione di «vendita diretta a domicilio» come «la forma speciale di vendita al dettaglio e di offerta di beni e servizi, di cui all'articolo 19 del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, effettuate tramite la raccolta di ordinativi d'acquisto presso il domicilio del consumatore finale o nei locali nei quali il consumatore si trova, anche temporaneamente, per motivi personali, di lavoro, di studio, di intrattenimento o di svago». (Per completezza, si ricorda che l'art. 19 D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 stabilisce che «la vendita al dettaglio o la raccolta di ordinativi di acquisto presso il domicilio dei consumatori è soggetta a previa comunicazione al comune nel quale l'esercente ha la residenza, se persona fisica, o la sede legale»).

L'art. 1 fornisce anche altre importanti definizioni: tra queste si trova quella di «incaricato alla vendita diretta a domicilio» definito come «colui che, con o senza vincolo di subordinazione, promuove, direttamente o indirettamente, la raccolta di ordinativi di acquisto presso privati consumatori per conto di imprese esercenti la vendita diretta a domicilio» e quella di «impresa o imprese», specificando che tali si intendono quell'impresa o quelle imprese esercenti la vendita diretta a domicilio definita in precedenza.

L'ambito di applicazione della normativa viene individuato soltanto in termini negativi: le disposizioni della legge in esame, ad eccezione di quanto previsto dagli artt. 5, 6 e 7 (sulle vendite piramidali), non si applicano all'offerta, alla sottoscrizione e alla propaganda ai fini commerciali di prodotti e servizi finanziari, prodotti e servizi assicurativi, contratti per la costruzione, la vendita e la locazione di beni immobili (art. 1, comma 2).

Anche per quel che concerne le modalità di esercizio dell'attività di vendita diretta a domicilio la legge (art. 2) si esprime attraverso un riferimento ad un'altra normativa, stabilendo che ad essa si applicano le disposizioni di cui agli artt. 19, 20 e 22, commi 1 e 2, del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, nonché le disposizioni vigenti in materia di commercializzazione dei beni e dei servizi offerti: giova ricordare che le norme richiamate sono relative alle vendite effettuate presso il domicilio dei consumatori, alla propaganda a fini commerciali ed alle relative sanzioni.

L'attività di incaricato alla vendita diretta a domicilio si distingue a seconda che sia svolta con o senza vincolo di subordinazione (art. 3): in entrambi i casi è soggetta all'obbligo del possesso del tesserino di riconoscimento e può essere svolta solo da chi risulti in possesso di determinati requisiti. Il testo della legge qui richiama nuovamente l'art. 19, commi 5 e 6, del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 il quale stabilisce i requisiti di tale tesserino di riconoscimento: esso deve essere numerato e aggiornato annualmente, deve contenere le generalità e la fotografia dell'incaricato, l'indicazione a stampa della sede e dei prodotti oggetto dell'attività d'impresa, nonché del nome del responsabile dell'impresa stessa, e la firma di quest'ultimo e deve essere esposto in modo visibile durante le operazioni di vendita.

Nel caso in cui l'incaricato svolga l'attività senza vincolo di subordinazione, la norma effettua un'ulteriore distinzione a seconda che egli abbia assunto un'obbligazione con o senza contratto di agenzia. In tale seconda ipotesi l'attività potrà essere esercitata soltanto se svolta in maniera abituale, ancorché non esclusiva, o in maniera occasionale, ferma restando la disciplina previdenziale. La legge specifica poi che la natura di tale attività viene considerata di carattere occasionale sino al conseguimento di un reddito annuo, derivante da tale attività, non superiore a 5.000 euro. (Su tale aspetto la legge fa riferimento anche alla vigente disciplina previdenziale, facendo salvo quanto previsto dall'art. 44, comma 2, ultimo periodo, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 novembre 2003, n. 326).

Il rapporto fra impresa affidante e incaricato alla vendita diretta a domicilio è disciplinato nel dettaglio riguardo agli aspetti relativi al compenso dell'incaricato (art. 4). In particolare, anche questa volta, si differenzia l'attività svolta con o senza vincolo di subordinazione: nel primo caso, si applicherà il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato dall'impresa esercente la vendita diretta, mentre, nella seconda ipotesi, si applicheranno gli accordi economici collettivi di settore.

Rispetto all'incaricato senza vincolo di subordinazione, la norma prevede anche ulteriori elementi: l'incarico deve essere provato per iscritto e può essere rinunciato liberamente o revocato per iscritto. In ogni caso, comunque, devono essere chiaramente indicati i diritti e gli obblighi dell'incaricato stesso. Tra i diritti è annoverata la possibilità di recedere dall'incarico, senza obbligo di motivazione, entro dieci giorni lavorativi dalla stipula dell'atto scritto: in tale evenienza, l'incaricato è tenuto a restituire a sua cura e spese i beni ed i materiali da dimostrazione eventualmente acquistati e l'impresa, entro trenta giorni dalla restituzione dei beni e dei materiali, rimborsa all'incaricato le somme da questi eventualmente pagate. Il rimborso è subordinato all'integrità dei beni e dei materiali restituiti. Non può essere stabilito alcun obbligo di acquisto nei confronti dell'incaricato, né riguardo ai beni commercializzati dall'impresa, esclusi quelli necessari alla dimostrazione e strumentali quindi all'attività, né riguardo ai servizi forniti dall'impresa. Ovvio conseguenza,

comunque indicata dalla norma, è che nel caso in cui l'incarico sia rinunciato o revocato il tesserino deve essere ritirato.

Nel caso di recesso, all'incaricato è in ogni caso riconosciuto in tutte le altre ipotesi di cessazione per qualsiasi causa del rapporto con l'impresa affidante, il diritto alla restituzione e, entro trenta giorni, alla rifusione del prezzo relativamente ai beni e ai materiali integri eventualmente posseduti in misura non inferiore al 90 per cento del costo originario.

Il divieto delle forme di vendita piramidali e di giochi o catene è introdotto soltanto all'art. 5 della legge: il divieto si riferisce non solo alla fase della realizzazione di vendita piramidali, ma anche al momento della loro promozione. Solo successivamente alla statuizione del divieto, la norma fornisce la definizione di cosa si debba intendere per «vendita piramidale»: sono vietate, secondo il nostro ordinamento, la promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura.

Non solo, ma viene specificato anche che sono vietate anche la promozione o l'organizzazione di tutte quelle operazioni, quali giochi, piani di sviluppo, «catene di Sant'Antonio», che configurano la possibilità di guadagno attraverso il puro e semplice reclutamento di altre persone e in cui il diritto a reclutare si trasferisce all'infinito previo il pagamento di un corrispettivo.

Sancita l'illiceità della fattispecie di vendita piramidale, il legislatore fornisce all'art. 6, un'elencazione di elementi che fanno presumere la sussistenza di una vendita piramidale.

Gli elementi presuntivi indicati si possono riassumere in una serie di obblighi eventuali per il soggetto che venga a far parte di tale tipologia di vendita e che consistono nell'acquistare una serie di prodotti, senza possibilità di resa; nel corrispondere una sorta di tassa d'ingresso, non solo per entrare nella struttura, ma anche quale condizione per la permanenza nella organizzazione; nell'acquistare materiali, beni o servizi non strettamente necessari all'attività da svolgere.

L'ultima parte della legge è dedicata alle sanzioni che discendono dal mancato rispetto delle precedenti disposizioni: sono indicate sanzioni penali e amministrative, salvo che il fatto costituisca più grave reato. In particolare, è previsto che chiunque promuove o realizza le attività o le strutture di vendita o le operazioni rientranti nell'ambito delle vendite piramidali (anche solo promuovendo iniziative di carattere collettivo o inducendo uno o più soggetti ad aderire, associarsi o affiliarsi alle organizzazioni), è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno o con l'ammenda da 100.000 euro a 600.000 euro. In queste ipotesi, è prevista anche l'eventualità della sanzione accessoria della pubblicazione del provvedimento con le modalità di cui all'art. 36 c.p. e della sua comunicazione alle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale.

Infine, è prevista anche una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.500 a 5.000 euro per l'impresa che non rispetti alcune disposizioni riguardanti il rapporto con l'incaricato alla vendita diretta a domicilio.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

La L. n. 173 del 2005 si integra con i numerosi codici di autoregolamentazione in materia di vendita diretta e multilivello. Difatti, dal momento che è mancata per lungo tempo una normativa di settore, le imprese operanti nel ramo della vendita diretta hanno sentito, nel corso degli anni, la necessità di dotarsi di regole di comportamento, al fine aumentare la fiducia dei consumatori nei confronti delle loro attività.

Ancora oggi, a due anni di distanza dall'entrata in vigore della legge, tali codici di comportamento risultano alquanto importanti, in quanto si vanno ad integrare alle norme vigenti ivi incluso, come detto in precedenza, il codice del consumo «novellato» dal D.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e, di conseguenza, essi – basandosi su sui principi di lealtà, correttezza e trasparenza - possono costituire per i consumatori un'ulteriore indice di serietà dell'impresa che vi aderisce.

Il maggiore ostacolo che si incontra in tema di vendita diretta, infatti, è l'affidabilità del messaggio attraverso il quale le imprese cercano di coinvolgere nuovi consumatori nella loro struttura: su tale aspetto, già da alcuni anni prima dell'entrata in vigore della legge, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "AGCM") si era pronunciata contro le fattispecie di vendite piramidali in relazione all'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari volti a reclutare nuovi soggetti da far entrare nell'organizzazione. Oggi tali pronunce avrebbero, quale presupposto normativo, anche l'art. 23, comma 1, lett. p) Cod. cons.

Nella maggior parte dei casi i messaggi sono risultati ingannevoli poiché contenevano ripetute affermazioni che descrivevano l'esito del sistema come non assolutamente dipendente dalla fortuna e dal caso, inducendo il consumatore a ritenere che, seguendo le tappe del gioco, avrebbe potuto ottenere automaticamente il guadagno indicato (*prov. AGCM del 31 gennaio 1996, n. 3585*).

In alcuni casi, poi, l'AGCM si è pronunciata anche sull'ambiguità del messaggio pubblicitario, destinato a coinvolgere soggetti particolarmente vulnerabili. Ad esempio, l'Autorità ha affermato che *“l'assenza di requisiti particolari per lo svolgimento dell'attività proposta, la promessa di facili guadagni, con un minimo impegno di tempo e la decantata semplicità ed elasticità del lavoro proposto sono elementi idonei a sorprendere la buona fede delle moltissime persone che sono in cerca di un'occupazione part-time ovvero che, trovandosi in una situazione di necessità e avendo una scarsa o nulla esperienza di vita lavorativa, ritengono che il lavoro proposto costituisca una possibile soluzione ai loro problemi”* (*prov. AGCM 3 settembre 1996, n. 4230*).

In altri casi l'ingannevolezza del messaggio ha riguardato le possibilità di guadagno, che talvolta è stato indicato come “automatico” e dimostrabile; al contrario, in realtà, esso era subordinato al proseguimento della catena di pagamenti che, in quanto dipendente dal comportamento di terzi, non poteva in alcun modo ritenersi legato alla capacità dei partecipanti, nemmeno limitatamente alla scelta dei primi quattro soggetti cui ciascun partecipante vendeva le schede. Inoltre, l'omissione di indicazioni circa lo stadio di sviluppo del gioco costituiva un ulteriore elemento di ingannevolezza del messaggio, in quanto era evidente che le probabilità di ottenere le somme di denaro indicate diminuivano con il passare del tempo e la conseguente saturazione del “mercato” (*prov. AGCM 31 gennaio 1996, n. 3586*).

Infatti, come ribadito dalla stessa Autorità in un'altra pronuncia, non esiste alcun automatismo in tal senso: in un sistema del tipo “catena di Sant'Antonio”, il guadagno pubblicizzato è subordinato al proseguimento della catena di pagamenti e quanto alla “dimostrabilità” dei guadagni pubblicizzati si tratta, a evidenza, di ipotesi di successo del gioco che non sono di certa realizzabilità, che non sono dimostrabili e che, inoltre, sono legate allo stadio di sviluppo del gioco stesso (*prov. AGCM 19 agosto 1998, n. 6369*).

Su questo stesso principio non è stata ritenuta sufficiente l'avvertenza fornita al consumatore e consistente nel messaggio: “se la progressione matematica non subirà interruzioni”. Quest'ultima indicazione, infatti, se pure serve in parte ad attenuare l'impressione di automatismo fra la partecipazione al gioco e il conseguimento del guadagno, non rende percepibile al consumatore, in modo completo ed esauriente, che il gioco è fondato su una catena di pagamenti e che, dunque, nel caso di mancata vendita delle schede o di mancata effettuazione dei bonifici bancari si verificherà l'interruzione del gioco in un punto della catena, vanificando il conseguimento del risultato economico prospettato (*prov. AGCM 31 luglio 1998, n. 6303*).

L'AGCM ha più volte evidenziato che il rapporto posto in essere ha, nella realtà delle cose, uno scopo diverso da quello inizialmente prospettato: non un'attività lavorativa domiciliare, bensì un mezzo per procacciare nuove pedine da immettere nella struttura (*prov. AGCM 12 giugno 1997, n. 5089*).

Sotto l'apparenza fittizia di una proposta di lavoro a domicilio viene dissimulata la vera finalità promozionale consistente nell'acquisire l'adesione dei soggetti interessati allo scopo prevalente di indurre gli stessi a versare una somma di denaro con validità annuale, senza che tali soggetti possano concretamente porre in essere alcuna proficua attività lavorativa e senza sapere in anticipo quale sia l'attività per cui sia richiesto di effettuare “l'investimento” economico iniziale (*prov. AGCM 19 agosto 1998, n. 6369*).

Meritano menzione le (in verità non recenti) uniche pronunce giurisprudenziali in materia, in cui si è affermata la natura “piramidale” delle rispettive organizzazioni prese in esame: il caso “Tucker”, il caso “Alpha club” e il caso “New com”. In tali ipotesi i giudici ha chiarito che, in realtà, non si tratta di rapporti di *franchising* tra professionisti, come apparentemente potrebbero essere inquadrati, bensì di veri e propri contratti di acquisto di beni e servizi, conclusi tra un professionista e un consumatore, che potrebbero rappresentare, in sede penale, un'ipotesi di truffa contrattuale e, in sede civile, hanno determinato la nullità del contratto in quanto non meritevoli di tutela per indeterminatezza dell'oggetto.

Più di recente l'AGCM ha ritenuto ingannevole un messaggio pubblicitario rappresentato da una “ricerca di personale qualificato” apparsa nella specifica sezione di uno dei maggiori quotidiani a tiratura nazionale che, in realtà, dissimulava un'attività di distribuzione, dietro il pagamento di un corrispettivo versato da chi aderiva alla proposta a titolo di cauzione, di un kit per cartoleria sottoforma di una falsa offerta di lavoro a domicilio di montaggio di penne a sfera.

Per la prima volta viene richiamata, in un provvedimento dell'Autorità, la L. n. 173 del 2005. Difatti si legge nella pronuncia che *“rispetto alle modalità con le quali i destinatari dell'inserzione vengono allettati dalla proposta di lavoro a domicilio, è possibile sostenere come l'operatore pubblicitario si avvale in maniera surrettizia di una proposta di lavoro facendo leva su una pratica di reclutamento che costituisce oggetto di*

*divieto dalla normativa nazionale, di cui all' articolo 5, comma 1, della legge 17 maggio 2005 n. 173". Si rileva che "la fattispecie in esame riguarda anche una forma di ingaggio di persone finalizzato alla promozione ed alla realizzazione di attività a struttura "piramidale", nella quale l'incentivo economico primario si fonda sull'agganciamento di persone che vengono allettate da una possibilità di guadagno, senza che nel messaggio venga specificato che prima di ricevere il materiale oggetto del lavoro domiciliare richiesto debbono versare un corrispettivo economico". Viene anche rintracciato l'elemento presuntivo della sussistenza di un'operazione o di una struttura di vendita ad effetto "piramidale", che, nel caso di specie, è rappresentato appunto dall'obbligo del soggetto reclutato di acquistare dall'impresa organizzatrice il materiale oggetto dell'assemblaggio di penne a sfera dissimulato sotto l'apparente veste di un'offerta di lavoro, il cui valore economico non è proporzionato al volume dell'attività svolta, come stabilito dall'articolo 6, comma 1, lettera c), della L. n. 173 del 2005 (**provv. AGCM 10 maggio 2006, n. 15468**).*

Occorre rilevare, tuttavia, che anche quest'ultimo provvedimento è antecedente all'entrata in vigore dei citati d.lgs. 2 agosto 2007, nn. 145 e 146 e, quindi, ritiene ancora applicabile l'art. 5, comma 1 della legge ad un rapporto di consumo, non tenendo conto delle modifiche da essi apportate

Si resta dunque in attesa di una pronuncia giurisprudenziale in materia che tenga conto dell' "automaticità" dell'ingannevolezza del messaggio nell'ambito di una vendita piramidale (considerata oggi, in base all'art. 23, comma 1, lett. p) Cod. cons, "pratica commerciale considerata in ogni caso ingannevole") e ponga le basi per una maggiore e più effettiva tutela del consumatore anche nel campo delle vendite dirette.

1.5 LA TUTELA DEGLI ACQUIRENTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE (Antonio Cilento)

IL QUADRO NORMATIVO

Il tema dell'acquisto di immobili in corso di costruzione non ha trovato una mirata ed organica disciplina normativa fino al D.lgs. 122/2005. Nei decenni precedenti, tuttavia, è emersa in modo costante la rilevanza dei problemi posti dai c.d. acquisti sulla carta, in relazione soprattutto alla debolezza contrattuale degli acquirenti di immobili non ancora realizzati, alla luce della prassi delle imprese edili di finanziare la costruzione, in gran parte, con gli acconti anticipati dagli acquirenti. Ne è derivato che, in caso di sopravvenuta insolvenza o di inadempimento del costruttore, l'acquirente ha spesso corso il rischio di perdere le somme versate oltre al rischio di perdere la possibilità di acquistare la proprietà dell'immobile.

La rischiosità intrinseca dell'operazione di acquisto di un immobile da costruire ha indotto il legislatore a disciplinare il fenomeno attraverso una legge speciale, posto che il primo ed unico tentativo di colmare la lacuna era stato operato da una proposta di legge relativa al "contratto di vendita di porzione di edifici da costruire" (proposta di L. 589 del 22 novembre 1972). Il progetto, ancorché mai tradotto in legge, ha avuto il merito di introdurre il dibattito sul tema, suscitando autorevoli contributi dottrinali, che auspicavano il riconoscimento al promissario acquirente nel caso di scioglimento del contratto, di un privilegio immobiliare a tutela del credito di restituzione degli acconti eventualmente versati, oltre ad una maggior tutela nel caso di vizi dell'immobile venduto.

A fronte del vuoto legislativo in materia, l'evoluzione degli strumenti volti a tutelare l'acquirente di immobile in costruzione si deve a quella giurisprudenza che, muovendo dalla consapevolezza che lo schema contrattuale più utilizzato nella prassi della contrattazione immobiliare fosse il preliminare – in considerazione della possibilità di integrare qualche presupposto dell'accordo e di pervenire ad un'esatta conoscenza dello stato del bene – modulava l'interpretazione del contratto preliminare alla luce delle esigenze di protezione dell'acquirente. Ciò al fine di rendere applicabile allo schema del preliminare la disciplina tipica della vendita in tema di garanzie della cosa oggetto della promessa, di esatto adempimento e di riduzione del prezzo, oltre all'esperibilità contestuale del rimedio dell'esecuzione in forma specifica del preliminare, stravolgendo le impostazioni tradizionali in materia.

Mentre altri ordinamenti europei hanno predisposto specifiche discipline di tutela sin dagli anni sessanta del secolo scorso, in Italia si deve attendere la seconda metà degli anni Novanta per registrare la legge sulla trascrizione del contratto preliminare (L. 30/1997) che, peraltro, solo in parte è risultata utile ai fini della protezione dell'acquirente di immobile da costruire, trattandosi di una facoltà e non di un obbligo, che nella prassi viene raramente esercitata dai contraenti, poiché si preferisce affrontare i rischi connessi all'acquisto che sopportare i costi della trascrizione.

LE NORME

Si giunge, così, all'emanazione del decreto legislativo in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, che introduce l'atteso regime protettivo e che, dal punto di vista sistematico, interessa il diritto dei contratti, il diritto della crisi d'impresa e la legislazione di settore.

Il D.lgs. 122/05 è composto di 18 articoli, dedicati, tra l'altro:

- a) alla definizione di acquirente, costruttore, situazione di crisi, immobile da costruire;
- b) all'obbligo del costruttore di rilasciare una garanzia fideiussoria all'acquirente e al contenuto e caratteristica della fideiussione;
- c) all'obbligo del costruttore di contrarre una polizza assicurativa a beneficio del cliente;
- d) al contenuto del contratto preliminare;
- e) al diritto di prelazione dell'acquirente che abbia escusso la fideiussione in caso di vendita all'incanto;
- f) l'istituzione presso il Ministero dell'economia di un Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili in costruzione e la disciplina per il suo funzionamento;

La disciplina si applica, ai sensi dell'art. 1, lett. a) del decreto legislativo, alla "persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire ovvero che abbia stipulato un contratto preliminare, compreso quello di leasing che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il

trasferimento non immediato a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per l'iniziativa della stessa".

Lo strumento principale mediante il quale si attua la tutela è l'obbligo stabilito in capo al costruttore di consegnare all'acquirente una fideiussione a garanzia di tutte le somme o comunque dei corrispettivi incassati dal costruttore stesso fino al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. La garanzia fideiussoria opera nel caso in cui il costruttore incorra in una "situazione di crisi" ossia la situazione che ricorre nei casi in cui egli sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile ad oggetto del contratto ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa. Inoltre, si precisa che la situazione si intende verificata alla data di trascrizione del pignoramento relativo all'immobile oggetto del contratto, ovvero di pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di pubblicazione della sentenza che dichiara lo stato di insolvenza o, se anteriore, del decreto che dispone la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria.

L'obbligo di prestazione della garanzia – la quale deve peraltro prevedere la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale - sussiste solo allorché i contratti aventi ad oggetto immobile da costruire siano privi di effetti traslativi immediati. L'importo della garanzia può essere commisurato in base alla generica formulazione: "valore di ogni altro eventuale corrispettivo", con la quale il legislatore ha inteso indicare ogni tipo di sacrificio patrimoniale che l'acquirente subisca in conseguenza del contratto, purché sussista il requisito dell'obbligatorietà; deve, cioè, trattarsi di una prestazione il cui oggetto può essere il più vario, ma all'adempimento della quale l'acquirente è obbligato.

Ne deriva che fonte dell'obbligo di rilascio e consegna della garanzia fideiussoria è qualunque obbligazione che comporti il rischio di un sacrificio patrimoniale di qualsiasi genere che l'acquirente dovesse subire in un momento anticipato rispetto all'acquisto della proprietà del fabbricato agibile. La corrispettività cui fa riferimento la norma indica il rapporto che deve intercorrere tra la prestazione eseguita dall'acquirente e la complessiva prestazione del costruttore finalizzata al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile. L'impegno del garante è, perciò, attuale per le somme rimosse dalla costruttrice e potenziale per le somme che verranno versate in futuro, avendo tuttavia l'acquirente la certezza, già dal momento della conclusione del preliminare, che i pagamenti futuri saranno automaticamente coperti dalla garanzia. Pertanto, la garanzia è capace di estendersi gradualmente a tutti i pagamenti, evitando il rilascio di una garanzia singola in ragione di ogni pagamento via via effettuato dal promissario acquirente, che non consentirebbe il recupero di tutte le somme versate in caso di crisi del costruttore. E' interessante notare la diversa configurazione della garanzia fideiussoria introdotta dalla normativa a tutela dell'acquirente di immobile in costruzione rispetto a quella volta a garantire la realizzazione dell'opera, prevista in tema di multiproprietà dal Codice del consumo (art. 76 D.lgs. 206/2005) e consentita – in alternativa alla garanzia del rimborso delle somme pagate – dalla normativa francese a tutela degli acquirenti di immobili da costruire. L'esperienza francese, anzi, privilegia largamente la garanzia del completamento dell'immobile rispetto alla pur esistente garanzia delle somme versate in caso di risoluzione del contratto causata da mancato completamento dell'opera. La scelta del legislatore italiano è, invece, quella di rimborsare all'acquirente una parte dell'interesse "negativo" (le somme effettivamente pagate o ogni altro corrispettivo versato, compresi gli interessi), con l'esclusione, cioè, delle spese ulteriori sostenute dall'acquirente per l'acquisto (ad esempio quelle notarili) e soprattutto dell'interesse positivo al conseguimento dell'immobile oggetto del contratto.

Il rimedio scelto in caso di inosservanza della regola che obbliga il costruttore a prestare la garanzia fideiussoria è cioè, ai sensi dell'art. 2, "la nullità del contratto che può essere fatta valere dal solo acquirente". L'esperibilità del rimedio della nullità del contratto è riservata, per espressa previsione dell'art. 2, al solo acquirente. Si tratta, dunque, di una nullità relativa, cioè di una tecnica rimediata utilizzata spesso nella legislazione di protezione del contraente debole, sulla base della considerazione che tendenzialmente la parte debole ha interesse a conservare il contratto. Tuttavia, sembra opportuno ritenere che il decreto legislativo risponda all'esigenza di proteggere una parte che si trova in una posizione di asimmetria contrattuale ma tenda al contempo a realizzare l'interesse generale al corretto ed efficiente funzionamento del mercato immobiliare, rendendo, così, evidente che la tutela di un interesse individuale può non essere priva di rilevanza generale.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

La disciplina di protezione dell'acquirente non è stata inclusa nel Codice del Consumo; alla figura dell'acquirente di immobili da costruire, che pure si trova in una posizione di debolezza contrattuale, non si addice, infatti, la condizione di *status* ipotizzata da più parti rispetto al consumatore; né l'operazione di acquisto di un immobile in corso di costruzione, nella dinamica della quale si ravvisa la necessità della tutela, potrebbe qualificarsi come atto di consumo in senso stretto.

L'acquirente di immobile da costruire è tutelato non tanto in ragione delle sue caratteristiche soggettive quanto piuttosto per la posizione che assume nell'ambito dell'operazione di acquisto. Si è tenuto conto, cioè, della peculiarità dell'operazione regolata dal D.lgs.122/05, nella misura in cui essa si discosta dalle ipotesi considerate dal diritto previgente, che tutelava come contraente debole il consumatore nei rapporti con un professionista ovvero un imprenditore nei rapporti con un altro imprenditore dotato di maggior forza economica.

A conferma di ciò milita la scelta del legislatore di non limitare l'operatività della disciplina al solo caso dell'acquisto di bene immobile mediante la conclusione di un contratto di compravendita, bensì di estenderla alla stipulazione di qualunque altro contratto che abbia per effetto l'acquisto o il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su un immobile da costruire, che rivela la valenza "transtipica" della disciplina in esame, capace cioè di regolare i diversi profili contrattuali rilevanti, a prescindere dal riferimento al tipo che per eccellenza è destinato a trovare applicazione nella fattispecie: la compravendita immobiliare.

Con la vendita degli immobili prima della loro edificazione o ultimazione, si pone in essere un'operazione di finanziamento diretto ed indiretto: diretto, mediante il pagamento dell'acconto, con il quale il costruttore finanzia parte dei costi della sua iniziativa; indiretto, per la funzione di garanzia, finalizzata all'accesso al credito bancario, della solidità dell'impresa svolta dalla certezza del buon esito dell'operazione

L'articolata operazione economico – giuridica che viene così alla luce è il risultato della combinazione di fattori di varia natura:

- esigenze di finanziamento dell'attività d'impresa;
- ragioni di tutela dell'acquirente;
- natura del bene, che è un bene futuro.

Si può osservare che nella dinamica di un'operazione così concepita si manifestano rischi rilevanti per l'acquirente, con particolare riguardo all'ipotesi di insolvenza del costruttore finanziato

Tale insolvenza diventa particolarmente grave se si manifesta prima del trasferimento del diritto di proprietà in capo all'acquirente, in virtù del differimento tra la produzione dell'effetto traslativo e il momento del pagamento dell'acconto. A ciò si aggiungano i rischi derivanti dal mancato adempimento della controprestazione finale – che consiste nella consegna dell'immobile ultimato in ogni sua parte – e cioè che l'immobile venga alienato a terzi, non risponda alle qualità promesse o non venga ultimato.

Al fine di assicurare maggiore effettività alla tutela, si può affermare che il legislatore non si sia concentrato tanto sulla nozione generale e astratta di "parte" del contratto, ma abbia guardato alla relazione socio-economica, da cui si desume la qualificazione giuridica di costruttore – venditore e di acquirente. In relazione alle circostanze del caso concreto può prospettarsi sia il caso in cui l'acquirente sia anche consumatore, sia il caso in cui egli, persona fisica, non abbia la qualità di consumatore.

Emerge, pertanto, una peculiare fattispecie di contrattazione diseguale, nella disciplina della quale si mira a garantire adeguata tutela a un particolare soggetto, che è collocato in un contesto di rischio asimmetrico di un affare caratterizzato dal fatto che:

- a) l'oggetto del contratto è inesistente al momento della sua conclusione;
- b) la sua futura venuta ad esistenza dipende dalle condizioni di solvenza del venditore-costruttore.

Circa lo specifico aspetto del diritto fallimentare, sono rilevanti le deroghe alle regole generali:

- a) la sottrazione al monopolio del curatore della scelta sullo scioglimento del contratto;
- b) la particolare esenzione rispetto all'azione revocatoria;
- c) il diritto di prelazione riconosciuto all'acquirente sulla liquidazione dell'attivo.

In definitiva, la normativa mira alla salvaguardia di un interesse all'acquisto o al consolidamento dell'acquisto del bene – casa, che se da un lato è proprio dell'individuo, dall'altro è classificabile come interesse di ordine pubblico, perché generale, da cui trae legittimazione anche l'uso dello strumento della nullità.

1.6 L'ESENZIONE DALL'AZIONE REVOCATORIA FALLIMENTARE DEGLI ATTI DI ACQUISTO DI IMMOBILI DESTINATI AD USO ABITATIVO *(Federica Salvatore)*

IL QUADRO NORMATIVO

La legge fallimentare vigente sin dal 1942 (R.D. 16 marzo 1942 n. 267), al fine di “sanzionare” l’attività dell’imprenditore poi dichiarato fallito volta a disporre del proprio patrimonio nell’imminenza della dichiarazione di fallimento, prevedeva la possibilità per il curatore fallimentare di far dichiarare l’inefficacia di alcuni atti specificamente indicati all’art. 67 L.fall., ampliando il regime generale di esercizio dell’azione revocatoria ordinaria, prevista dall’art. 2901 c.c. per gli atti compiuti dal debitore in frode ai propri creditori. Il sistema normativo previsto dalla legge fallimentare del 1942 colpiva, con la revocatoria fallimentare, non solo gli atti cd. “anormali” compiuti dal fallito nell’arco dei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, ma anche atti “normali” di gestione o di disposizione “ordinaria” del proprio patrimonio da parte dello stesso debitore, ove compiuti nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, se risultava provata la conoscenza, da parte del terzo, dello stato di insolvenza del debitore al momento del compimento dell’atto medesimo.

La “sanzione” della revocatoria, peraltro, colpiva indistintamente tali atti, senza alcuna selezione degli interessi di cui il terzo era portatore, con la rilevante conseguenza che, talora, la revocatoria dell’atto dispositivo avvantaggiava la categoria dei creditori insinuati al passivo fallimentare, a scapito degli interessi del terzo, magari anche prevalenti sul diritto di credito.

Con il D.L. n. 35/05, convertito in L. n. 80/05, anticipando la più generale riforma della legge fallimentare poi approvata con il D.lgs. n. 5/06, il legislatore è intervenuto specificamente sulla disciplina dell’azione revocatoria, rimodulando i termini temporali di valutazione degli atti revocabili (sostanzialmente dimezzando i precedenti termini), e prevedendo specifici casi di esclusione dalla possibile revocatoria.

In particolare, alla lett. c) del terzo comma dell’art. 67, si escludono dall’azione revocatoria le vendite a giusto prezzo di immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l’abitazione principale dell’acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado

La disposizione si inquadra nel più generale disegno del legislatore di apprestare una più intensa tutela agli acquirenti di immobili destinati ad abitazione, in considerazione di un valore costituzionale riconosciuto al cd. “diritto alla prima casa”, riconducibile al sistema degli artt. 2, 31 e 42 Cost. Già in precedenza, infatti, era stata adottata la L. 2 agosto 2004 n. 210, con la delega al governo per la “tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire”, alla quale è stata data esecuzione con D.lgs. 20 giugno 2005 n. 122.

LE NORME

La disposizione fallimentare prevede che non possono essere resi inefficaci, per effetto del fallimento del venditore intervenuto nel periodo di sei mesi successivo alla stipulazione dell’atto di compravendita, gli atti di acquisto immobiliari se:

- a. il prezzo convenuto tra le parti sia “giusto”, e perciò non sia inferiore al 75% del prezzo di mercato dello stesso immobile. In sostanza, la tutela dell’acquirente è condizionata alla verifica della congruità del prezzo pagato, con la tolleranza di uno scarto massimo di un quarto rispetto al valore di mercato. L’eventuale indicazione nell’atto di un prezzo inferiore a quello effettivamente pattuito non pregiudica, però, l’acquirente, sottoponendolo all’azione revocatoria, ove questi sia in grado di dimostrare l’effettivo esborso della maggior somma di denaro in concreto pattuita con il venditore (ad es. con la documentazione dell’emissione di assegni o la ricevuta di bonifici bancari).
- b. Nel caso di prezzo inferiore al predetto limite, l’atto di acquisto sarà revocabile ove ricorrano le condizioni sancite dal primo comma dell’art. 67 L. fall., e cioè se il fallimento sia stato dichiarato entro l’anno successivo alla data di acquisto e se il compratore non riesca a fornire la prova che non era a conoscenza, al momento dell’acquisto, dello stato di insolvenza in cui versava il debitore.
- c. l’immobile sia destinato ad uso abitativo: al riguardo sembrerebbe doversi dare prevalenza all’uso effettivo al quale il compratore ha destinato l’immobile, piuttosto che all’astratta classificazione catastale, che potrà valere come elemento presuntivo dotato certamente di rilevante qualificazione probatoria.

- d. l'immobile sia destinato a costituire la prima casa dell'acquirente o di un suo congiunto (parente o affine) entro il terzo grado: il regime di favore nell'ambito delle procedure concorsuali, quindi, è accordato solo con riferimento al cd. "diritto di abitazione", non quindi all'investimento immobiliare *tout court*, essendo esclusa una esclusione da revocatoria nel caso di acquisto di "seconda casa".

L'IMPATTO SUL MERCATO E IN PARTICOLARE SUI CONSUMATORI/UTENTI

Come già la precedente disciplina del D.lgs. n. 122/05, l'esenzione dalla revocatoria fallimentare come prevista dal nuovo testo dell'art. 67 L. fall. intende attribuire maggiore tutela ai consumatori in occasione dell'acquisto della casa di abitazione propria o di propri familiari. Il rischio di veder vanificato il diritto di proprietà acquistato da un imprenditore commerciale (sia in sede di costruzione dell'immobile, sia in occasione della successiva circolazione del bene) viene così ridotto, in caso di fallimento del venditore, alle sole ipotesi di acquisto del bene ad un prezzo sensibilmente inferiore a quello di mercato, riconoscendosi all'acquirente in tal caso di far salvo l'acquisto fornendo la prova di non aver conosciuto lo stato di insolvenza in cui versava il venditore al momento della stipulazione dell'atto di compravendita.

Va peraltro segnalato che la tutela dell'acquirente trova esplicazione solo all'esito della stipulazione del contratto definitivo di acquisto dell'immobile per atto pubblico trascritto presso la Conservatoria dei registri immobiliari. Diversamente, se è stato concluso solo il contratto preliminare di acquisto, contenente la mera promessa di vendita successiva del bene, nel caso di fallimento del venditore prima della conclusione del contratto definitivo, vi è la facoltà per il curatore fallimentare di optare comunque per lo scioglimento del contratto, così che lo stesso non avrà alcun ulteriore effetto vincolante per il Curatore stesso ai fini del trasferimento della proprietà dell'immobile al promittente acquirente, e riconoscendosi a questi, ove il preliminare sia stato trascritto e nell'arco temporale di tre anni dalla data di trascrizione, un mero diritto di credito privilegiato per il rimborso del prezzo pagato e dell'eventuale caparra confirmatoria.

Pertanto, la sicurezza dell'acquisto di immobili può ritenersi operante solo dal momento in cui è avvenuto il trasferimento della proprietà del bene immobile.

SEZIONE II

L'INTENSA CONNESSIONE TRA REGOLE DEL MERCATO E REGOLE A TUTELA DEL CONSUMATORE: I CC.DD. DECRETI BERSANI

(Maddalena Rabitti)

La Sezione II del Capitolo 2 del Rapporto è dedicata all'analisi degli interventi normativi recenti che hanno "liberalizzato" alcuni settori dell'economia.

Come si è chiarito nell'introduzione al Rapporto, non si pretende di svolgere in questa sede un'analisi dettagliata dei numerosi ed eterogenei provvedimenti legislativi che si sono susseguiti nel tempo con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, tanto più che si ritiene generalmente che non sia corretto parlare di "liberalizzazione" come fenomeno unitario, essendo le liberalizzazioni tante quanti sono i settori in cui si è operata un'apertura o una deregolamentazione dei mercati in senso pro concorrenziale. Si ricorda, infatti, che le liberalizzazioni si riferiscono sia alle misure di vera e propria apertura di monopoli o oligopoli legali, come è avvenuto tipicamente nel settore dei servizi pubblici (si pensi, ad esempio, alle discipline di matrice europea in materia di energia, trasporti, telecomunicazioni, poste), sia alle misure di semplificazione o soppressione dei regimi amministrativi previsti per lo svolgimento di attività d'impresa, quali il silenzio-assenso e, più specificamente, la dichiarazione di inizio attività (v., in generale, gli art. 19 e 20 l. n. 241/90); misure tutte sollecitate a livello comunitario da specifiche discipline di settore o con previsioni di carattere generale tra cui emerge oggi con particolare evidenza la c.d. Direttiva Servizi tesa a promuovere una maggiore apertura alla concorrenza del mercato delle attività di servizio.

Si tratta, dunque, di un complesso di misure apparentemente eterogenee ma accomunate dall'identico fine di tendere allo sviluppo, all'efficienza del sistema economico e alla tutela del consumatore attraverso la creazione o il rafforzamento della concorrenza nel mercato. In questo quadro, tra le molte classificazioni che sono state proposte dalla dottrina si è così, ad esempio, riconosciuta l'esistenza di almeno quattro diversi tipi di liberalizzazione, che peraltro di frequente si sovrappongono tra loro: dei servizi pubblici, delle attività riservate o vietate, delle attività regolamentate, dei prezzi. Ad esse se ne affianca un'altra, che è trasversale perché indica il modo in cui operare le liberalizzazioni, che è quella dell'eliminazione delle barriere di accesso al mercato, che è al centro dell'azione svolta a livello di politica comunitaria.

Quel che in questa sede preme mettere in evidenza è, piuttosto, la centralità che questi interventi normativi vanno assumendo in relazione alla tutela dei consumatori, con la consapevolezza che nel dettare le misure volte a rimuovere gli ostacoli che frenano lo sviluppo economico del Paese si favorisce anche la crescita del ruolo del consumatore quale agente consapevole e protagonista del mercato.

In questa sezione perciò l'angolo prospettico da cui si guarda all'evoluzione del diritto dei consumi è parzialmente diverso da quello prescelto nelle altre parti del Rapporto, dal momento che l'obiettivo è di focalizzare l'attenzione sulla relazione tra consumatore-cittadino e mercato, nel gioco tra regole della concorrenza e regole di tutela del consumatore. Si esaminerà, dunque, il settore assicurativo, bancario, dei trasporti aerei, delle telecomunicazioni e dell'energia, cercando di valutare l'incidenza delle regole sul mercato e sui consumatori ed utenti.

Si è fin qui visto che il terreno nel quale trovano possibilità di crescita i diritti dei consumatori è in primo luogo quello negoziale in cui si realizza l'atto di consumo – che si snoda in più fasi, da quella che precede la conclusione del contratto tra professionista e consumatore a quella di esecuzione degli obblighi che da esso discendono – ma non solo: viene infatti in rilievo direttamente il mercato, inteso come luogo in cui si incontrano la domanda e l'offerta e in relazione al quale si definiscono le politiche di sviluppo economico del Paese. La figura del consumatore rappresenta infatti l'espressione di una domanda rispetto alla quale l'offerta deve assumere una configurazione idonea ad assicurare il corretto funzionamento del mercato.

La legislazione consumeristica supera i confini del rapporto contrattuale tra contraente forte e contraente debole e si orienta a disciplinare, con riflessi sul piano macroeconomico, la corretta relazione tra domanda e offerta che si viene a creare in quel mercato in cui si effettua un atto di consumo.

Questa chiave di lettura pone però il problema di considerare quali siano le condizioni necessarie affinché il consumatore possa effettivamente giovare dei benefici dello scambio.

Chi ha studiato il tema ha rilevato che l'interesse alla concorrenza e quello alla difesa del consumatore, pur potendosi in linea di principio ostacolare a vicenda, sono, in realtà, complementari. Ad esempio, si ritiene che la concorrenza nel mercato tenda, di per sé, a favorire una maggiore informazione del consumatore dal momento che le imprese saranno portate a far conoscere meglio i propri prodotti e le proprie scelte. Tuttavia,

mentre il corretto funzionamento concorrenziale del mercato è, in genere, condizione necessaria perché lo scambio possa dar luogo ai suoi benefici, in certi casi è anche necessario intervenire per garantire la capacità della domanda di orientare correttamente le proprie scelte. Ciò spiega perché le misure a tutela del consumatore e della concorrenza sono spesso il risultato di un intervento eteronomo del legislatore comunitario o interno e non il risultato di uno spontaneo adeguamento del mercato alle istanze che da esso provengono.

In questa prospettiva si coglie come la tutela al consumatore venga ad essere assicurata sia mediante strumenti idonei a eliminare le asimmetrie quali, ad esempio, quelli previsti dal Codice del consumo, come il diritto all'educazione e all'informazione del consumatore, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali; sia attraverso interventi normativi mirati che incidono in tutti i settori dell'economia nei quali si incontrano ostacoli alla libera determinazione del consumatore nello svolgimento delle proprie scelte personali ed economiche. Va peraltro considerato che è talvolta accaduto che misure finalizzate a dare tutela al consumatore possano risolversi, specie nel lungo periodo, in uno svantaggio più che in un vantaggio per il consumatore. Un'ipotesi in questo senso è la previsione di regole eccessivamente uniformi imposte all'autonomia privata a tutela di tutti i consumatori che non tengano però in debita considerazione le peculiarità e specificità del mercato su cui essi sono chiamati ad operare o le caratteristiche del consumatore. Proprio l'esigenza di non omologare eccessivamente il consumatore ha indotto, ad esempio, ad utilizzare nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette da poco inserite nel Codice del Consumo la nozione di "consumatore medio".

Banco di prova per valutare l'intensa connessione tra regole del mercato e regole a tutela del consumatore sono i cosiddetti 'Decreti Bersani', con cui si è inteso liberalizzare taluni settori dell'economia e adottare misure idonee a favorire la concorrenza e la tutela dei consumatori.

Le liberalizzazioni hanno avuto in Italia diverse fasi di attuazione soprattutto a partire dagli anni 90 del secolo scorso, sulla spinta comunitaria che ha promosso lo sviluppo di meccanismi concorrenziali attraverso l'apertura dei mercati legalmente riservati e il superamento dei corrispondenti diritti "speciali o esclusivi"; con ciò sollecitando, secondo una dinamica che non si è potuta attuare egualmente in tutti i settori, l'ingresso nei mercati di nuovi competitors e la virtuosa estromissione delle imprese meno efficienti a tutto vantaggio dei consumatori.

Dall'istituzione nel 1990 dell'AGCM ha preso il via il recepimento delle direttive europee di liberalizzazione nei settori del gas naturale, elettrico, delle telecomunicazioni, dei trasporti e dei servizi finanziari. Nel 1995 veniva istituita l'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas; nel 1997 l'Autorità per le garanzie nelle Telecomunicazioni. Nel 1998, con il D.Lgs. n.114, si apriva la liberalizzazione del commercio al dettaglio e nello stesso tempo si assisteva alla privatizzazione di numerosi enti pubblici economici. Inoltre, nel 1999, con il D.Lgs. n.79, si avviava il processo di liberalizzazione del settore dell'energia elettrica, volto a superare l'assetto monopolistico attraverso l'apertura delle fasi della produzione e vendita finale e la separazione tra proprietà delle infrastrutture elettriche e la loro gestione.

Le liberalizzazioni e le privatizzazioni operate in questa fase, pur segnando un primo passaggio importante nell'economia italiana, non hanno tuttavia portato i risultati sperati in termini di efficienza e crescita di competitività sul mercato.

E' stato necessario attendere il 2006, perché una nuova ondata di provvedimenti legislativi (noti, anch'essi come Decreti Bersani) tornasse ad attribuire centralità al fenomeno delle liberalizzazioni e all'esigenza di rafforzare la tutela dei consumatori, pur in mercati già liberalizzati, attraverso misure di regolazione pubblicistica tese ad eliminare imperativamente comportamenti e prassi distorsive del mercato, superando i limiti di un episodico e tassativo intervento antitrust.

Il D.l. 4 luglio 2006, n. 223, integrato con le modifiche apportate dalla legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto una serie di misure per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività, per la tutela dei consumatori e per la liberalizzazione di settori produttivi. Tali misure includono sia norme a carattere orizzontale, volte ad integrare i poteri dell'AGCM, sia disposizioni di carattere settoriale in materia, tra l'altro, di distribuzione commerciale, panificazione, distribuzione dei farmaci, assicurazioni e banche, servizi pubblici e società partecipate, passaggi di proprietà di beni mobili registrati, sistema informativo sui prezzi dei prodotti agro alimentare.

In linea con questo provvedimento, la l. 2 aprile 2007, n. 40 (di conversione del D. l. 31 gennaio 2007, n. 7) ha previsto ulteriori misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese. I settori incisi dalle nuove regole sono

eterogenei e riguardano, tra l'altro, le comunicazioni, i carburanti, il trasporto aereo, i prodotti alimentari, i servizi assicurativi, i servizi professionali, i mercati energetici.

L'obiettivo enunciato dal legislatore è stato quello di rispondere all'esigenza di rafforzare la libertà di scelta del cittadino consumatore e la promozione di assetti di mercato maggiormente concorrenziali, anche al fine di favorire il rilancio dell'economia e dell'occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro.

Nella Relazione all'attività del 2007 dell'Autorità Antitrust, si è chiarito che la l. 40/07 modifica la disciplina regolatoria di numerosi settori, da un lato, rafforzando i diritti dei consumatori nell'ambito di attività economiche connotate da una debole dinamica concorrenziale; dall'altro lato, liberalizzando l'accesso a taluni mercati "prevalentemente attraverso misure di semplificazione e la riduzione degli adempimenti amministrativi a carico delle imprese". Nella prima area di intervento si collocano le misure relative ai settori delle comunicazioni, carburanti, prodotti alimentari, tariffe aeree, servizi assicurativi, mutui immobiliari. Favoriscono in modo più accentuato la concorrenza, invece: "la rimozione di restrizioni normative e amministrative all'esercizio di alcune attività economiche, quelle sulla comunicazione unica per la nascita dell'impresa, la portabilità dei mutui immobiliari, le concessioni per la progettazione e la costruzione delle linee ad alta velocità, nonché infine misure volte ad accrescere gli scambi sul mercato nazionale del gas naturale".

Il motore che ha reso necessari gli interventi richiamati e altri ancora – l'analisi di alcuni dei quali verrà affrontata in questa sezione del Rapporto – è stato quello di innalzare il benessere dei consumatori e promuovere la concorrenza, cercando di coniugare questi due obiettivi che, come si è detto, non sempre si coordinano con facilità.

Liberalizzare i mercati non significa eliminare la regolazione. La liberalizzazione – sia intesa in senso giuridico (riduzione o rimozione dei vincoli all'esercizio dell'attività privata) sia in senso economico (apertura dei mercati alla concorrenza tra operatori economici) – si attua sempre attraverso vicende di modificazione di discipline giuridiche. In alcuni casi, anzi, l'intervento normativo rappresenta lo strumento più utile per porre rimedio ad asimmetrie informative e a comportamenti opportunistici che, altrimenti, potrebbero contraddistinguere il mercato e ledere i consumatori. Tuttavia ciò non è sempre vero: talvolta gli interventi normativi incidono sull'assetto di interessi previsto dalle parti, riducendo, anziché innalzare, il potere di scelta del consumatore. Ciò pone l'esigenza di valutare sempre in modo attento e critico se l'adozione o il mantenimento di misure normative o regolamentari che incidono sulla struttura dei mercati sono giustificati da una effettiva impossibilità di funzionamento dei meccanismi di mercato.

Nella Sezione che segue si è perciò scelto di valutare quali siano stati i vantaggi effettivi che dalle nuove norme sono derivati ai consumatori, limitando però l'analisi solo ad alcuni settori dell'attività dei privati, ritenuti particolarmente significativi.

Dall'analisi condotta risulta che, nonostante la novità di tali discipline settoriali, alcuni effetti favorevoli ai consumatori sono già stati registrati.

Misure pro concorrenziali compatibili con la tutela del consumatore sono, ad esempio, quelle relative alla portabilità del mutuo e alla trasferibilità dei conti correnti; sebbene sia stata sollevata l'obiezione che le banche possano trovare comunque il modo di riversare sui consumatori i costi e i mancati guadagni che dovranno sopportare, aumentando ad esempio, i tassi di interesse. Nella materia delle telecomunicazioni, vantaggi al consumatore derivano dall'aver imposto maggiore trasparenza nell'offerta delle condizioni economiche e delle tariffe soprattutto nel campo della telefonia mobile; così come anche nel settore dei trasporti aerei il legislatore ha perseguito lo scopo di favorire la concorrenza e la trasparenza dei piani tariffari, a vantaggio del consumatore. Nel settore dell'energia, si segnala come i consumatori non siano più soggetti passivi del mercato, potendo soprattutto cambiare fornitore se il servizio è di cattiva qualità o se il prezzo è eccessivamente alto. Inoltre, la possibilità di scelta può indurre i consumatori a preferire prodotti più innovativi e contribuire a ridurre le emissioni di gas serra. Si guarda con favore alle misure relative al preavviso nel caso di polizze assicurative, mentre si è valutata criticamente l'efficacia delle disposizioni relative ai divieti di distribuzione esclusiva, in presenza di una differenziazione tra agenti e brokers. Anche con riguardo al sistema dell'indennizzo diretto, il consumatore è agevolato dalla voluta semplificazione dei rapporti tra assicuratore ed assicurato, tanto più che il nuovo sistema dovrebbe spingere le imprese assicurative a garantire maggiore informazioni e assistenza all'assicurato.

A rendere efficaci le norme introdotte dai Decreti Bersani hanno contribuito gli sforzi delle Autorità amministrative indipendenti, che con numerosi e importanti provvedimenti danno, giorno dopo giorno, attuazione alle nuove regole.

Queste poche indicazioni, che non hanno alcuna pretesa di esaustività, vengono maggiormente approfondite in questa sezione del Rapporto: nell'analisi di seguito riportata viene infatti condotto un esame dei "benefici" e dei "costi" che derivano al mercato e ai consumatori per effetto dell'ingresso nell'ordinamento italiano e sul mercato interno delle norme contenute nei Decreti Bersani.

2.1. IL SETTORE ASSICURATIVO (Andrea Luberti)

IL QUADRO NORMATIVO

Le misure di liberalizzazione del settore assicurativo si collocano in un arco temporale contraddistinto da un intenso fermento normativo che ha interessato non il solo regime delle assicurazioni, ma l'intero mercato finanziario.

L'utilizzo di tale nozione (che comprende l'insieme del comparto bancario e di quello degli altri intermediari creditizi disciplinati dal testo unico bancario, di quello, per l'appunto, assicurativo, e delle attività dell'intermediazione mobiliare, nonché del settore, di più recente introduzione, dei fondi pensione) evidenzia il processo di tendenziale despecializzazione degli operatori che assumerà rilievo anche al fine di verificare l'impatto sul sistema delle misure normative recentemente adottate.

Si ricorda, in particolare, oltre al D.lgs del 7 settembre 2005 n. 209, recante il "Codice delle assicurazioni private", che si esaminerà più in dettaglio, il D.lgs del 5 dicembre 2005, n. 252, recante "Disciplina delle forme pensionistiche complementari", la L. n. 262 del 28 dicembre 2005, "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari" e, infine, il D.lgs di coordinamento n. 303 del 29 dicembre 2006, emanato in base alla delega contenuta nell'atto normativo precedentemente citato.

La premessa concernente il quadro normativo disciplinante l'intero settore della finanza non apparirà superflua se si considera che consente di cogliere appieno gli elementi che contraddistinguono il mercato assicurativo, e che ne condizionano la piena concorrenzialità.

Infatti, in un mercato finanziario in cui, storicamente, la raccolta del risparmio operata dalle banche ha sempre svolto un ruolo predominante, la domanda assicurativa, in Italia, si è tradizionalmente rivolta in modo del tutto marginale, rispetto ad altri paesi, verso i rami vita, mentre la quota più rilevante del mercato è stata rappresentata dal ramo dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di autoveicoli.

Deve valutarsi che quest'ultimo settore si colloca appieno nell'ambito dei mercati a concorrenza c.d. imperfetta, in quanto presenta, oltre che un potenziale conflitto tra l'esigenza di tutela della competizione e quella della stabilità delle imprese, nonché un numero relativamente esiguo di operatori, (elementi che connotano l'intero settore finanziario) un'ulteriore serie di elementi peculiari.

In primo luogo, in conseguenza dell'obbligatorietà dell'assicurazione, vi è una relativa impossibilità o, quantomeno, difficoltà di adeguamento della domanda ai prezzi di offerta, in quanto all'utente è rimessa la sola decisione in ordine alla scelta della controparte.

D'altro canto, l'obbligo a contrarre imposto alle imprese del settore può, paradossalmente, disincentivare l'adeguamento dell'offerta alla domanda, ove il segmento di mercato non sia comunque ritenuto vantaggioso in un'ottica di selezione del rischio. In altri paesi europei al problema si è ovviato tramite la costituzione di una società pubblica (*bad company*) che agisce sul mercato con la finalità di calmierare le tariffe e di garantire la possibilità di adempimento dell'obbligo assicurativo; l'imposizione dell'indiscriminato obbligo a contrarre è, altresì, stata avversata dalla Commissione europea attraverso l'avvio di una procedura di infrazione, argomentando che da un'abolizione dell'obbligo potrebbe, al contrario, derivare un incremento della concorrenza tramite l'ingresso sul mercato.

Si aggiunga, inoltre, la presenza di un rilevante carico fiscale sui premi corrisposti in favore delle compagnie, e l'incidenza, sui costi sopportati dagli assicurati, del risarcimento del danno accordato in favore dei danneggiati (che, in un sistema che prevede l'azione diretta di questi ultimi nei confronti dell'impresa di assicurazione, non è, viceversa, percepito quale fattore di costo).

Inoltre, tale risarcimento consiste nella maggior parte dei casi, nel ristoro di lesioni di carattere non patrimoniale e sulla determinazione delle tariffe pesa, indubbiamente, la mancanza di specifiche indicazioni normative che delimitino l'ammontare del danno biologico.

Si deve tenere presente, peraltro, che il settore assicurativo risulta essere disciplinato da fonti di prevalente derivazione comunitaria, e che proprio in conformità a norme europee (per la precisione: "Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, n. 49, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le Dir. 73/239/CEE e 88/357/CEE "terza direttiva assicurazione non vita"), a partire dall'1 luglio 1994 il regime delle tariffe assicurative è passato da un sistema amministrato ad una determinazione basata sulla concorrenza: tuttavia, in presenza di un limitato numero di operatori, dettato dalle intrinseche caratteristiche del mercato, la

liberalizzazione anziché garantire un miglioramento della concorrenza ha prodotto un rilevante aumento dei prezzi di copertura.

Tale fenomeno è stato ascritto anche a comportamenti collusivi di talune delle imprese più importanti: ci si riferisce, in particolare, all'accordo anticoncorrenziale sanzionato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con il noto provvedimento n. 8546 del 2000, che, uscito indenne dalle impugnazioni innanzi agli organi di giustizia amministrativa, ha altresì costituito l'avvio per una serie di richieste risarcitorie, promosse dagli assicurati: queste ultime hanno dato origine ad un interessante dibattito dottrinario circa l'azionabilità, da parte dei singoli consumatori, delle violazioni della normativa in materia di concorrenza sanzionate in via pubblicistica.

Si aggiunga, inoltre, che ostacoli alla piena concorrenzialità dei prodotti RC auto sono storicamente individuati nella configurazione dei canali di distribuzione, basati sugli agenti di assicurazione, disciplinati dalla L. 7 febbraio 1979, n. 48, che, operando per conto dell'impresa, sono soggetti all'imposizione di vincoli di monomandato, mentre successiva e, sostanzialmente, traslata da esperienze straniere, è stata la disciplina del mediatore di assicurazione o broker (ad opera della L. 28 novembre 1984, n. 792). Per contro, come detto, nei prodotti del ramo vita e in quelli c.d. finanziario-assicurativi assume particolare importanza l'intermediazione operata dalle banche nell'ambito di quella "raccolta di risparmio tra il pubblico" che in base alle norme del Testo unico bancario ne costituisce il proprium della attività, soprattutto in considerazione della maggiore fidelizzazione della clientela (c.d. bancassurance).

Il quadro rappresentato è stato confermato nel Codice delle assicurazioni e nel Regolamento ISVAP 5/06 di disciplina dell'intermediazione assicurativa, che hanno regolamentato quattro categorie di intermediari, comprensive, per l'appunto, degli agenti, dei mediatori, delle banche (ed altre imprese finanziarie), e del canale marginale costituito dai c.d. produttori diretti che agiscono alle dipendenze delle imprese, prevedendo, inoltre, l'iscrizione nello specifico Registro anche dei collaboratori dei citati intermediari.

LE NORME

Le disposizioni contenute nei c. d. Decreti Bersani si inseriscono, come accennato, in un quadro normativo che già aveva introdotto, dapprima tramite le previsioni della L. 57/01 in seguito recepite nel Codice delle assicurazioni, successivamente tramite misure contenute nel medesimo Codice, norme dirette all'aumento e alla promozione della concorrenza, tra cui si ritiene di dover menzionare il meccanismo risarcitorio dell'indennizzo diretto, previsto dall'art. 149 del Codice, e dal relativo regolamento ministeriale di attuazione: la circostanza che il risarcimento sia erogato direttamente all'assicurato dalla propria compagnia, infatti, dovrebbe determinare la possibilità, per gli interessati, di valutare nel giudizio comparativo anche la celerità e la quantificazione del ristoro, anche per l'introduzione di norme, in parte già presenti nella L. 57/01, che mirano a contenere entro limiti prefissati il risarcimento del danno biologico.

Il D.L. 4 luglio 2006, n. 223, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale", convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto una serie di importanti innovazioni agli aspetti della disciplina assicurativa sopra esposti.

L'articolo 8, rubricato come "Clausole anticoncorrenziali in tema di responsabilità civile auto", ha, al comma 1, precluso alle compagnie assicurative e ai loro agenti di vendita di stipulare nuove clausole contrattuali di distribuzione esclusiva e di imposizione di prezzi minimi o di sconti massimi per l'offerta di polizze relative all'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile auto, introducendo il divieto di c.d. monomandato nel ramo relativo all'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore.

Si tratta di misure finalizzate ad incentivare l'offerta di prodotti assicurativi e la concorrenza, sanzionando intese restrittive della concorrenza di carattere verticale, cioè intercorrenti tra soggetti che si collocano a livelli diversi della catena distributiva.

In sede di conversione del D.L. è stato, altresì, previsto l'obbligo per gli intermediari, nei settori liberalizzati, di informare l'assicurato sulle provvigioni loro riconosciute dalle imprese: tale obbligo mira ad ovviare al problema dettato dalla circostanza che, non essendo stata eliminata la distinzione normativa tra l'agente e il broker, il primo opera per conto dell'impresa, e non dell'assicurato, e non è, quindi, tenuto all'offerta del prodotto assicurativo più conveniente.

I commi 2 e 3 dell'articolo 8 forniscono l'enforcement al divieto, comminando la nullità delle clausole in questione ("secondo quanto previsto dall'articolo 1418 c.c."), dopo aver previsto un regime di adeguamento per quelle già sottoscritte, e, nello stesso, tempo, qualificando quale intesa restrittiva, sanzionabile quindi

anche su azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'imposizione di un mandato di distribuzione esclusiva o del rispetto di prezzi minimi o di sconti massimi per responsabilità civile auto.

E' da notare, peraltro, che la formulazione della norma non appare impeccabile: infatti, mentre da un lato è qualificata quale "intesa" quella che, anche dalla formulazione della fattispecie, dovrebbe essere più correttamente valutata quale un'imposizione unilaterale (anche perché, come detto, presupposto per l'applicabilità della norma in esame è la disparità contrattuale tra le imprese di assicurazione e l'intermediario), dall'altro la norma effettua riferimento ai prezzi praticati nei confronti del consumatore. Tale termine ha, nel nostro ordinamento, un significato giuridico ben preciso e, quindi, applicando letteralmente la nozione quale ricavata dal Codice del Consumo e dalle direttive comunitarie, ne deriverebbe che i divieti suddetti opererebbero solo per le offerte di prodotti assicurativi nei confronti delle persone fisiche che agiscano per finalità estranee all'attività professionale eventualmente svolta, opzione ermeneutica impraticabile nel settore assicurativo che fornisce un regime giuridico non differenziato in ragione delle qualifiche soggettive del contraente.

L'articolo 5 (Misure per la concorrenza e per la tutela del consumatore nei servizi assicurativi) del D.L. 31 gennaio 2007, n. 7, "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", poi convertito nella L. 2 aprile 2007, n. 40, ha disposto una serie ulteriore di misure finalizzate alla tutela degli assicurati, intervento raggiunto, peraltro, novellando il Codice delle assicurazioni e il Codice civile, ed incidendo, pertanto, sul tessuto connettivo della disciplina dell'assicurazione.

In primo luogo, il comma 1 ha esteso il divieto di monomandato e di fissazione di tariffe minime alle polizze relative a tutti i rami danni, e non solo a quello RC auto (la limitazione del regime di liberalizzazione e l'esclusione dei rami vita possono, come visto, in base al dato che il settore della distribuzione dei prodotti vita è, di norma, attuato tramite il canale bancario).

I commi 1-bis e 2 hanno novellato l'articolo 134 del Codice delle assicurazioni, innovando parzialmente il regime giuridico dell'attestato del rischio che, nell'assicurazione obbligatoria RC auto, riveste la funzione di fornire il profilo di "rischiosità" dell'assicurato.

La prima disposizione normativa ha, infatti, stabilito il principio di conservazione almeno quinquennale della validità dell'ultimo attestato dello stato di rischio, in caso di cessazione del rischio assicurato o in caso di sospensione o di mancato rinnovo del contratto di assicurazione per mancato utilizzo del veicolo.

Maggiormente articolata la seconda disposizione, che contiene un triplice ordine di previsioni integrative dell'articolo 134 del Codice delle assicurazioni, introducendovi tre nuovi commi.

Il comma 4-bis, in primo luogo, dispone che la citata attestazione di rischio nei confronti di persona fisica già titolare di polizza assicurativa o di un componente del suo nucleo familiare stabilmente convivente equivalga a quella risultante dall'ultimo attestato di rischio conseguito sul veicolo in precedenza assicurato.

Il comma 4-ter disciplina ex novo la variazione della classe di merito secondo il meccanismo del bonus-malus: la variazione non è consentita prima dell'accertamento dell'effettiva responsabilità del contraente, sempre che lo stesso sia il responsabile principale del sinistro, mentre, ove non sia possibile accertare la responsabilità principale, la responsabilità e la conseguente variazione deve essere valutata pro quota in relazione al numero dei conducenti coinvolti.

Il comma 4-quater, infine, dispone l'obbligo per le imprese di comunicare tempestivamente al contraente le variazioni peggiorative apportate alla classe di merito.

Si tratta di disposizioni, come è agevole intuire, che mirano ad una diretta ed immediata tutela dell'assicurato nel rapporto con l'impresa di assicurazione, mentre i successivi commi del c.d. Bersani II mirano a promuovere l'effettiva concorrenza tra le imprese garantendo, da un lato, una più completa informazione del consumatore sull'offerta dei prodotti assicurativi e, dall'altro, consentendo allo stesso un'immediata adesione alle offerte ritenute più vantaggiose: il comma 3 prevede la realizzazione di un sistema di preventivazione informatizzato, realizzato dall'ISVAP e disponibile sul sito del Ministero dello sviluppo economico, che consenta la comparabilità delle tariffe praticate delle imprese, mentre il comma 4 ha innovato il regime giuridico della durata dei contratti di assicurazione e del diritto di recesso di cui all'articolo 1899, comma 1, secondo periodo c.c.: il diritto di recesso, prima attribuito ad entrambe le parti e solo in caso di durata ultradecennale (essendo tutelando non solo l'interesse dell'assicurato alla definizione del vincolo contrattuale, ma anche quello dell'assicuratore alla corretta predeterminazione del rischio) è, oggi, inderogabilmente attribuito al solo assicurato, senza oneri e con preavviso di sessanta giorni.

Infine, il comma 5 ha disciplinato le questioni transitorie relative all'applicazione delle norme ai contratti già stipulati.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

L'introduzione della procedura di risarcimento diretto sembra aver contribuito a ridurre il costo complessivo dei sinistri, creando i presupposti per il contenimento delle tariffe Rc auto.

Valutando, invece, l'impatto delle norme di liberalizzazione sui consumatori, può ritenersi che, mentre le disposizioni dirette in via immediata alla tutela dell'assicurato abbiano sostanzialmente raggiunto il loro obiettivo, le innovazioni introdotte con finalità concorrenziali non abbiano, ancora, soddisfatto le attese di calmieramento che erano state prospettate in sede di introduzione della disciplina (come emerso anche dalla lettura della pubblicistica non specializzata).

Non risulta, peraltro, raggiunta unanimità di vedute sulla piena idoneità, già a livello astratto, delle misure introdotte di realizzare, in mancanza di ulteriori innovazioni normative, un miglioramento della concorrenza nei servizi assicurativi.

Si rileva, ad esempio, circa i divieti di distribuzione esclusiva, che in presenza di una ancor attuale differenziazione tra gli agenti e i broker, e non sussistendo un obbligo per le imprese di stipulare accordi di distribuzione con gli agenti, il perseguimento di finalità concorrenziali potrebbe essere più adeguatamente perseguito tramite interventi più incisivi sulla disciplina delle reti di distribuzione.

Deve, inoltre, segnalarsi la denuncia di alcune imprese alla Commissione Europea, al fine di promuovere l'avvio della procedura di infrazione lamentando l'illegittimità comunitaria di norme che introducono, a dire delle imprese, a danno delle compagnie non italiane operanti nel nostro ordinamento condizioni di operatività deteriori rispetto a quello d'origine, disincentivando tali *newcomers* all'ingresso nel mercato italiano. In particolare, è obiettato che il divieto di monomandato potrebbe addirittura sortire effetti opposti a quelli desiderati, in quanto potrebbe costringere le imprese a fidelizzare i canali distributivi mediante un *contracting in* che determinerebbe un aumento dei premi a carico degli assicurati.

Il quadro sin qui descritto non sarebbe completo se si tenesse conto delle sole disposizioni contenute nella disciplina legislativa: le misure di liberalizzazione introdotte, così come le previgenti norme codicistiche, saranno progressivamente recepite nell'attività regolamentare in fieri dell'Autorità di vigilanza (l'ISVAP).

A seguito dell'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni, infatti, nel diritto delle assicurazioni si è assistito, da un lato, ad una codificazione delle fonti previgenti e, nello stesso tempo, ad una delegificazione della materia, attraverso la devoluzione all'ISVAP di un potere regolamentare che non si limita ad integrare le disposizioni codicistiche ma che, in alcuni casi, si sostituisce alle previgenti disposizioni di legge non confluite nel Codice.

In forza, peraltro, della previsione contenuta nell'art. 5 del Codice stesso, la potestà normativa dell'ISVAP è indirizzata non solo alla sana e prudente gestione delle imprese, ma, altresì, alla trasparenza ed alla correttezza degli operatori ed alla protezione del consumatore.

In quest'ottica, le previsioni regolamentari dell'ISVAP stanno recependo le innovazioni contenute nella citata normativa primaria di liberalizzazione. Si fa riferimento, in particolare, al Regolamento 5/06, di disciplina dell'intermediazione assicurativa, che ha abilitato, in un'ottica di liberalizzazione, i c.d. collaboratori esterni degli intermediari ad operare in proprio nel settore della RC auto (ma non ancora nella globalità dei rami danni) e alle modifiche del Regolamento 4/06, disciplinante l'esercizio dell'attività assicurativa nel ramo RC auto, rese necessarie, con riferimento alla disciplina dell'attestato del rischio, dal c.d. Bersani bis.

In data 17 gennaio 2008 si è conclusa la gara di aggiudicazione del c.d. "preventivatore elettronico", che consentirà una immediata comparazione tra le offerte delle varie imprese del settore.

Si è, infine, intensificato il processo di integrazione tra il mondo bancario e quello assicurativo: le associazioni di categoria (ABI ed ANIA) hanno, infatti, annunciato la costituzione di una federazione e le rispettive assemblee hanno deliberato in tal senso la modifica dei relativi statuti.

Se tale processo, da un lato, il processo suscita problemi di compatibilità con le norme antitrust che mirano ad impedire intese collusive (ed in tale ottica si giustificano le perplessità inizialmente espresse dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato), dall'altro l'effettiva integrazione dei canali di distribuzione potrebbe garantire economie di scala idonee a ripercuotersi vantaggiosamente sul consumatore finale ove adeguatamente disciplinato.

Appare, nel complesso, necessario, al fine di valutare la necessità e l'utilità di ulteriori interventi normativi finalizzati alla promozione della concorrenza del settore, un congruo *spatium deliberandi* che consenta il pieno recepimento delle innovazioni normative citate e che, nello stesso tempo, permetta di valutare gli esiti di quelle realizzate anche con riferimento alla coeva evoluzione del mercato.

2.2 L'INDENNIZZO DIRETTO E PLURIMANDATARI (Giacomo Pongelli)

II QUADRO NORMATIVO

Il nuovo istituto dell'indennizzo diretto è stato introdotto con il D.lgs. 7 settembre 2005 n. 209, che ha riordinato sistematicamente tutta la normativa in materia assicurativa in un unico Codice delle assicurazioni. La regolamentazione dell'indennizzo diretto è prevista dagli articoli 149 e 150: la prima disposizione delinea la fattispecie normativa e ne determina gli effetti, mentre la seconda riguarda le modalità applicative della nuova disciplina. La norma contenuta nell'art. 150, tuttavia, non stabilisce direttamente le regole applicative, ma si limita a rinviare espressamente ad un successivo regolamento al fine di specificare la disciplina di dettaglio, indicandone i punti essenziali. Il regolamento in questione è stato approvato con D.P.R. n. 254/2006, emanato il 18 luglio 2006 ed applicabile ai sinistri verificatisi a far data dal 1 febbraio 2007.

La disciplina dell'indennizzo diretto si applica non a tutti i sinistri, ma soltanto a quelli che presentano le caratteristiche previste dall'art. 149, commi 1° e 2°, del codice delle assicurazioni. I requisiti indicati dalla legge, necessari per attivare la procedura in esame, riguardano sia i veicoli coinvolti nel sinistro, sia i danni che ne siano derivati. Deve trattarsi di veicoli a motore entrambi identificati, assicurati per la responsabilità civile obbligatoria e immatricolati in Italia. La disciplina trova applicazione per il risarcimento dei danni arrecati al veicolo e alle cose trasportate di proprietà dell'assicurato o del conducente mentre, con riguardo ai danni alla persona, sono risarcibili, attraverso la modalità dell'indennizzo diretto, soltanto i danni subiti dal conducente purché rientrino nella categoria delle lesioni di lieve entità, come previste dall'art. 139 del codice delle assicurazioni. I danni subiti dal terzo trasportato non rientrano, invece, nella categoria dei danni risarcibili con la procedura di indennizzo diretto e per questi verrà applicata l'apposita disciplina normativa di cui all'art.141 C.d.A.

Qualora ricorrano i presupposti che delincono la fattispecie di applicabilità dell'indennizzo diretto, in deroga alla disciplina generale prevista all'art. 144 del C.d.A. e agli artt. 2043 e 2054 c.c., il danneggiato non potrà far valere la propria pretesa risarcitoria né verso il responsabile civile, né nei confronti dell'impresa di assicurazione di quest'ultimo, ma dovrà rivolgere la richiesta esclusivamente alla propria impresa di assicurazione, ossia all'impresa con cui ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato.

Ai sensi dell'art. 149, comma 3°, C.d.A., l'assicurazione del danneggiato è obbligata a provvedere alla liquidazione dei danni "per conto" dell'impresa di assicurazione del veicolo responsabile, salva la successiva regolazione dei rapporti tra le imprese medesime.

Un aspetto controverso e non definito della nuova disciplina dell'indennizzo diretto è costituito dalla qualificazione giuridica del tipo di rapporto che intercorre tra le due imprese assicurative, quella del danneggiato e quella del responsabile civile. In dottrina è acceso il dibattito se tale rapporto debba intendersi come un mero anticipo delle somme dovute dall'altra impresa, oppure possa essere qualificato come una fattispecie di mandato, di acollo o di altra sostituzione soggettiva nel debito.

A seguito della richiesta di indennizzo diretto da parte del danneggiato, l'impresa di assicurazione ha l'obbligo di provvedere alla liquidazione formulando un'offerta di risarcimento che può essere accettata o meno dal richiedente. In caso di accettazione, l'impresa deve effettuare il pagamento entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione e il danneggiato è tenuto a rilasciare una quietanza liberatoria che produce effetti non solamente in capo alla propria assicurazione liquidatrice, ma che mette a riparo da successive pretese risarcitorie anche il responsabile del sinistro e la sua compagnia assicurativa. In caso di rifiuto espresso o di mancata risposta del danneggiato all'offerta formulata dalla propria assicurazione, quest'ultima deve comunque corrispondere la somma proposta entro lo stesso termine di quindici giorni e tale somma verrà imputata all'eventuale liquidazione definitiva del danno.

E' possibile che non venga raggiunto l'accordo tra il danneggiato e la propria impresa assicurativa, non solo quando l'offerta non sia considerata adeguata dal danneggiato, ma anche qualora si verifichi l'ipotesi che l'assicurazione dichiari inapplicabile l'indennizzo diretto alla fattispecie, oppure ometta di formulare l'offerta di risarcimento. In tutti questi casi si prospetta una "via obbligata" per il danneggiato che intenda agire giudizialmente: mentre la disciplina generale dell'azione diretta, contenuta negli artt. 144 e 145 C.d.A., prevede che il danneggiato possa proporre l'azione per il risarcimento direttamente contro l'impresa di assicurazione del responsabile civile, salva sempre la possibilità di rivolgersi nei confronti del responsabile stesso, nell'ipotesi in cui la situazione rientri nell'ambito applicativo dell'indennizzo diretto, il danneggiato potrà invece agire per il risarcimento solamente nei confronti della propria impresa assicurativa. L'unica possibilità di ottenere una sentenza efficace anche nei confronti dell'impresa di assicurazione del veicolo

responsabile si verifica quando quest'ultima interviene volontariamente nel giudizio, estromettendo l'altra impresa e riconoscendo la responsabilità del proprio assicurato. Al di fuori di questa ipotesi, il danneggiato potrà relazionarsi solo con la propria impresa di assicurazione, sia in un contesto stragiudiziale che giudiziale.

LE NORME

Su espresso rinvio della norma di cui all'art. 150 del codice delle assicurazioni, è il D.P.R. n. 254/2006 a specificare la disciplina di dettaglio per quanto riguarda le modalità applicative dell'indennizzo diretto.

Il decreto è composto da 15 articoli che regolano le fondamentali innovazioni introdotte con il nuovo sistema di risarcimento.

Il danneggiato deve effettuare la richiesta di risarcimento direttamente alla propria impresa assicurativa, la quale ne dà immediatamente comunicazione all'impresa dell'assicurato ritenuto responsabile del sinistro al solo fine di verificare la copertura assicurativa e le modalità di accadimento del sinistro (v. art. 5 D.P.R. n.254/2006).

L'assicurazione del danneggiato ha un termine di sessanta giorni per comunicare al richiedente un'offerta di risarcimento o, alternativamente, i motivi per i quali l'offerta non può essere formulata. Il termine entro cui effettuare l'offerta è elevato a novanta giorni nel caso di lesioni personali, oppure ridotto a trenta nell'ipotesi in cui il danneggiato presenti il modulo di denuncia del sinistro di cui all'art. 143 C.d.A., sottoscritto da entrambi i conducenti coinvolti nel sinistro.

La nuova disciplina contenuta nel codice delle assicurazioni prevede inoltre, a carico del danneggiato richiedente il risarcimento, l'onere di fornire una serie di informazioni (previste all'art. 148 C.d.A. e dall'art. 6 del regolamento), le quali devono essere incluse nella domanda di risarcimento da consegnare a mano o da inviare mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, oppure tramite telegramma o fax o, se non escluso dal contratto, in via telematica (art. 5, comma 2°, regolamento). L'impresa di assicurazione, entro trenta giorni dalla ricezione, può comunque invitare il danneggiato a fornire le informazioni necessarie nel caso in cui la richiesta formulata risulti incompleta.

Ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. n. 254/2006, l'impresa di assicurazione, qualora riceva una richiesta di risarcimento per un sinistro che non rientra nell'ambito di applicazione dell'indennizzo diretto, è tenuta ad informare il danneggiato proprio cliente entro trenta giorni per mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento e ha altresì l'obbligo di trasmettere la richiesta all'impresa di assicurazione del responsabile del sinistro.

Per quanto riguarda la regolazione interna dei rapporti tra imprese di assicurazione, l'art. 13, 1° e 2° comma, del citato regolamento contenuto nel D.P.R. prevede che le imprese di assicurazione stipulino obbligatoriamente, tra loro, una convenzione che disciplini i rapporti organizzativi ed economici.

La disposizione normativa fissa i principi generali relativi alla regolazione contabile tra le imprese per i risarcimenti anticipati, ossia per quei risarcimenti che un'impresa liquida al proprio danneggiato-assicurato, ma che sarebbero a carico dell'impresa di assicurazione del responsabile del sinistro. In particolare, è previsto che vi sia una stanza di compensazione dei risarcimenti effettuati, che attualmente viene gestita dalla CONSAP; al riguardo il 3° comma del citato articolo 13 dispone che "l'attività della stanza di compensazione debba essere svolta in regime di completa autonomia rispetto alle imprese di assicurazione ed ai loro organismi associativi".

Attraverso questo meccanismo, la compagnia, che ha provveduto al pagamento diretto del danno, non recupera esattamente la stessa somma corrisposta al danneggiato, ma un importo "prefissato" determinato attraverso la stessa convenzione. A tale proposito l'ANIA, associazione delle imprese assicuratrici italiane, ha adottato la CARD (Convenzione tra Assicuratori per il Risarcimento Diretto) con lo scopo di regolamentare i rapporti tra tutte le compagnie assicuratrici, le quali delegano al gestore della stanza di compensazione la gestione degli adempimenti della stanza di compensazione stessa e la regolazione dei reciproci rapporti. L'adesione alla CARD è obbligatoria per tutte le imprese con sede legale in Italia e per quelle che, operando in regime di libertà di stabilimento o di prestazione di servizi, abbiano deciso di aderire al sistema di indennizzo diretto.

Per i danni a cose le compensazioni avvengono secondo i costi medi che possono essere differenziati per macroaree su base territoriale, mentre per i danni alla persona le compensazioni possono avvenire anche in virtù di meccanismi che prevedano l'applicazione di franchigie a carico dell'impresa che ha risarcito il danno. I valori dei costi medi e delle franchigie vengono calcolati annualmente sulla base dei risarcimenti effettivamente corrisposti nell'esercizio precedente. Per il calcolo annuale dei valori da assumere ai fini delle

compensazioni è istituito presso il Ministero dello sviluppo economico un apposito Comitato tecnico, al quale i dati vengono forniti dalla stanza di compensazione.

Per quanto concerne i criteri per la determinazione della responsabilità delle parti in regime di indennizzo diretto, il regolamento (art. 12) prevede che l'impresa di assicurazione applichi la tabella allegata allo stesso regolamento, "in conformità alla disciplina legislativa e regolamentare in materia di circolazione stradale". La tabella contiene i principi generali per la valutazione del grado di responsabilità, avvalendosi dell'ausilio di alcuni disegni in cui sono raffigurate le principali dinamiche dei sinistri e in cui vengono attribuite le responsabilità relative ai veicoli coinvolti.

Un'altra peculiarità introdotta dalla nuova disciplina consiste nella innovazione dei contratti di assicurazione, ovvero nella possibilità di contemplare clausole che prevedano il risarcimento del danno in forma specifica con contestuale riduzione del premio assicurativo, la quale deve essere espressamente indicata nel contratto (art. 14, commi 1° e 2°, D.P.R. n. 254/2006).

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

Tra le novità introdotte dal sistema dell'indennizzo diretto, ha particolare rilevanza l'obbligo posto in capo all'impresa di assicurazione di fornire assistenza tecnica ed informativa ai danneggiati. E' l'impresa di assicurazione dello stesso danneggiato che, adempiendo agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede, fornisce l'assistenza utile alla migliore prestazione del servizio e alla piena realizzazione del diritto al risarcimento del danno (art. 9, comma 10°, regolamento). Oltre agli obblighi contrattualmente previsti, la nuova disciplina impone all'assicurazione di fornire al proprio assicurato il supporto tecnico nell'effettuare la richiesta di risarcimento e di assisterlo durante tutta la procedura, anche ai fini della quantificazione dei danni alle cose e ai veicoli, nonché con riguardo alla determinazione dei criteri di responsabilità.

In tale situazione, l'impresa di assicurazione si trova a dover giocare un doppio ruolo, di liquidatore del danno e di consulente del danneggiato, in una sorta di conflitto di interessi. Ciò si traduce nella necessità da parte dell'impresa di dover contemperare le diverse esigenze al fine di creare un rapporto di fiducia con il cliente, in modo da evitare il passaggio ad un'altra compagnia assicurativa nel caso in cui l'assicurato non si ritenga soddisfatto del risarcimento riconosciuto.

Tra le finalità principali perseguite con il sistema dell'indennizzo diretto vi è infatti quella di semplificare i rapporti tra assicuratore e assicurato, instaurando tra loro un rapporto diretto e chiaro, favorendo una relazione di reciproca collaborazione con la conseguente eliminazione di intermediari. Gli obiettivi che il legislatore intende raggiungere sono altresì espressi nell'art.14 del D.P.R. 254/2006, il quale evidenzia come vengano a prodursi i benefici per gli assicurati attraverso la maggiore efficienza nella gestione dei sinistri sia in termini di velocità che di abbattimento dei costi, l'ottimizzazione della attività e l'innovazione dei contratti, che comportano la riduzione dei premi assicurativi e una più ampia competitività tra gli operatori del settore. La nuova normativa costituisce senza dubbio un grande incentivo per le imprese assicurative ad investire nella qualità e nella completezza dei servizi offerti, con particolare riguardo all'assistenza tecnica e informativa al proprio assicurato, parametri che inizieranno ad influenzare notevolmente la concorrenza tra le imprese con indubbi vantaggi per i consumatori. Con la nuova disciplina, pertanto, si intende creare un sistema più efficiente nell'interesse di tutti coloro che operano nel mercato assicurativo.

Mentre la precedente normativa sull'assicurazione obbligatoria r.c. auto (L. n. 990/1969) era volta essenzialmente a tutelare il danneggiato, il sistema dell'indennizzo diretto guarda, invece, in via prioritaria alla figura dell'assicurato-consumatore. Tutto ciò comporta un impatto rilevante sulla posizione dei consumatori, in conformità alla L. delega n. 229/2003, la quale prevedeva, all'art.4 lett. b, che il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni fosse improntato ai principi di tutela dei consumatori e, in generale, dei contraenti più deboli, secondo i canoni della trasparenza e della correttezza.

Agli aspetti positivi rilevati fanno riscontro profili problematici. In particolare, la peculiarità della nuova disciplina, secondo la quale il danneggiato può agire solo nei confronti della propria impresa di assicurazione, ha suscitato perplessità e obiezioni, sia sul piano del diritto comunitario, sia nell'ambito del diritto interno.

Sul versante del diritto comunitario, è stato sostenuto che la nuova disciplina dell'indennizzo diretto si pone in contrasto con le disposizioni della Dir. 2005/14/CE. Quest'ultima prevede che gli Stati membri debbano attivarsi al fine di consentire ai danneggiati di avvalersi di un diritto di azione diretta nei confronti dell'assicurazione del responsabile del sinistro. L'ordinamento italiano, in realtà, era già adeguato alle indicazioni della direttiva sin dalla legge n. 990/1969, poi abrogata dal codice delle assicurazioni. La legge del 1969 in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione

degli autoveicoli, all'art. 18, prevedeva la possibilità per il danneggiato di agire direttamente contro l'assicurazione del responsabile.

Ora, nei casi in cui trova applicazione la disciplina dell'indennizzo diretto, il potere di agire nei confronti dell'assicurazione del responsabile, previsto dalla precedente normativa nazionale e successivamente imposto dalla direttiva del 2005, viene negato e sostituito dal dovere di agire nei confronti soltanto della propria assicurazione. A causa di tale inadempienza agli obblighi derivanti dalla direttiva comunitaria, nel luglio 2007 l'AGIFOR (Associazione giovanile forense) ha presentato un esposto alla Commissione Europea.

Con riguardo al diritto interno, il nuovo assetto della procedura risarcitoria risulterebbe in contrasto con un principio cardine del nostro ordinamento giuridico, quello del *neminem laedere*, che attribuisce la responsabilità direttamente all'autore del danno. Pertanto, sebbene la prescrizione normativa imponga di esercitare l'azione esclusivamente contro la propria impresa assicuratrice, sta recentemente facendosi strada in giurisprudenza la tendenza a riconoscere al danneggiato la più ampia facoltà nella scelta del soggetto da convenire in giudizio, sia esso il responsabile del sinistro o l'assicurazione di quest'ultimo.

A tale risultato i giudici pervengono attraverso percorsi differenti. In alcuni casi giurisprudenziali (v. GdP di Montepulciano e GdP di Pavullo nel Frignano) è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale delle norme in esame (artt. 141 e 149 C.d.A.) e, con ordinanza, sono stati rimessi gli atti alla Corte Costituzionale; secondo altre pronunce (vedi Trib. Torino 11 ottobre 2007 e, in senso conforme, i GdP di Torino, Sorrento e Napoli), sulla base di un'interpretazione "costituzionalmente orientata" si è ritenuto che le nuove disposizioni non hanno sottratto al danneggiato la possibilità di agire con le azioni precedentemente esperibili contro il responsabile civile ai sensi degli artt. 2043 e 2054 c.c., e in virtù del principio dell'azione diretta sancito dall'art. 144 C.d.A., in quanto tali norme non sono abrogate né derogate espressamente dalla nuova disciplina in materia di assicurazioni.

Il principale vizio di costituzionalità rilevato si riferisce proprio ai diritti dei danneggiati-consumatori, i quali sarebbero limitati sia sul piano sostanziale che processuale, in quanto il codice delle assicurazioni, in contrasto con l'art. 76 Cost., eccede i confini previsti dalla L. delega 229/2003.

Altro aspetto della nuova disciplina che di recente ha assunto rilevanza costituzionale è dato dal fatto che il nuovo regolamento, al fine di creare con maggiore solidità il legame tra l'impresa assicurativa e il proprio assicurato, prevede che, qualora l'offerta di risarcimento venga accettata, sugli importi dovuti non vengano riconosciuti compensi per la consulenza professionale di cui si sia avvalso il danneggiato, con la sola esclusione di quella medico-legale per i danni alla persona (art. 9, comma 2°, regolamento). Questa limitazione ha sollevato soprattutto le polemiche della categoria forense, la quale si trova privata dell'attività di consulenza legale in ambito di risarcimento danni da sinistri stradali, in quanto i danneggiati eviteranno di chiedere l'assistenza di un avvocato posto che la spesa sostenuta non viene rimborsata con la liquidazione del danno. Gli stessi consumatori-utenti si trovano ad essere privati del diritto di assistenza legale fornita da un professionista, dovendo affidarsi esclusivamente al rapporto con la propria compagnia assicurativa.

Tuttavia, la norma prevede il mancato rimborso delle spese di assistenza legale nel solo caso in cui l'offerta di risarcimento formulata dall'impresa di assicurazione venga accettata, mentre si ritiene che, nell'ipotesi in cui il danneggiato non accetti l'offerta, i compensi per l'assistenza legale stragiudiziale possono comunque essere richiesti in sede di giudizio.

L'intento del legislatore è stato senza dubbio quello di voler mettere freno al lievitare dei costi "accessori", tra i quali le spese legali hanno sempre inciso in modo significativo, soprattutto nelle fattispecie di danni di piccola e media entità.

Con una recente ordinanza del 6 febbraio 2008, il GdP di Cagliari, accogliendo l'eccezione dell'attore-danneggiato al quale era stato negato il rimborso delle spese legali relative alla fase stragiudiziale, ha rimesso gli atti alla Corte Costituzionale sollevando l'illegittimità della norma di cui all'art. 9 del DPR 254/2006. Diversi sono stati i profili di illegittimità ravvisati dal giudice in questione, in primis è stata rilevata una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, in quanto il danneggiato si troverebbe in condizione di dover sottostare all'offerta della propria compagnia assicurativa al fine di evitare le spese di consulenza legale, e ciò discriminerebbe i meno abbienti non in grado di potersi permettere le spese legali a proprio carico. Inoltre, l'applicazione della nuova disciplina soltanto a determinate fattispecie di sinistro, creerebbe una ingiustificata disparità di condizioni tra i danneggiati in casi tra loro molto simili, nonché una differenza di trattamento tra i professionisti, medici e legali, che avrebbero diritto ad essere messi sullo stesso piano e ad avere le stesse opportunità senza discriminazioni. Altro profilo di rilevanza costituzionale sarebbe configurato dalla presunta violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost., poiché tale

diritto cesserebbe di essere garantito anche nella fase stragiudiziale, diventando un optional per i danneggiati più facoltosi disposti ad accollarsene i costi.

Infine, anche sotto il profilo delle spese legali, è stato rilevato un eccesso di delega in contrasto con l'art. 76 Cost. poiché, nell'emanare il D.P.R. 254/2006, non rientrava nei poteri attribuiti al Governo quello di modificare la situazione preesistente, tantomeno modificarla in senso peggiorativo per il consumatore, escludendo il rimborso delle spese.

In conclusione, nonostante gli indubbi vantaggi che il legislatore ha inteso raggiungere attraverso la nuova disciplina, si ritiene che avrebbe potuto lasciare maggiore autonomia di scelta al danneggiato-consumatore, prevedendo una facoltatività e non un obbligo ad aderire al veloce ed efficiente meccanismo dell'indennizzo diretto.

2.3 IL SETTORE BANCARIO (Marianna Scali)

IL QUADRO NORMATIVO

La sempre più avvertita esigenza di favorire la circolazione delle operazioni di finanziamento ha portato il legislatore, con i c.d. decreti Bersani, ad introdurre le regole della concorrenza anche in questo segmento del mercato del credito. Mentre infatti meccanismi competitivi operavano nella fase relativa alla creazione delle operazioni di finanziamento bancario, le regole del mercato erano del tutto assenti nel settore della circolazione dei finanziamenti, al punto da potersi affermare che non ne esistesse un vero e proprio mercato.

Si trattava, dunque, di eliminare le cause di una duplice inefficienza: sotto il profilo della concorrenza, per la barriera all'ingresso che di fatto veniva a crearsi nei confronti di operatori finanziari che volessero intervenire in operazioni in essere, e sotto il profilo della qualità dei servizi finanziari praticati per l'assenza di incentivi, per i nuovi finanziatori, a fornire credito a condizioni migliori.

Da un altro punto di vista, la normativa sullo *ius variandi* delle banche (e sul connesso diritto di recesso del consumatore) mostrava tutta la sua inadeguatezza a fronte della disciplina prevista, in via generale, dall'art. 33 Cod. cons. L'art. 118 del TUB: letto in combinato con la delibera CICR del 4 marzo 2003, in particolare, si poneva in contrasto con il codice di settore sotto almeno tre punti di vista:

- a) non conteneva alcun riferimento al giustificato motivo;
- b) non disponeva un'informazione adeguata nella misura in cui consentiva la comunicazione impersonale tramite la pubblicazione nella gazzetta ufficiale;
- c) non garantiva un congruo preavviso limitato invece a 15 giorni dalla ricezione della comunicazione.

La previgente disciplina dello *ius variandi*, tra l'altro, rappresentava un'anomalia nel panorama europeo dato che i principali sistemi giuridici trasnazionali, imponevano una comunicazione personale in ipotesi di variazione unilaterale generalizzata, fatto salvo sempre, ovviamente, il diritto di recesso. Non vanno dimenticate, tra l'altro, le critiche mosse dall'AGCM all'istituto della pubblicazione sulla G.U. delle variazioni sfavorevoli che, anche a causa del ristrettissimo limite temporale per esercitare il diritto di recesso, riduceva la concorrenza nella misura in cui quasi impediva al cliente di comparare i servizi del proprio fornitore con quelli offerti da altri operatori.

A fonte delle segnalate criticità i decreti n. 223 del 2006 e 7 del 2007 intervengono sul vecchio quadro normativo con quattro disposizioni il cui contenuto precettivo viene di seguito analizzato.

LE NUOVE REGOLE

La disciplina dello *ius variandi* nei contratti bancari.

L'indagine può prendere le mosse proprio dall'istituto dello *ius variandi* che la legge 4 agosto 2006 n. 248 nel nuovo testo dell' art. 118 disciplina come segue:

- nei contratti di durata le parti possono sempre convenire di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile;
- qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità prestabilite, con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente;
- la modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni ed in tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate;
- le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate dette prescrizioni sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente;
- in ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere senza penalità e senza spese di chiusura;
- le variazioni dei tassi di interesse che conseguono a decisioni di politica monetaria riguardano sia i tassi attivi che quelli passivi, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente;

Rispetto alla precedente versione dell'art. 118 TUB, la prima novità va ravvisata nella introduzione del giustificato motivo quale presupposto per l'esercizio del diritto di recesso.

Nella circolare ABI del 7 agosto 2007 tale requisito viene identificato in ogni accadimento sopravvenuto alla conclusione del contratto, attinente alla sfera del cliente o della banca, ovvero relativo, più in generale, a situazioni oggettive di mercato.

L'AGCM, tuttavia, nella Segnalazione AS412 ha rilevato che un'interpretazione così ampia potrebbe portare, di fatto, a giustificare qualsiasi variazione unilaterale, riducendo significativamente la concorrenza tra le banche sotto il profilo della certezza della stabilità delle condizioni contrattuali. Da questo punto di vista è stata sottolineata l'opportunità che le parti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, circoscrivano le ipotesi di giustificato motivo, contro il rischio che gli operatori professionali determinino arbitrariamente, e addirittura ex post, fatti e circostanze legittimanti la modifica unilaterale del contratto.

La portata dell'innovazione sul giustificato motivo, tuttavia, va ridimensionata posto che tale requisito era già stato introdotto in via interpretativa sotto il vigore del vecchio art. 118 TUB, sulla base della considerazione che l'art. 33 cod. cons. sanziona con la nullità le clausole che, nei contratti con i consumatori, attribuiscono al professionista il potere di modificare unilateralmente le condizioni unilaterali nei servizi finanziari, se esse non ne subordinano l'esercizio all'esistenza di un giustificato motivo. Tra l'altro decisiva in questo senso era la considerazione che la disciplina di cui si tratta è rivolta ad incrementare la trasparenza dei rapporti con la clientela.

Chiarito ciò, la vera novità del d.l. sulla competitività consiste, invece, nell'aver esteso l'esigenza del giustificato motivo oltre i contratti con i consumatori. L'art. 118 TUB primo comma infatti si riferisce genericamente ai contratti di durata e non precisa che debba trattarsi di contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore. Non è questa la sede per soffermarsi sul punto, ma è intuibile il ruolo che tale disposizione potrebbe ad assumere nel c.d. processo di consumerizzazione del diritto dei contratti.

La terza importante novità rispetto alla precedente versione dell'art. 118 TUB attiene alle modalità di comunicazione delle modifiche unilaterali del contratto.

Al fine di garantire una piena e adeguata informazione al cliente, è ora imposto all'istituto bancario di comunicare espressamente qualsiasi modifica unilaterale e non più soltanto quelle sfavorevoli come richiedeva il vecchio 118 TUB.

Viene poi superata la modalità di comunicazione impersonale delle variazioni a favore di una forma comunicazione individuale che deve essere necessariamente scritta e preceduta dalla formula "proposta di modifica unilaterale del contratto".

In particolare, secondo il meccanismo previsto dalla nuova legge il cliente, ricevuta la c.d. proposta di modifica ha due possibilità: recedere dal contratto, senza spese ed entro 60 giorni, nel caso in cui ritenga di non dover accettare le nuove condizioni contrattuali, ovvero approvare la modifica lasciando spirare semplicemente il termine di 60 giorni.

Data l'ambigua formulazione dell'art. 118 TUB che prevede contemporaneamente un termine di preavviso minimo della comunicazione di 30 giorni e un termine di 60 entro il quale il cliente ha la facoltà di recedere, e soprattutto entro il quale la modifica deve ritenersi approvata, è opportuno soffermarsi sulla decorrenza del termine della variazione.

Al riguardo un primo orientamento - sul presupposto che il legislatore abbia voluto con tale previsione introdurre un'ipotesi di silenzio-assenso per salvaguardare la coerenza delle variazioni con la disciplina dei contratti in generale - sostiene che la modifica non potrebbe aver effetto prima della sua approvazione, e dunque prima che siano decorsi 60 giorni dal ricevimento della comunicazione.

A tale ricostruzione si contrappone quella di chi ritiene che, nonostante l'espressa qualificazione della dichiarazione della banca come "proposta di modifica unilaterale del contratto", funzione della norma sarebbe quella di attribuire alla banca il diritto di modificare la sfera giuridica del cliente, a prescindere dall'accettazione o il rifiuto di quest'ultimo. La modificazione, pertanto, produrrebbe effetti già decorsi i 30 giorni.

Senza voler prendere posizione sul punto, va dato atto delle prime prassi bancarie successive all'emanazione del decreto 223 del 2006, le quali tendono a far decorrere gli effetti delle modificazioni dal termine di preavviso minimo di 30 giorni dalla comunicazione.

Quanto al terzo comma dell'art. 118 TUB, che sanziona con l'inefficacia le variazioni sfavorevoli delle condizioni contrattuali non comunicate al cliente, si impongono due considerazioni.

In primo luogo che tale disposizione non risulta coerente con quanto previsto dal 2° comma, il quale invece prevede l'obbligo di comunicare - e con le stesse modalità - sia le modificazioni favorevoli che quelle sfavorevoli. Appare contraddittorio con l'obiettivo di tutelare il consumatore che una delle due prescrizioni, segnatamente quella relativa all'obbligo di comunicare in forma scritta le modifiche unilaterali del contratto, anche se favorevoli, rimanga senza rimedio.

In secondo luogo che non è sempre facile distinguere tra variazioni favorevoli e sfavorevoli al cliente. Da questo punto di vista le banche sfruttando l'ambiguità della formula che prevede la variazione potrebbero salvare dall'inefficacia disposizioni che apparentemente di favore per il cliente, ad un'approfondita indagine risultino invece pregiudizievoli, magari nel lungo periodo, dei suoi interessi.

Il quarto comma introduce infine una fattispecie legale di *ius variandi* sancendo che le variazioni dei tassi di interesse che conseguono a decisioni di politica monetaria debbano riguardare sia i tassi attivi che quelli passivi, e applicarsi con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente.

Secondo i Chiarimenti del Ministero dello Sviluppo economico del 21 febbraio 2007 tale disposizione, lungi dal derogare la disciplina prevista dal primo comma si limita a tipizzare una causa di giustificato motivo, identificata nelle decisioni di politica monetaria, ovvero le decisioni che la Banca Centrale Europea assume con riferimento ai c.d. tassi di riferimento; resterebbero invece escluse le decisioni assunte da banche centrali, non facenti parte del Sistema europeo, in quanto non idonee ad influenzare la politica monetaria adottata nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

Ciò precisato, il principale problema interpretativo della disposizione attiene all'individuazione del significato da attribuire all'avverbio "contestualmente".

La Circolare ABI serie legale n. 23, 7 agosto 2006 si è soffermata sul punto e ha chiarito che due possono essere i significati dell'avverbio nel contesto del comma 4 dell'art. 118, e precisamente: o esso si riferisce a quei rapporti che possono essere sia attivi che passivi e dunque alla variazione dei tassi debitori e creditori nell'ambito dello stesso rapporto; oppure, inteso nella sua accezione temporale, riguarda non solo i tassi passivi e attivi di uno stesso rapporto, ma anche quelli relativi a altri rapporti con lo stesso cliente.

Il recesso senza penalità dai contratti bancari di durata

Oltre a modificare l'art. 118 del TUB il comma 2 dell'art. 10 della L. n. 248/2006 dispone che in ogni caso, nei contratti di durata, il cliente ha sempre la facoltà di recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura.

Detta norma introduce una nuova fattispecie di recesso unilaterale e non entra – come invece quella esaminate in precedenza – a far parte del TUB. Questa circostanza ha portato l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato a sostenere la portata generale e la valenza autonoma della norma.

Di diverso avviso invece l'ABI la quale ritiene che la disposizione in esame si limiterebbe ad escludere l'applicazione di penalità e spese di chiusura nel caso di recesso, ove però questo sia già previsto dalla legge o dal contratto. Va poi ricordata l'interpretazione espressa dai citati Chiarimenti secondo cui la disposizione introdurrebbe un diritto di recesso senza spese e penalità solo relativamente ai contratti in cui lo svolgimento del rapporto non sia incompatibile, sul piano causale, con la possibilità, per una delle due parti di porre fine al rapporto. Secondo tale ricostruzione la norma sul diritto di recesso trova senz'altro applicazione nei contratti a tempo indeterminato, o comunque ad esecuzione continuata e periodica, quali sono, ad esempio, il conto corrente, il deposito, l'apertura di credito. Resterebbero invece esclusi i contratti di mutuo, se in quanto l'art. 7 ha sancito la nullità delle clausole penali unicamente per l'ipotesi di estinzione anticipata dei mutui per l'acquisto della prima casa.

Sebbene la formula della norma sia talmente ampia da ricomprendere qualsiasi penalità, l'ABI, nella citata circolare, afferma che nelle spese di chiusura rientrerebbero solo quelle strettamente inerenti alle attività di chiusura del rapporto, mentre resterebbero escluse quelle generate da servizi ulteriori non strettamente connessi alla chiusura così come quelle previste in taluni contratti in caso di estinzione anticipata del rapporto.

E' opportuno soffermarsi sul significato di "spesa strettamente collegata alla chiusura del rapporto", dato che operazioni quali ad esempio il trasferimento dei titoli hanno un impatto economico significativo per i clienti, arrivando talora a raggiungere anche il 75% per codice titolo. Proprio in considerazione del rilievo che possono avere le spese per servizi connessi alla chiusura del rapporto, nei chiarimenti ministeriali si precisa che il divieto di applicare spese di chiusura riguarda, in ogni caso, sia le spese espressamente qualificate in contratto come costi di chiusura, sia quelle relative a servizi aggiuntivi richiesti al cliente in occasione dell'estinzione del rapporto (es. trasferimento dei titoli presso altro intermediario).

Si richiama, infine, la precisazione fornita dall'Autorità Antitrust, secondo cui nella definizione concreta delle "spese di chiusura" e delle "penalità" deve tenersi conto anche dei numerosi vincoli contrattuali e di fatto che legano il conto corrente con vari altri servizi, quali ad esempio la gestione dei titoli con le conseguenti commissioni di trasferimento, i mutui e i prestiti personali, le carte di credito/debito.

Estinzione anticipata dei mutui immobiliari

L'art. 7 della L. n. 40 del 2007 (c.d. Bersani bis) disciplina l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari, che si riferisce all' ipotesi in cui il mutuatario decida di restituire, in un momento antecedente rispetto alla scadenza naturale del contratto, la somma ricevuta.

Scopo della norma è quello di porre fine a quelle prassi bancarie che portano ad inserire all'interno dei contratti di mutuo clausole penali per l'ipotesi di estinzione anticipata del mutuo, al fine di compensare in parte il soggetto erogante della mancata riscossione degli interessi.

L'articolo in esame sancisce il principio della libera estinzione anticipata dei mutui, disponendo la nullità di qualsiasi patto, anche posteriore alla conclusione del contratto - ivi incluse le clausole penali - con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche, sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante.

Una prima questione preliminare attiene al significato da attribuire all'aggettivo immobiliare che compare nella rubrica dell'art. 7: si tratta di comprendere se, ai fini dell'applicazione della disciplina ivi contenuta sia sufficiente che la somma erogata sia destinata all'acquisto o alla ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione o invece sia anche necessario che il mutuo erogato sia assistito da ipoteca.

Secondo l'interpretazione c.d. finalistica, nell'ambito di applicazione dell'art. 7 rientrerebbero anche i mutui non assistiti da garanzia immobiliare purché rivolti a scopi immobiliari. Che la destinazione immobiliare del mutuo sia elemento sufficiente a giustificare un particolare trattamento giuridico è confermato la disciplina sul credito al consumo dove il disposto dell' art. 121 TUB lettera e) esclude espressamente l'applicabilità delle norme del capo del TUB ai “ finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno, su un immobile edificato o da edificare”.

L' ipotesi alternativa è quella di leggere la locuzione “mutuo immobiliare” come “mutuo assistito da ipoteca”. Da questa prospettiva la destinazione immobiliare della somma mutuata è requisito necessario ma non sufficiente per ottenere l'applicazione della normativa di cui all'art. 7. A sostegno di questa interpretazione e sul presupposto che l'art.7 e l'art. 13 abbiano lo stesso campo di applicazione, si richiama la disciplina contenuta nei commi da 8 *sexies* a 8 *terdecies* dell'art. 13, la quale, essendo relativa alla cancellazione dell' ipoteca, non potrebbe che riferirsi ai mutui ipotecari. Dalla disciplina dell'art. 7 resterebbero pertanto esclusi i mutui chirografari.

Quest'ultima interpretazione pare condivisibile, pur con la precisazione che gli artt. 7 e 13 non hanno lo stesso identico campo di applicazione. Se infatti è ragionevole affermare – sul presupposto che il legislatore abbia voluto mantenere una certa coerenza tra le due disposizioni - che la disciplina dell'art. 7 richieda, oltre alla destinazione immobiliare, che il credito sia garantito da ipoteca, non pare invece corretto affermare l'inverso, ovvero che la disciplina dell'art. 13, richieda oltre ad un mutuo ipotecario anche un mutuo destinato. In questo caso, infatti, alla presunzione di coerenza tra le disposizioni osta l'analisi dei lavori parlamentari e la *ratio* animatrice della riforma, che tende ad ampliare il più possibile le garanzie attribuite ai consumatori.

Posto che la norma dà rilievo alla destinazione del mutuo che deve essere contratto per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione o, alternativamente, per l'acquisto o lo svolgimento della propria attività economica o professionale, gli interpreti si sono chiesti se, ai fini dell'applicazione della normativa in esame, la destinazione del mutuo debba risultare dal contratto, oppure si debba far riferimento alla reale destinazione della somma mutuata, prescindendo da una formale menzione nell'atto. Il silenzio sul punto è stato fortemente criticato dai primi commentatori i quali non hanno mancato di rilevare che una norma che imponesse alle parti di dichiarare la destinazione del mutuo avrebbe giovato tanto alle banche, quanto al cliente.

Dal punto di vista della banca, infatti, la dichiarazione scritta di destinazione della somma avrebbe avuto la funzione di responsabilizzare il cliente, il quale, in assenza di una norma che stabilisce le modalità di accertamento dell'effettiva destinazione o conseguenze in caso di mancata estinzione, sarebbe facilitato se volesse comportarsi scorrettamente nei confronti della banca. Il mutuatario d'altronde ha interesse a rendere una positiva dichiarazione di destinazione, perché solo in questo modo il notaio incaricato della stipulazione potrà valutare la validità di eventuali compensi di anticipata estinzione.

Nonostante le apprezzabili esigenze cui l'imposizione di una dichiarazione scritta verrebbe incontro, troppo debole, sul punto, è il tradizionale argomento interpretativo del *minus dixit quam voluit* come dimostrato – tra l'altro – dalla prassi che, anche dopo il D.L. 7/2007, segnala mutui silenti con clausola penale per

l'anticipata estinzione, in relazione ai quali il notaio, anche se consapevole di una destinazione conforme a quella prevista dall' art. 7, 1 comma nulla può fare se la minuta predisposta dalla banca tace sul punto.

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione si impongono due precisazioni in merito ai soggetti attivo e passivo del rapporto.

Con riferimento al soggetto erogatore della somma l'art. 7 utilizza l'espressione generica di soggetti mutuanti e non banche. Convince quindi l'interpretazione secondo la quale la nullità dei compensi per anticipata estinzione o decurtazione parziale colpisce i mutui da chiunque erogati.

Ci si potrebbe poi chiedere se la tutela prestata al mutuatario prevarichi lo stesso ambito dei "contratti dei consumatori", dato che l'articolo in esame non menziona il requisito della "professionalità" del soggetto mutuante. A parte il rilievo che tale interpretazione derogherebbe i principi civilistici tradizionali, vi sono almeno tre ostacoli che si oppongono ad una lettura tanto estensiva della espressione "soggetto mutuante".

Anzitutto il ruolo attribuito dall'art. 7 all' ABI nella negoziazione con le associazioni dei consumatori per ricondurre ad equità i compensi dei contratti di mutuo pregressi.

In secondo luogo l'attribuzione alla Banca d'Italia del potere di determinare la misura della penale idonea alla riconduzione ad equità il contratto in caso di fallimento della negoziazione.

In terzo luogo la circostanza che la rubrica del Capo primo della L. 40/2007, sia intitolata " Misure urgenti per la tutela dei consumatori", ad evidenziare che si vuole tutelare la parte debole di un rapporto in cui l'altro non può che essere il professionista. A sostegno dell'interpretazione restrittiva dell'espressione soggetto mutuante vale poi ricordare che *ratio* dell'intervento riformatore è non solo quella di garantire ai consumatori la possibilità di comparare e dunque scegliere consapevolmente tra più offerte, ma anche quella di arricchire l'economia italiana di nuove iniziative imprenditoriali.

Quanto al soggetto passivo del rapporto invece due sono le questioni da chiarire: anzitutto che si tratta di persona fisica sia per la prima ipotesi disciplinata dall'art. 7 comma 1 in quanto la finalità abitativa sottointende la natura fisica del mutuatario, sia nella seconda, poiché detto espressamente dalla norma; in secondo luogo che secondo l'interpretazione prevalente la normativa in esame non si applica esclusivamente al consumatore inteso quale persona fisica che agisce al di fuori dell'attività economica o professionale eventualmente svolta. Rientrano pertanto nel campo di applicazione dell' art. 7 della L. 40/2007 tutti coloro che hanno stipulato un contratto di mutuo per l'acquisto o lo svolgimento dell'attività professionale, purché si tratti, beninteso, di persona fisica.

L'art. 7, comma 1, dispone la nullità diretta e testuale delle clausole con cui venga convenuta una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante ed a carico del soggetto mutuatario qualora questi chieda l'estinzione anticipata o la decurtazione parziale del mutuo, ivi incluse le clausole penali.

Anzitutto è opportuno chiarire la differenza tra estinzione anticipata e decurtazione parziale del contratto di mutuo. E precisamente la prima consiste nella restituzione della somma mutuata antecedentemente alla sua naturale scadenza con liberazione del mutuatario dal pagamento degli interessi ancora da corrispondere, la seconda nella restituzione di una sola parte della somma presa a mutuo relativa a rate non ancora scadute. Fatte queste precisazioni, il *punctum pruriens* della norma attiene all'individuazione del contenuto della locuzione " una determinata prestazione".

Nonostante tale formulazione, volutamente generica, l'ABI nella più volte citata circolare ha provato a sostenere che l'art. 7, lungi dall'imporre il divieto di pagare un qualsivoglia compenso per l'estinzione anticipata si limiterebbe a vietare solo le penalità *strictu iure*.

La norma è stata poi interpretata restrittivamente da un ulteriore punto di vista: l'esplicita previsione da parte dell'art. 40 comma 1 TUB di un compenso comporterebbe l'applicabilità dell'art. 7 della c.d. Bersani bis ai soli mutui bancari di diritto ordinario, con esclusione di tutti i mutui di credito fondiario. L'argomento utilizzato per sostenere tale tesi è il tradizionale *lex generalis non derogat specialis*.

Secondo l'indirizzo maggioritario, però, ogni interpretazione restrittiva della norma va respinta di fronte alla inequivoca intenzione del legislatore - testimoniata anche dalla prima legge Bersani - di voler eliminare le barriere all'uscita dei mutui e dunque ogni compenso, in qualunque forma si presenti, per l'estinzione anticipata. Tra l'altro limitare il divieto alle clausole penali avrebbe avuto poco senso dato che nella maggioranza dei casi, le clausole che impongono una prestazione per l'estinzione anticipata o parziale del mutuo si configurano per lo più come una multa penitenziale.

Quanto all'efficacia temporale delle nuove disposizioni , l'art. 7 distingue tra i contratti di mutuo stipulati successivamente all'entrata in vigore del D.L. 31 gennaio 2007 n. 7 (convertito dalla L. n. 40 del 2007), per i quali viene sancito il divieto di qualsiasi tipo di pattuizione, anche posteriore alla conclusione del contratto, con cui si convenga che il mutuatario che richiede l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante e contratti di mutuo in essere al

momento dell'entrata in vigore del D.L. 7/2007, per i quali la legge prevede un meccanismo di riconduzione ad equità dell'importo della prestazione eventualmente convenuta.

La prima ipotesi non pone particolari questioni interpretative in quanto il rimedio previsto per la apposizione di clausole apposte in violazione al divieto è l'ormai nota nullità, parziale e di tipo protettivo.

La seconda invece merita di essere analizzata, poiché il meccanismo è più complesso.

Il comma 5 prevede che l'ABI e le Associazioni dei consumatori di cui all'art. 137 cod. cons. definiscano entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del decreto: " le regole generali di riconduzione ad equità dei contratti di mutuo in essere mediante, in particolare, la determinazione della misura massima dell' importo della penale dovuta per il caso di estinzione anticipata o parziale del mutuo".

In caso di mancato di raggiungimento dell' accordo, è stata prevista la determinazione della misura della penale di riconduzione ad equità da parte della banca d'Italia, determinazione che, in base alla lettera della legge: "costituisce norma imperativa ai sensi dell'art. 1419, secondo comma, dal codice civile vigente ai fini della rinegoziazione dei contratti di mutuo in essere".

Sul punto si impongono due chiarimenti: anzitutto che la clausola nulla sostituita di diritto da norme imperative ai sensi dell'art. 1419 secondo comma è non già l'originaria clausola che prevedeva una prestazione a carico del mutuatario, bensì la clausola che verrà rinegoziata tra le parti.

In secondo luogo che, sebbene la legge non dichiara espressamente che la determinazione concordata tra ABI ed associazioni bancarie è norma imperativa, di fatto tale determinazione è equiparata a quella della Banca d'Italia, giacché il comma successivo prevede che i soggetti mutuanti non possono rifiutare la rinegoziazione anche nel caso in cui il mutuatario proponga una riduzione nel limite di quanto concordato tra ABI ed Associazione dei consumatori.

Sul punto vale precisare che la rinegoziazione dei contratti avviene solo se è il soggetto mutuatario a richiederlo; nel caso di inerzia, invece, le clausole che prevedono una prestazione a suo carico restano valide. Essa può essere richiesta in qualsiasi momento, dato che la legge non indica alcun termine di decadenza.

Quanto alla forma della richiesta di rinegoziazione, in ossequio al principio di libertà delle forme potrà essere scelta dalle parti purché idonea a raggiungere lo scopo.

Con riferimento poi ai rimedi esperibili dal cliente per il caso di inerzia dell'istituto di credito, posto che l'obbligo di rinegoziazione ha contenuto indeterminato, la dottrina si è chiesta se sia ammissibile un'azione volta a condannare la parte inadempiente all'obbligo di prestare la necessaria collaborazione.

Secondo un primo orientamento la risposta deve essere negativa perché, anche a voler ammettere l'esperibilità di una simile azione, non sembra che la condanna potrebbe poi essere suscettibile di esecuzione avendo ad oggetto un facere infungibile.

La dottrina maggioritaria ha invece sostenuto che alla fattispecie dell'obbligo di rinegoziare inadempito sarebbe applicabile l'art. 2932 c.c., in base al quale se colui che è obbligato non adempie l'obbligazione, l'altra parte qualora ciò sia possibile e non escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso (1 comma).

Tale soluzione tuttavia desta perplessità con riferimento al caso di specie. Ciò che consente di applicare il rimedio previsto dalla richiamata disposizione, infatti, è la circostanza che le parti abbiano già contrattato e solo rimanga di contrarre, nel senso di prestare il consenso alla produzione di effetti già predeterminati. Nell'ipotesi di cui all'art. 8 comma 6, invece, non si tratta di produrre gli effetti di un contratto non concluso, bensì di determinare il contenuto di un rapporto.

Vi è inoltre in dottrina chi ha proposto l'applicazione dell'art. 1349 c.c., per cui nell' ipotesi in cui il soggetto mutuante si rifiuti di rinegoziare, il giudice procederà alla determinazione della nuova misura della "penale" prendendo come riferimento, verosimilmente, la determinazione assunta in sede di negoziazione collettiva.

La portabilità dei contratti di finanziamento

L'art. 8 della L. 2 aprile del 2007 introduce la possibilità per chi ha contratto un mutuo di trasferirlo ad un nuovo soggetto finanziatore anche mediante scrittura privata e senza perdere i benefici fiscali connessi all' acquisto della prima casa.

Il meccanismo previsto dalla norma per introdurre le regole del mercato nel settore della circolazione dei finanziamenti è duplice. Da un lato si fa leva sulla possibilità di surrogare ex art. 1202 c.c. il nuovo finanziatore nelle garanzie reali e personali dell'originario creditore; dall' altro, si eliminano le principali spese connesse al trasferimento del vecchio mutuo.

Prima di procedere all'analisi del testo legislativo è opportuno chiarire il campo di applicazione delle nuove disposizioni .

Dal punto di vista oggettivo la normativa si riferisce ai contratti di mutuo, ai contratti di apertura di credito, e ad altri contratti di finanziamento concessi da intermediari bancari e finanziari. Tali disposizioni, peraltro, per espressa previsione dell'art. 13, comma 8-*quaterdecies*, trovano applicazione anche per i finanziamenti concessi ad enti di previdenza obbligatoria ai loro iscritti.

Con riferimento all'ambito soggettivo, invece, nonostante il tenore letterale della disposizione – che fa riferimento a qualunque soggetto finanziato – i primi commentatori hanno sostenuto che la normativa si applichi solo ai contratti in cui la parte finanziatrice sia un intermediario bancario o finanziario, con esclusione, quindi, dei contratti di mutuo stipulati tra parti non professionali. E ciò argomentando soprattutto dalla collocazione della norma all'interno del capo I (Misure urgenti per la tutela dei consumatori).

Quanto alla surrogazione, prevista dal primo comma, vale la pena ricordare che l'istituto, noto al nostro ordinamento come surrogazione per volontà del debitore, ricorre quando il debitore indipendentemente dalla volontà del creditore soddisfatto, surroga il terzo dal quale abbia preso a mutuo la somma destinata al pagamento del debito, nei diritti del precedente creditore, al chiaro fine di assicurargli il recupero della prestazione erogata.

Posto che l'art. 1202 c.c. già prevedeva la possibilità di surrogare il creditore, l'introduzione di una disposizione specifica nella materia dei servizi finanziari si spiega solo con la volontà di superare le renitenze degli operatori economici ad avvalersi dell'istituto.

Dal punto di vista delle banche, in particolare, mancava l'incentivo al trasferimento o in generale alla surrogazione del mutuo. Una volta superato il rischio del credito nella fase iniziale, queste ultime non avevano interesse alcuno alla perdita del cliente ormai fidelizzato.

Nemmeno l'utente del servizio finanziario, d'altronde, trovava convenienza all'anticipato pagamento con surrogazione date le costose spese relative alla cancellazione dell'ipoteca.

In una situazione del genere fu cosa fin troppo ovvia l'instaurarsi di una prassi secondo cui ogni contratto di finanziamento conteneva una clausola in base alla quale era preclusa la possibilità di estinzione anticipata, e dunque di surrogazione. Tra l'altro anche in assenza di una espressa pattuizione la banca si sarebbe potuta giovare della disciplina del termine, che nelle operazioni di finanziamento si presume a favore del creditore.

Da questo punto di vista si rivela dunque molto opportuna la disposizione secondo cui “la non esigibilità del credito o la pattuizione di un termine a favore del creditore non preclude al debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione”.

Il secondo comma dell'art. 8 dispone poi che il mutuante surrogato subentri nelle garanzie accessorie, personali e reali, al creditore surrogato e che l'annotamento di surrogazione possa essere richiesto al conservatore senza formalità, semplicemente allegando copia autentica dell'atto di surrogazione stipulato per atto pubblico o per scrittura privata.

Tale norma pone due ordini di problemi.

Il primo attiene all'individuazione del significato da attribuire alla locuzione “senza formalità”, posto che l'annotazione, eseguita dal conservatore, su presentazione del titolo, costituisce essa stessa una formalità.

Al riguardo, sul presupposto che finalità della norma sia quella di alleggerire gli adempimenti posti a carico del consumatore - contribuente, da più parti è stato segnalato che l'espressione “senza formalità” è utilizzata in modo atecnico e sta semplicemente ad indicare che il soggetto interessato non è tenuto a presentare una nota, che invece verrà predisposta d'ufficio dal conservatore.

Il secondo riguarda invece l'individuazione della natura giuridica dell'annotazione di surrogazione.

Seguendo l'orientamento tradizionale, che trova conferma nella lettera dell'art. 2843 secondo comma c.c., dovrebbe ritenersi che l'annotazione di surrogazione ha natura costitutiva ed equivale a nuova iscrizione. Di tale ricostruzione però non possono non segnalarsi quelle che sono state definite “conseguenze ripugnanti” che si traducono nella negazione del diritto di sequela e nello sgretolamento della garanzia ipotecaria. Sembra dunque più opportuno aderire all'interpretazione che attribuisce all'annotazione mera funzione dichiarativa, volta a risolvere i conflitti tra più acquirenti dell'ipoteca e non quelli concernenti il bene ipotecato, con la conseguenza che “per far valere il diritto al subingresso nei confronti di chi vanta diritti sul bene ipotecato (...) non è decisiva l'antioriorità dell'annotazione rispetto al titolo, bensì solo l'antioriorità del titolo che dà diritto all'annotazione”.

Quanto al terzo comma esso non pone particolari problemi limitandosi a sancire la nullità di ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con cui si impedisca o si renda più onerosa la facoltà di surrogazione. Si tratta dell'ormai nota nullità di protezione, parziale per espressa previsione di legge e relativa.

Un cenno meritano infine i commi 4 e 4 bis dell'art. 8, i quali prevedono che l'esercizio da parte del debitore della facoltà di surrogazione, non comporta la decadenza dai benefici fiscali, e che l'annotamento della surrogazione non è soggetta alle imposte di cui agli artt. 15 e 17 del D.P.R. 29 settembre 1973.

Si tratta di disposizioni di particolare rilievo posto che in virtù di esse lo Stato, al fine di introdurre la concorrenza anche nel settore della circolazione del credito, rinuncia alle imposte che gli sarebbero dovute per l'operazione di surrogazione.

Quanto all'individuazione del corretto trattamento tributario applicabile in sede di esecuzione delle formalità previste dalla norma, l'Agenzia del territorio ha chiarito che, poiché nell'elenco dei tributi contenuto nell'art. 15 del D.P.R. 001/73 non sono ricomprese le tasse ipotecarie di cui all'art. 19 del D.lgs. 347/90, deve ritenersi che l'annotazione di surrogazione sia esente dall'imposta ipotecaria e dall'imposta di bollo, ma soggetta alla tassa ipotecaria di cui al punto 1 della tabella delle tasse ipotecarie allegate al D.lgs. 31 ottobre del 1990, n. 347.

IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI

Per quanto sia prematuro ogni prognostico in merito all'impatto che detti provvedimenti di liberalizzazione avranno sul mercato, si possono già evidenziare alcuni punti fermi della riforma.

Anzitutto va rilevato che le disposizioni in tema di portabilità del mutuo e di estinzione anticipata della ipoteca hanno introdotto la possibilità che, accanto al mercato della creazione, venga ad instaurarsi un mercato della circolazione delle operazioni di finanziamento; tutto ciò dovrebbe porre rimedio alle inefficienze evidenziate in premessa in quanto attraverso il meccanismo della surrogazione finanziatori efficienti sono in grado di escludere dal mercato quelli marginali.

Al riguardo va tuttavia rilevata l'opinione di quanti temono che l'eliminazione dei costi di anticipata estinzione del mutuo e il meccanismo della portabilità, a lungo termine sia destinato a ripercuotersi negativamente sui consumatori. Le banche, infatti, consapevoli del rischio di poter perdere – per via dell'estinzione anticipata senza penalità – i vantaggi economici dell'operazione di finanziamento potrebbero riversare questo costo sul consumatore finale aumentando dei tassi di interesse.

Tra l'altro non si può fare a meno di evidenziare la singolarità di una disciplina che, nata con l'intento di liberalizzare il mercato, si articola in disposizioni restrittive dell'autonomia privata. Si pensi alla previsione di un diritto di recesso di fonte legale per tutti i contratti di durata. E' lecito chiedersi se una così forte deroga al principio di forza di legge del contratto sia destinato a riflettersi positivamente sui meccanismi concorrenziali, posto che la certezza dei rapporti giuridici è la spinta prima alla circolazione degli scambi.

Senz'altro opportuna, invece, la riforma del vecchio testo dell'art. 118 TUB, la cui valenza anticoncorrenziale era stata posta in luce dall'AGCM a causa dei significativi costi, per il consumatore, del cambiamento dell'operatore in caso di recesso dovuto all'esercizio dello *ius variandi* e per gli effetti distorsivi, per il mercato unico, di una disciplina dello *ius variandi* che non trova riscontro né nella normativa, né nella prassi prevalente a livello internazionale. Il nuovo art. 118 TUB nel disporre che il recesso conseguente all'esercizio dello *ius variandi* avviene senza spese e senza penalità è in grado di venire in contro alle segnalate criticità e pone le premesse affinché il cliente possa operare una scelta libera e consapevole tra i vari operatori concorrenti.

2.4 I SERVIZI AEREI (Chiara Vadalà)

IL QUADRO NORMATIVO

La tariffazione del trasporto aereo è una realtà complessa e composita, sia sotto il punto di vista regolamentare, sia sotto quello strutturale.

La disciplina delle tariffe è stata oggetto di intervento comunitario sin dagli anni ottanta, con l'avvio di quella *deregulation* che, iniziata un decennio prima negli Stati Uniti, era divenuta ormai un'esigenza improcrastinabile anche in Europa.

La liberalizzazione del trasporto aereo nella Comunità Europea ha avuto come obiettivi principali la creazione di un cielo unico e l'affidamento alle regole del mercato, per quanto possibile, della determinazione delle tariffe.

Il percorso verso queste mete è stato scandito in 3 fasi – i cd. tre pacchetti – che hanno portato, da un lato, alla piena realizzazione della libera circolazione nel cielo unico, dall'altro, con il Reg. 2409/92/CE, alla statuizione della libertà di determinazione delle tariffe, seppur con un margine di controllo ed intervento degli Stati membri e della Commissione.

L'attenzione del Legislatore comunitario, nei primi anni della liberalizzazione, è stata volta a garantire una trasparenza verticale in ordine ai piani tariffari applicati dalle compagnie. Ciò è stato realizzato attraverso l'imposizione di un codice di condotta nella gestione dei CRS, ossia i sistemi computerizzati di prenotazione (disciplina adottata con il Reg. 2299/89, poi modificato con i Reg. 3089/93 e 323/99), in virtù del quale venissero evitati comportamenti volti a opacizzare l'informazione, quali la mancata o errata immissione di dati nel sistema o l'indebita intromissione nei sistemi computerizzati dei vettori concorrenti.

Per quanto concerne, invece, la comunicazione al pubblico del prezzo del biglietto, fino ad epoca recente esso veniva divulgato nella misura omnicomprensiva.

Difatti, la particolare struttura della tariffa aerea fa sì che il prezzo raccolga un insieme di voci, parte delle quali costituiscono, per il vettore aereo, solo costi fissi, il cui ammontare non è da quest'ultimo determinato.

Così è, in particolare, per le tasse inerenti lo sfruttamento degli *slots*, e per gli oneri relativi ai servizi aeroportuali prestati dal gestore "a terra".

Pertanto, una tariffa aerea omnicomprensiva raccoglierà in sé: la tariffa netta, che costituisce il prezzo del trasporto, priva degli oneri aggiuntivi, e le tasse e gli oneri aeroportuali.

La *deregulation*, da una parte, e, dall'altra, l'ingresso nel mercato delle compagnie *low cost*, e della loro strategia di eliminazione/riduzione dei costi aggiunti, probabilmente affiancata ad una tensione di maggiore trasparenza delle comunicazioni tariffarie ai consumatori, portò a convertire le forme di pubblicizzazione dei prezzi dalla divulgazione di una tariffa omnicomprensiva alla specificazione delle singole componenti del costo di un biglietto aereo.

La scomposizione tariffaria è stata, in alcuni casi, imposta legislativamente: nel 2004 sono stati obbligatoriamente incorporati dal prezzo del biglietto i "diritti d'agenzia" - ossia le provvigioni standard che ciascun vettore corrispondeva all'agente di viaggi per ogni biglietto venduto -, che sono stati accollati direttamente all'acquirente-viaggiatore, nell'ambito del suo rapporto negoziale con l'agente-venditore. Ciò al fine di far fronte a fenomeni di turbativa della libera concorrenza, cagionati da accordi tra vettori ed agenti di viaggio, che, forti anche di una opacità verticale dei piani tariffari, così come pubblicati sui terminali informatici dalle compagnie aeree, tendevano a dirottare i consumatori all'acquisto non del biglietto con piano tariffario più favorevole ma, piuttosto, di quello del vettore più remunerativo per gli intermediari.

In prevalenza, sono stati però i singoli vettori a scegliere di scomporre le proprie tariffe, ai fini della pubblicizzazione, attuando la scomposizione, in primo luogo, in modo dissimile – alcuni specificando ogni singola voce di costo, altri limitandosi a fornire la tariffa netta e le "tasse aeroportuali" genericamente intese – e, in secondo luogo, moltiplicando le già numerose variabili del prezzo finale del biglietto, attraverso la creazione di nuove voci – ad esempio la *fuel charge* o la *security charge* – che, lungi dal costituire spese vive del vettore, da lui integralmente versate al gestore aeroportuale, vanno in realtà ad incrementare il prezzo del biglietto, e ad attutire le perdite di guadagno delle compagnie aeree dinanzi ai costi crescenti del carburante o all'incidenza delle più stringenti regole di sicurezza nel trasporto aereo.

Ovviamente, nella scomposizione del prezzo del biglietto, ogni singolo vettore tendeva, e tende, a porre l'enfasi sulla tariffa netta, e a omettere, o quantomeno ad opacizzare, la comunicazione in ordine a tutto l'insieme di spese aggiuntive, così spaccettate.

Il duplice effetto di un tale comportamento è, innanzitutto, quello di falsare la percezione dell'entità del prezzo della specifica prestazione di trasporto e, in secondo luogo, di rendere ancor più complesso il già non agevole raffronto tra le tariffe delle varie compagnie, atteso che ogni vettore scompone e crea voci tariffarie in modo diverso.

A ben vedere, l'aumento di informazioni circa la consistenza tariffaria, lungi dall'aver accresciuto la trasparenza, ha quindi finito col creare occasioni per comunicazioni ingannevoli al consumatore finale del servizio aereo.

I rischi di ingannevolezza connessi a questo modo di pubblicizzare il prezzo del biglietto aereo sono stati colti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, sin dal 2002, ha rilevato come in un settore quale quello del trasporto aereo, in cui esiste una estrema diversificazione e variabilità delle tariffe, la pubblicità deve essere chiara e comprensibile, così che i consumatori possano consapevolmente paragonare e scegliere tra le diverse offerte.

Sulla scorta di tale riflessione, l'Autorità ha sottoposto al proprio vaglio una serie di pubblicità inerenti tariffe aeree scomposte, sanzionando ai sensi dell'art. 26 Cod. Cons. quelle indicazioni tariffarie che non presentassero, contestualmente e con pari evidenza, tutte le componenti che concorrono al computo del prezzo.

Questa tematica è attualmente oggetto di attenzione anche da parte della Commissione Europea che, nel quadro di una riorganizzazione della disciplina del cielo unico, ha proposto un nuovo Regolamento sul servizio di trasporto aereo (COM2006-396), in cui si dispone l'obbligo, per i vettori, di pubblicizzare il prezzo del trasporto comprensivo di tasse e spese accessorie

LE NORME

Precorrendo quello comunitario, il legislatore nazionale è intervenuto in tema di ingannevolezza della pubblicità delle tariffe aeree con l'art. 3 L. 40 del 02.04.07, in conversione, con modificazioni, del D.L. n.7 del 31.01.07 (cd. Bersani bis), che vieta le offerte ed i messaggi pubblicitari di voli aerei che riportino solo la tariffa netta, senza specifica e puntuale indicazione dell'esistenza e della consistenza degli oneri aggiuntivi, ovverosia che promuovano una tariffa valida solo per una determinata tratta, o per un numero limitato di posti, od ancora per un arco di tempo circoscritto o rivolte solo a chi opera con determinate modalità di prenotazione, senza fare specifica ed inequivocabile menzione, nell'annuncio pubblicitario medesimo, della presenza e degli estremi di tutte codeste limitazioni.

Lo scopo dichiarato dallo stesso Legislatore, in modo esplicito all'interno della norma, è sia quello di favorire la concorrenza e la trasparenza dei piani tariffari, sia quello di garantire ai consumatori una conoscenza del prezzo del servizio che la legge definisce "adeguata".

Questo concetto di adeguatezza trova, forse, la sua specificazione nell'ultimo degli scopi che l'art.3 citato si prefigge, ovverosia: facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato.

La previsione dell'art. 3 in esame, avendo ad oggetto sia la tutela della concorrenza, sia la tutela del consumatore, appare diretta a tutti i soggetti del contratto di trasporto, e quindi anche ai professionisti.

Ed infatti, la norma, al comma 2, qualifica i messaggi pubblicitari vietati come pubblicità ingannevole ed espressamente statuisce che tali atti debbono soggiacere al medesimo sistema sanzionatorio che, all'epoca della promulgazione del testo normativo in esame, era disciplinato dall'art. 26 cod. cons.

L'IMPATTO SUL MERCATO ED, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

La norma in esame, più che innovare o colmare una lacuna ha finito per fotografare l'esistente, e, tutt'al più, meglio specificare dei criteri generali già presenti nell'ordinamento.

Difatti, come già accennato, l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato aveva, già negli anni passati, formato un proprio indirizzo, nel senso di ritenere che una comunicazione che non rendesse chiaro ed immediatamente intelligibile il prezzo complessivo del trasporto e/o le limitazioni spazio – temporali per la fruizione di una determinata promozione tariffaria, integrasse pubblicità ingannevole e, per l'effetto, fosse meritevole di sanzione.

In tal senso, quindi, era poi intervenuta con provvedimenti sanzionatori, a seguito di segnalazioni di singoli consumatori – l'ultimo il 21.08.07 su richiesta del 04.12.06, ossia antecedente alla nuova normativa – alcuni dei quali, peraltro, impugnati innanzi all'Autorità Giudiziaria Amministrativa e confermati puntualmente.

Chiarificatore, sul punto, è il provvedimento **PI5643 del 03.08.2007**, sul caso MYAIR.COM. Nella propria memoria il vettore ha affermato la liceità della pubblicità tariffaria diffusa, benché priva di specificazione delle singole voci di costo, poiché la stessa era stata divulgata prima dell'entrata in vigore della L.40/07 e, quindi, prima che esistessero gli obblighi previsti dal citato art.3. L'Autorità ha rigettato l'eccezione e ha sanzionato la Compagnia aerea ai sensi dell'art. 26 Cod. Cons., così confermando come codesti principi di chiarezza e trasparenza del messaggio pubblicitario fossero già presenti nel nostro ordinamento.

Pregio dell'intervento del Legislatore è quello di aver fugato i dubbi circa la correttezza di codesta interpretazione "giurisprudenziale", nonché il merito di aver precorso l'iniziativa comunitaria, di imminente finalizzazione.

Sotto il profilo della tutela, la norma in esame deve invece essere coordinata con la recente sopraggiunta novella normativa, che ha radicalmente innovato gli articoli del codice del consumo dal 18 al 27.

Difatti, il recepimento della Direttiva 29/2005/CE sulle pratiche commerciali sleali, operato dal D.Lgs 146/07, ha espunto dal Codice del Consumo la normativa sulla pubblicità ingannevole e comparativa, confluita nel D.lgs 145/07, per sostituirla con la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette.

Ictu oculi si riscontra come, al contrario della precedente disciplina sulla pubblicità, che qualificava quali soggetti tutelati sia i consumatori sia i professionisti, la normativa sulle pratiche commerciali scorrette si rivolge ai soli consumatori e la nuova disciplina sulla pubblicità ingannevole, invece, solo ai professionisti.

Al contrario, come già osservato, l'art. 3 L.40/07, afferma che le offerte e i messaggi pubblicitari vietati integrano una pubblicità ingannevole - materia ormai riservata ai rapporti BtoB - con l'intento, però, di rivolgersi sia ai consumatori sia ai professionisti.

Dovrà quindi essere valutato se la norma possa essere interpretata nel senso di permettere il doppio binario di tutela, come sopra descritto.

E' inoltre rilevante sottolineare che è al vaglio del Legislatore un progetto di legge (2272 bis) avente ad oggetto "misure per il cittadino consumatore e per agevolare le attività produttive e commerciali, nonché gli interventi in settori di rilevanza nazionale" che, nella stesura in sede di Commissione Parlamentare, all'art. 9, prevede una modifica dell'art. 3 L. 40/07, in base alla quale la disciplina sulla trasparenza delle tariffe dovrebbe essere estesa a tutto il settore dei trasporti.

Giova infine ricordare, per completezza in merito alla problematica delle tariffe nel trasporto aereo, che detto disegno di legge, all'art. 8, propone anche una verifica del grado di liberalizzazione dei servizi "a terra" negli aeroporti civili - voce questa, di forte incidenza sulle tariffe finali - e che, in sede europea, è al vaglio una proposta di direttiva - del 24.01.07 - volta ad istituire un quadro comune per la riscossione degli oneri negli aeroporti comunitari, e che ha tra i suoi principali aspetti anche il problema delle *security charges*.

In concomitanza, inoltre, la Commissione Europea ha avviato una consultazione pubblica sulla trasparenza dei sistemi telematici di informazione e prenotazione aerea, proprio a riprova di come tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel trasporto aereo passino, in modo complementare, sia attraverso la liberalizzazione del settore, sia attraverso la tutela della sua sempre maggiore trasparenza, sia verticale sia orizzontale.

2.5 IL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI (Andrea Stazi)

IL QUADRO NORMATIVO

Fin dagli inizi del secolo scorso gli Stati, incluso il nostro, hanno provveduto alla fornitura dei servizi di comunicazione predisponendo e curando essi stessi, direttamente o indirettamente, la gestione sia delle reti che dei servizi, secondo uno schema giuridico generale che trovava la propria formale legittimazione nei principi espressi a livello costituzionale.

Nel corso dei decenni, in particolare nell'ultimo quarto del secolo, la diversa situazione esistente nel settore ha reso rapidamente obsoleti gli schemi giuridici previgenti, così come le ragioni sostanziali che giustificavano il precedente assetto monopolistico, prefigurando un radicale ripensamento delle strutture pregresse a vantaggio del regime di libera iniziativa economica privata. Questa trasformazione, peraltro, si è venuta imponendo nel nostro Paese, a differenza che altrove, assai lentamente, soltanto a seguito degli impulsi provenienti dall'ordinamento delle Comunità Europee.

Le opportunità offerte dal progresso tecnologico e dalla convergenza dei mercati delle comunicazioni, difatti, sono state tempestivamente colte dalle istituzioni comunitarie, le quali hanno imposto il superamento dei monopoli nazionali, abolendo in capo ad imprese generalmente pubbliche i diritti speciali ed esclusivi di cui avevano a lungo goduto.

L'evoluzione della regolamentazione nel settore delle telecomunicazioni si è sviluppata in più fasi: la cosiddetta "fase 1" (fine anni Ottanta – primi anni Novanta) era contraddistinta dalla persistenza del concetto di monopolio naturale; la "fase 2" (metà anni Novanta – fine anni Novanta) era caratterizzata ancora da un'impresa dominante ma altresì dalla nascita di nuove imprese; la "fase 3" (segnata dall'emanazione del "pacchetto" delle direttive del 2002 sulle comunicazioni elettroniche) è quella in cui – pur se talvolta con un ruolo ancora rilevante dell'ex-monopolista/*incumbent*, vi sono più imprese in concorrenza fra loro ed i concorrenti hanno dimensioni adeguate a competere in mercati sempre più concorrenziali.

La disciplina delle direttive del 2002 recepisce le esigenze della cosiddetta "convergenza tecnologica", sottoponendo alle medesime norme tutte le reti e servizi di comunicazioni, incluse quindi quelle utilizzate per la radiodiffusione sonora e televisiva, le reti elettriche (se usate per trasmettere segnali) e le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di dati trasportati; ciò proponendosi, al contempo, l'obiettivo di armonizzare i criteri di applicazione della normativa comunitaria da parte delle autorità nazionali con il diritto della concorrenza applicato al settore delle comunicazioni elettroniche.

Essa non abbandona lo schema della regolazione asimmetrica, prevedendo l'imposizione in capo agli operatori che detengano in un dato mercato un "significativo potere" obblighi regolamentari in tema sia di accesso e interconnessione (trasparenza, non discriminazione, separazione contabile, soddisfazione di richieste di accesso ragionevoli, controllo dei prezzi e orientamento ai costi), sia di servizio universale (fornitura di un insieme minimo di servizi di qualità predeterminata).

I destinatari delle misure asimmetriche, identificati con gli operatori aventi una posizione di dominanza secondo i criteri propri del diritto della concorrenza, coincidono nel nuovo quadro normativo con le imprese in grado di comportarsi in misura apprezzabile in maniera indipendente dai concorrenti, dai clienti e in ultima analisi dai consumatori.

L'abbandono del metodo aprioristico a favore di un approccio basato sul diritto *antitrust* impone una verifica caso per caso della sussistenza della dominanza, svolta attraverso una procedura complessa che coinvolge la Commissione, le autorità nazionali di regolamentazione, e in parte le autorità nazionali della concorrenza, al fine di effettuare l'analisi dei mercati rilevanti delle comunicazioni elettroniche, la valutazione dell'assetto concorrenziale di essi e della eventuale necessità di imporre obblighi regolamentari in capo agli operatori dotati di significativo potere di mercato.

Nel nostro ordinamento, poi, la disciplina comunitaria in materia di comunicazioni elettroniche contemplata nelle direttive del 2002 è stata recepita attraverso il D.lgs 1° agosto 2003, n. 259, recante il "Codice delle comunicazioni elettroniche".

LE NORME

La L. 2 aprile 2007, n. 40, che ha convertito con modifiche il D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 (cc.dd. “Bersani”), ha introdotto innovative norme di liberalizzazione riguardo, fra l’altro, al settore delle telecomunicazioni, nell’ottica di una maggiore tutela dei consumatori/utenti.

Scopo dell’intervento è, infatti,

In particolare, allo scopo di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato, l’art. 1, comma 1, impone agli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche, un duplice divieto: di applicare costi fissi e di contributi per la ricarica di carte prepagate, anche via bancomat o in forma telematica, aggiuntivi rispetto al costo del traffico telefonico o del servizio richiesto; di prevedere termini temporali massimi di utilizzo del traffico o del servizio acquistato. La medesima disposizione sancisce la nullità di ogni eventuale clausola (ma non del contratto) difforme, salvi i vincoli di durata di eventuali offerte promozionali comportanti prezzi più favorevoli per il consumatore.

In sostanza: il costo della ricarica deve corrispondere al traffico telefonico acquistato, per la ricarica dei cellulari sono aboliti i costi fissi e i contributi per la ricarica di carte prepagate (gli operatori si sono adeguati dal 5 marzo 2007), ed il credito telefonico di queste ultime, poi, non può più avere una scadenza.

Ai sensi del comma 2, le offerte tariffarie dei differenti operatori della telefonia mobile devono evidenziare tutte le voci che compongono l’effettivo costo del traffico telefonico, per consentire ai consumatori un adeguato confronto.

Le norme introdotte al comma 3, poi, eliminano l’obbligo per gli utenti di restare fedeli agli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazione elettronica in genere, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata: i contratti di adesione stipulati con tali operatori devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto in qualsiasi momento e senza spese non giustificate da costi dell’operatore (nella prassi alcuni operatori imponevano la fornitura del servizio per dodici mesi); gli operatori non possono, inoltre, imporre un obbligo di preavviso superiore a 30 giorni. Anche in tal caso è sancita la nullità delle eventuali clausole difformi.

Ai sensi del comma 4, infine, la vigilanza sull’attuazione delle disposizioni sopra riportate e la individuazione delle modalità attuative delle disposizioni di cui al comma 2 è attribuita all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (o Agcom), con l’indicazione che le eventuali violazioni riscontrate sono da sanzionare ai sensi dell’art. 98 del Codice delle comunicazioni elettroniche (D.lgs. n. 259/2003).

L’IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

Nell’era della convergenza tecnologica, il consumatore finale è esposto sia ad un *marketing* continuo e a volte aggressivo, che si avvale di modalità a distanza per l’adesione ai contratti, sia ad opzioni di scelta tanto molteplici e variegate quanto complesse da valutare e comparare, ove si consideri che un numero sempre crescente di servizi è frutto dell’evoluzione di almeno tre tipologie d’integrazione (tra fisso e mobile, fra voce e dati, tra servizi e terminali di fruizione). A ciò, si aggiungono campagne pubblicitarie di dimensioni imponenti e non sempre corrette, che contribuiscono a rendere la valutazione e la comparazione delle offerte sempre più ostiche per l’utente medio.

In seguito al D.L. n. 7/2007, cosiddetto “Bersani” (che ha preso spunto dalle risultanze dell’indagine conoscitiva condotta dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni unitamente all’Autorità garante della concorrenza e del mercato: v. *delibera Agcom n. 659/06/CONS*, consultabile sul sito *web* www.agcom.it), poi convertito nella L. n. 40/2007, l’Agcom ha adottato la *delibera n. 96/07/CONS*: questa, in attuazione dell’articolo 1, comma 2, del suddetto decreto, ha previsto misure volte a rafforzare la trasparenza delle condizioni relative alle offerte tariffarie degli operatori della telefonia, sia fissa, sia mobile, rendendole più chiare e analitiche.

In particolare, l’Autorità ha individuato tutte le componenti del traffico telefonico che determinano il prezzo al consumatore finale, disponendo che ne venga data evidente indicazione nelle offerte. Inoltre, per ambedue i servizi di fonia, fissa e mobile, sono state individuate soglie di tempo, espresse in minuti, in corrispondenza delle quali gli operatori devono specificare il prezzo complessivo della chiamata. Analoghe disposizioni sono previste per le offerte *flat*, per gli SMS e per le connessioni a Internet.

A necessario completamento di tali misure, la delibera dispone obblighi di pubblicità e trasparenza: le voci di costo di ogni offerta, così come individuate dall’Autorità, devono essere riportate in un prospetto informativo allegato a ciascuna offerta, che deve essere evidenziato nel sito *web* di ciascun operatore con apposito *link* visibile nella *home page*, nonché reso disponibile nei punti di vendita; tale prospetto, inoltre, su richiesta del consumatore, deve essere fornito in formato cartaceo o elettronico, in qualsiasi momento.

Con la **delibera n. 96/07/CONS**, quindi, gli operatori della telefonia – fissa e mobile – sono adesso tenuti a formulare condizioni economiche trasparenti, che evidenzino tutte le voci che compongono l'effettivo costo del traffico telefonico. Inoltre, per quanto riguarda la telefonia mobile, gli operatori devono indicare nelle proprie offerte, nel caso di piani tariffari a consumo (ad esempio quelli con le ricariche), il costo complessivo delle chiamate vocali della durata di uno e di due minuti.

Gli operatori telefonici, ancora, al fine di consentire ai consumatori un adeguato confronto tra le offerte sul mercato, sono tenuti ad assicurare che i consumatori abbiano accesso a informazioni semplici e sintetiche sui propri siti *web*. L'Agcom, contestualmente alle comunicazioni pervenute dagli operatori (art. 3, commi 4 e 5, della **delibera n. 96/07/CONS**), pubblicherà sul proprio sito la lista delle suddette pagine *web* per un'agevole consultazione.

A seguito della L. n. 40/2007, la regolazione sulla trasparenza delle condizioni generali ed economiche di offerta dei servizi è stata completata con l'adozione della **delibera n. 126/07/CONS** volta a facilitare le scelte del consumatore fra le innumerevoli offerte presenti sul mercato. A tal fine, è previsto, tra l'altro, l'accreditamento di motori di calcolo indipendenti (dagli operatori) che consentano di paragonare le offerte presenti sul mercato e scegliere quelle più adeguate o convenienti in base al proprio profilo di consumo.

In vista di tali competenze, con **determina n. 5/SG/2007**, presso l'Agcom è stata costituita sotto il coordinamento della Direzione Tutela dei Consumatori un'apposita Unità di vigilanza per l'attuazione della L. n. 40/07.

Per il migliore svolgimento delle attribuzioni conferite, la Direzione Tutela dei Consumatori ha pubblicato delle specifiche "Linee guida" utili ad orientare l'attività da porre in essere da parte degli operatori a tal fine.

Le *Linee guida* fissano alcuni criteri volti a una migliore esplicitazione del testo normativo, avendo riguardo anche alle finalità espresse dall'intero provvedimento legislativo, che consistono nel promuovere una maggiore ed effettiva concorrenza fra le offerte disponibili sul mercato, per rafforzare il diritto di scelta dei consumatori ed agevolare il passaggio fra i vari operatori, sancendo il divieto di previsioni contrattuali che potrebbero trasformarsi in barriere o deterrenti per gli utenti al momento della scelta concorrenziale.

In particolare, il documento chiarisce alcuni profili applicativi delle norme della legge relative al concetto di cosiddetto "credito residuo", derivante dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 1, nonché di quelle che disciplinano le modalità di esercizio delle facoltà di recesso e di trasferimento delle utenze nei contratti per adesione, sancite dall'art. 1, comma 3.

Negli anni 2006 e 2007, i principali eventi che hanno modificato il panorama del mercato della telefonia, in specie mobile, sono stati i seguenti:

i) l'Agcom, con **delibera n. 3/06/CONS**, è intervenuta sul prezzo massimo consentito agli operatori per la terminazione delle chiamate vocali sulla propria rete mobile. L'Autorità ha imposto per il periodo 2006-2008 una riduzione annuale del tredici per cento per Tim e Vodafone e del sedici per cento per Wind al lordo della variazione dei prezzi. Le tariffe di terminazione di Tim e Vodafone, in virtù del provvedimento, sono diminuite di 0,9 cent/min, mentre quella di Wind è scesa in misura maggiore (1,45 centesimi di euro al minuto). Peraltro, tale misura segue alla decisione dell'Autorità (**delibera n. 286/05/CONS**) che aveva già considerevolmente ridotto, dal settembre 2005, il prezzo del servizio di terminazione delle chiamate vocali sulle reti degli operatori mobili Tim, Vodafone e Wind;

ii) tra la metà del 2006 e l'inizio del 2007, Telecom Italia Mobile e Vodafone hanno stipulato alcuni accordi con operatori sprovvisti di risorse radio. In particolare, le società Coop Italia (con il marchio Coop voce), Carrefour-GS (UNO Mobile) e Poste italiane hanno avviato il servizio commerciale, con una politica di *pricing* basata su prezzi contenuti e semplicità dei piani tariffari; la società BT Italia si è caratterizzata, attraverso l'accordo con Vodafone, come il primo operatore virtuale di rete fissa.

iii) ancora, due importanti operatori hanno avviato la sperimentazione di servizi integrati fissa-mobile. In particolare, Vodafone ha proposto il servizio denominato "Vodafone Casa Numero Fisso", mentre Telecom Italia ha proposto l'offerta denominata "Unico";

iv) infine, all'inizio di marzo 2007, è entrato in vigore il D.L. n. 7/07, in cui, fra l'altro, è stato fatto divieto agli operatori mobili di applicare costi fissi e contributi per la ricarica di carte prepagate.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto "Bersani", le strategie commerciali adottate dagli operatori mobili per rispondere al mutato quadro normativo sono risultate alquanto articolate: in certi casi gli operatori (specie quelli minori) hanno proceduto alla revisione dei piani tariffari proposti in precedenza, o alla predisposizione di nuovi piani; ciò ha comportato talvolta problemi dovuti alle modalità inusuali, ad esempio sms, con cui le modifiche sono state comunicate agli utenti.

Un profilo applicativo che ha incontrato delle resistenze da parte degli operatori, poi, è stato quello relativo alla restituzione del credito residuo nei casi di recesso ed al trasferimento del credito stesso nel caso di passaggio ad un altro operatore.

Nonostante questi “incidenti di percorso”, d’altro canto, secondo le prime stime sugli effetti della L. n. 40/07 presentate dal Ministero dello sviluppo economico a sei mesi dalla sua entrata in vigore, in particolare, il livello dei prezzi nella telefonia mobile risulta essersi ridotto del 14,2 per cento. I dati ISTAT sulle tariffe dei servizi di telefonia mobile hanno registrato una marcata riduzione (-14,4 per cento) avvenuta in corrispondenza dell’entrata in vigore delle disposizioni relative all’abrogazione del costo fisso per le ricariche (5 marzo 2007), accentuando le dinamiche concorrenziali del settore.

Per quanto concerne le altre disposizioni della legge n. 40/07 relative alla trasparenza tariffaria, al recesso dai contratti e alla mobilità dei clienti sia per il fisso che per il mobile, l’Agcom ha provveduto a fornire le disposizioni attuative e ha avviato specifiche attività di vigilanza, con particolare riguardo, fra l’altro, alla congruità dei costi di recesso richiesti all’utenza, al fine di verificarne la rispondenza con il dettato normativo.

In conclusione, l’insieme delle disposizioni e misure di liberalizzazione che si sono fin qui richiamate, unitamente ai relativi andamenti decrescenti delle tariffe, concorrono a delineare un quadro del settore che, specie per la telefonia mobile, appare evidentemente positivo; ciò, in virtù sia della rinnovata dinamicità concorrenziale rispetto ai prezzi dei servizi, sia delle accresciute garanzie per i consumatori/utenti.

2.6. IL SETTORE DELL'ENERGIA (Francesca Testella)

IL QUADRO NORMATIVO

Il processo di liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica in Italia e di eliminazione del monopolio, istituito sin dalla nazionalizzazione del 1962, dell'operatore ENEL, è stato avviato dal D.lgs 16 Marzo 1999, n. 79 "Attuazione della Direttiva 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica", noto agli operatori con il nome dell'allora ministro che lo propose, Pier Luigi Bersani. Dal 1° luglio 2007 il mercato dell'energia è completamente liberalizzato: ciò vuol dire che tutti i clienti finali possono scegliere il proprio fornitore sul mercato libero come previsto dal D.L. 18 giugno 2007, n. 73 recante "Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione del mercato elettrico".

L'obiettivo fondamentale che si prefigge il processo di liberalizzazione è la diminuzione dei prezzi ed il miglioramento della qualità del servizio a favore dell'utente finale: la libera concorrenza dovrebbe arrecare dei vantaggi ai consumatori, attraverso una competizione basata su qualità, economicità e flessibilità delle tariffe. In un mercato liberamente concorrenziale non vi è più un solo operatore a cui rivolgersi per acquistare energia, ma diventa possibile per chiunque produrla e veicolarla al consumatore attraverso le reti esistenti, acquisendo di conseguenza la qualifica di venditore. Il decreto n.73/07 contempla delle misure a tutela della categoria dei consumatori contro aumenti ingiustificati dei prezzi e introducendo il servizio di maggior tutela consente a chi volesse rimanere con il vecchio operatore di potersi avvalere delle garanzie previste fino a quando il processo di liberalizzazione non avrà prodotto una concorrenza effettiva.

LE NORME

La riforma del sistema elettrico nazionale, è stata realizzata attraverso varie fasi:

liberalizzazione delle attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, a decorrere dal 1° aprile 1999;

riserva allo Stato dell'attività di trasmissione e dispacciamento e l'affidamento della stessa in regime di concessione al Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale ;

regolamentazione dell'attività di distribuzione dell'energia elettrica, con l'affidamento della stessa, in regime di concessione;

mantenimento della proprietà delle infrastrutture elettriche costituenti la RTN in capo ai soggetti che ne erano a quel momento proprietari con l'obbligo di questi ultimi di costituire una o più società di capitali alle quali trasferire i beni e i rapporti, le attività e le passività, relativi alla trasmissione di energia elettrica.

L'assetto su descritto, tuttavia, è stato soggetto a rilevanti modifiche sia in conseguenza dell'emanazione della L. 27 ottobre 2003, n. 290, (che ha previsto, tra l'altro, l'unificazione di proprietà e gestione della RTN), sia a seguito dell'approvazione della "Legge Marzano", (L. 23 agosto 2004, n. 239), sia in previsione del recepimento delle più recenti direttive comunitarie in materia di elettricità (in particolare la Dir. 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio) nel cui ambito viene ulteriormente sancito il principio di gradualità d'attuazione delle misure di liberalizzazione del mercato dell'energia, soprattutto dal lato della domanda.

In ragione delle norme in vigore, le principali classi di attività del settore possono distinguersi, succintamente, in attività libere o in regime di concessione.

Attività libere con riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas.

Produzione

Le attività di produzione, importazione, esportazione, stoccaggio non in sotterraneo anche di oli minerali, acquisto e vendita di energia ai clienti idonei, nonché di trasformazione delle materie fonti di energia sono libere su tutto il territorio nazionale, nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria e dalla legislazione vigente.

Resta in vigore, peraltro, la norma sancita dall'art. 8 del citato Decreto Bersani, che stabilisce che, a partire dal 1° gennaio 2003, nessun soggetto può produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50% del totale dell'energia elettrica prodotta o importata in Italia.

Importazione ed esportazione

Il D.lgs n. 79/99, con indirizzi riaffermati dalla legge Marzano, ha liberalizzato anche le attività di importazione ed esportazione di energia elettrica, nel rispetto, comunque, degli obblighi di servizio pubblico. Le competenze in tale materia sono suddivise tra il Ministero dello Sviluppo Economico (comunemente abbreviato in MSE), l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas - abbreviata in AEEG - e Terna S.p.A., la società che possiede e gestisce la RTN. Il MSE detta la normativa di indirizzo in tema di sicurezza ed economicità del sistema, sentito il parere dell'AEEG, individua modalità e condizioni delle importazioni sulla scorta dei dati, comunicati da Terna, relativi alla capacità totale disponibile sulle linee interconnesse. Terna, infine, procede all'attribuzione delle quote di capacità di importazione ai singoli operatori nella forma di bande d'interconnessione sulle linee transfrontaliere.

Inoltre allo scopo di incentivare l'utilizzo di fonti rinnovabili nella generazione elettrica, è stato inserito l'obbligo per produttori e importatori di energia elettrica da fonti non rinnovabili, di immettere ogni anno in rete una percentuale di tale energia, inizialmente pari al 2%, dell'energia prodotta o importata nell'anno precedente per la parte eccedente i 100 GWh. Tale quota minima è aumentata annualmente, per il periodo 2007-2012- di 0,75 punti percentuali e – successivamente al 2012 – essa sarà determinata con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare sentita la Conferenza Unificata. In questo modo quei produttori e importatori di energia elettrica che non abbiano venduto la percentuale imposta di energia proveniente da fonti rinnovabili saranno obbligati a soddisfare questo obbligo comprando i certificati verdi che vengono riconosciuti dal GSE ai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili. (FONTI RINNOVABILI: sole, vento, risorse idriche, risorse geotermiche, maree, il moto ondoso, trasformazione in energia elettrica dei prodotti vegetali o dei rifiuti organici e inorganici).

Lo "status" di impianto che produce da fonte rinnovabile viene riconosciuto tramite opportuna certificazione rilasciata dal GSE. Il numero di certificati verdi che un produttore riceve dipende dalla quantità di energia elettrica prodotta nel corso di un anno di attività: ogni certificato ha un valore unitario di 1 MWh. I certificati verdi vengono emessi dal GSE in numero pari alla produzione netta di energia elettrica da fonti rinnovabili moltiplicata per un coefficiente riferito alla tipologia di fonte (c'è, dunque, una differenza in funzione della fonte rinnovabile utilizzata).

Vendita

Anche la vendita di energia elettrica è libera. Ai fini della disciplina dell'attività di vendita e in analogia con la direttiva 92/96/CE, il decreto legislativo n. 79/99 aveva suddiviso gli utenti in due categorie: il cliente idoneo e il cliente vincolato.

Il cliente vincolato era l'utente finale "legittimato a stipulare contratti di fornitura di energia esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale in cui detto cliente è localizzato". Il cliente idoneo, "è la persona fisica o giuridica che ha la capacità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista sia in Italia che all'estero". I requisiti, ai fini del riconoscimento della qualifica di idoneità (delibera AEEG n. 91/99), sono quelli previsti dal D.lgs n.79/99 e successive modifiche e integrazioni, da ultimo, dalla L. 23 agosto 2004, n. 239. Tali requisiti sono:

a decorrere dal 1° luglio 2004, è cliente idoneo ogni cliente finale non domestico ove, per cliente non domestico, si adotta la definizione di cui alla Dir. 2003/54/CE, art. 2, n. 11 (le persone fisiche o giuridiche che acquistano energia elettrica non destinata al proprio uso domestico, inclusi i produttori e i clienti grossisti);

a decorrere dal 1° luglio 2007, è cliente idoneo ogni cliente finale, quindi anche i clienti domestici.

In conformità con i principi della normativa comunitaria citata e secondo quanto stabilito dalla L. n. 239/2004, l'Acquirente Unico (AU) continuerà a curare l'approvvigionamento dei clienti finali divenuti idonei al 1° luglio 2007 fin quando da questi non sarà esercitato il diritto di scelta del nuovo venditore.

L'attività di approvvigionamento per la vendita dell'energia elettrica, in base a quanto disposto nel Decreto Bersani, avviene in base a due modalità:

contratti bilaterali, realizzati direttamente tra il venditore e il compratore;

contrattazione nella Borsa Elettrica, realizzati tra il venditore e il compratore attraverso una piattaforma telematica.

Gli operatori che vendono in Borsa sono società elettriche che producono l'energia o società di trading che pur non avendo capacità di generazione rivendono energia che comprano da altri operatori o che importano dall'estero. I compratori sono tutti quelli che possono accedere al libero mercato.

Attività in concessione

Trasmissione e Dispacciamento

La trasmissione e il dispacciamento dell'energia sull'intero territorio implicanti la costante gestione in sicurezza, dell'equilibrio tra la domanda e l'offerta di energia elettrica sono attività riservate allo Stato. Tali

funzioni sono state dapprima attribuite in concessione al GRTN, Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale, società pubblica costituita ad hoc. Dall'1 novembre 2005, per effetto del DPCM dell'11 maggio 2004, il ramo d'azienda del GRTN relativo a dispacciamento, trasmissione e sviluppo della rete è stato poi trasferito a Terna, la società proprietaria della RTN, al fine della riunificazione della gestione e della proprietà della rete stessa (98% delle infrastrutture elettriche nazionali). Terna dunque oltre a svolgere le attività di trasmissione e dispacciamento è inoltre responsabile dell'attività di programmazione e sviluppo della Rete, della sua manutenzione e del suo sviluppo.

Distribuzione

Il Decreto Bersani ha previsto che l'attività di distribuzione sia svolta in regime di concessione previa autorizzazione rilasciata dal MSE. Le imprese distributrici operanti alla data del 1° aprile 1999 continueranno a svolgere tale servizio sulla base di concessioni rilasciate dal MAP con scadenza 31 dicembre 2030, salvo il rispetto del limite legale di non più di una impresa di distribuzione di energia elettrica attiva per singolo comune: sono comunque incentivate le aggregazioni tra distributori, al fine di favorire una maggiore efficienza del sistema.

Le imprese distributrici sono obbligate a connettere alle proprie reti tutti i soggetti che ne facciano richiesta. Il Decreto Bersani prevedeva la separazione del mercato elettrico in due grandi aree: il mercato vincolato (definito anche "tutelato") e quello libero. Il primo – recentemente abolito con l'estensione della qualifica di idoneità a tutti i clienti – era sostanzialmente quello che già esisteva, mentre il secondo (inizialmente a disposizione solo delle aziende medio grandi con un consistente consumo elettrico) nasce per essere il futuro dell'energia in Italia, con la possibilità di comprare elettricità da qualunque gestore. Per il mercato vincolato fu appunto creata la società per azioni denominata "Acquirente Unico" con il ruolo di acquistare enormi quantità di energia elettrica in Italia e all'estero in modo da garantire per i clienti vincolati energia elettrica ad un prezzo medio e stabile. Dal 1° luglio 2007, con la completa apertura del mercato elettrico, Acquirente Unico, secondo quanto stabilito dal D.L. n. 73 del 18 giugno 2007, acquista l'energia elettrica per il fabbisogno dei clienti appartenenti al mercato di "maggior tutela", consumatori domestici e piccole imprese (connesse in bassa tensione, con meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro) che non hanno scelto un nuovo fornitore nel mercato libero.

In questo contesto, l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG) istituita con L. 14 novembre 1995, n. 481 con funzioni di regolazione e di controllo del settore, fissa tra l'altro le condizioni atte a garantire l'imparzialità e la neutralità del servizio di trasporto, di trasmissione e dispacciamento. In pratica ciò che prima faceva una sola azienda pubblica (l'Enel) dopo il Decreto Bersani viene fatto una pluralità di soggetti. Una scelta intrapresa al fine di preparare il mercato libero, nella prospettiva di eliminare il mercato vincolato. L'Enel, poi, è stata costretta a cedere parte dei propri impianti produttivi al fine di ridurre la propria capacità di generazione di energia elettrica al 50% del totale del mercato italiano; e ciò attraverso la messa in vendita tre società del gruppo: Eurogen, Elettrogen e Interpower. Enel stessa è stata oggetto di uno smembramento del colosso precedente che assume oggi un assetto societario del tutto nuovo. I passaggi sono stati molti e risulta pertanto più agevole considerare direttamente il risultato finale. La rete elettrica nazionale, prima di proprietà di Enel, adesso è di proprietà di Terna Rete Elettrica Nazionale S.p.A. che possiede e gestisce i cavi, i tralicci, i commutatori della rete di trasmissione. In particolare, il ruolo principale di Terna è la gestione della rete di trasmissione e il "dispacciamento". Con tale termine si intende il bilanciamento tra la domanda e l'offerta di energia elettrica nel Paese: l'elettricità, infatti, a differenza di gas e petrolio non può essere facilmente accumulata e deve per questo esistere un equilibrio tra quanta se ne produce e quanta se ne consuma. Tutto ciò a livello nazionale e con la capacità di garantire il servizio alle utenze domestiche quanto a quelle commerciali e, soprattutto, industriali. In altre parole Terna tiene costantemente sotto controllo le richieste di elettricità e manda più energia dove serve e meno dove non serve. Oggi Terna possiede 39.427 km di linee (pari al 98% della rete di trasmissione nazionale), 362 stazioni di trasformazione e smistamento e tre centri di teleconduzione. L'assetto societario di Terna dopo la liberalizzazione è il risultato dell'unificazione tra proprietà e gestione della rete (come da DPCM 11 maggio 2004): è una società per azioni quotata alla Borsa Italiana dal giugno 2004 con azionista di maggioranza relativa nella Cassa Depositi e Prestiti, che detiene il 29,99% del pacchetto azionario. Il 68% del capitale sociale è in mani italiane mentre il 32% è detenuto da fondi esteri. Enel Spa ha mantenuto il possesso di poco più del 5% di Terna. In pratica, dopo la liberalizzazione, il 30% di Terna è in mano allo Stato e gli altri azionisti (per statuto) possono avere solo piccole quote. Il motivo di queste scelte societarie è chiaro: mantenere il controllo pubblico sul servizio di trasmissione e dispacciamento dell'energia e, contemporaneamente, evitare le scalate da parte di imprenditori italiani o esteri. Dentro Enel, invece, sono rimaste Enel Produzione (che fisicamente produce

l'elettricità) e Enel Distribuzione (che svolge attività di distribuzione), Enel Energia la quale è stata creata, quale società di vendita nel mercato libero ed Enel Servizio Elettrico, che in qualità di esercente il servizio di maggior tutela, serve i clienti che non ricorrono a contratti di mercato libero. Ad oggi Enel produce circa la metà dell'energia elettrica italiana, ma ora ci sono i competitor e sono tanti, almeno una sessantina, che hanno facoltà di vendere energia elettrica in tutta Italia.

Infine, altro soggetto fondamentale nel mercato dell'energia elettrica, è il Gestore dei Servizi Elettrici - GSE S.p.A., che ha un ruolo centrale nella promozione, nell'incentivazione e nello sviluppo delle fonti rinnovabili in Italia. Azionista unico del GSE è il Ministero dell'Economia e delle Finanze che esercita i diritti dell'azionista con il Ministero delle Attività Produttive. Il GSE è capogruppo delle due società controllate AU (Acquirente Unico) e GME (Gestore del Mercato Elettrico). In seguito al trasferimento del ramo d'azienda relativo a dispacciamento, trasmissione e sviluppo della rete a Terna S.p.A, avvenuto il 1° novembre 2005 per effetto del DPCM dell'11 maggio 2004, il GSE si concentra sulla gestione, promozione e incentivazione delle fonti rinnovabili in Italia, attività in parte già svolte. Il Gestore dei Servizi Elettrici - GSE S.p.A. svolge un ruolo fondamentale nel meccanismo di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili e assimilate, predisposto dal provvedimento CIP 6/92, e nel gestire il sistema di mercato basato sui Certificati Verdi. Rilascia, inoltre, la Garanzia di Origine, riconoscimento introdotto dalla Dir. 2001/77/CE per l'energia elettrica da fonte rinnovabile, e i certificati RECS (Renewable Energy Certificate System), titoli internazionali, su base volontaria, attestanti la produzione rinnovabile. A rafforzare la caratterizzazione delle attività svolte dal GSE, sta l'assegnazione - da parte dell'AEEG - del ruolo di "soggetto attuatore" previsto dal decreto del Ministero delle Attività produttive del 28 luglio 2005, per l'incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare.

L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

Grazie alla liberalizzazione introdotta dall'Unione Europea, dal 1° luglio del 2007, in Italia e nel resto dell'UE tutti i clienti, anche domestici, possono scegliere liberamente il fornitore di energia elettrica e di gas. Il decreto Bersani ha previsto una serie di misure per permettere di passare subito ai nuovi operatori o di rimanere con il vecchio fornitore senza incorrere in rischi, ma mancano ancora una serie di tutele per l'utenza in fase di passaggio: sono contemplate garanzie di erogazione, in grado di assicurare il servizio in continuità con la situazione attuale per utenti non domestici che scelgono invece un nuovo fornitore di energia elettrica e per chi transitoriamente dovesse rimanere sprovvisto. In questi casi il servizio sarà per ora temporaneamente garantito dalle imprese che già lo svolgono.

E' stato introdotto l'obbligo per i fornitori di elettricità di informare, attraverso la bolletta, i propri clienti sul mix di fonti energetiche utilizzate e di rendere noto l'impatto ambientale provocato dalle varie tipologie di produzione per consentire ad un cliente domestico che avesse deciso dall'inizio di cambiare fornitore di conoscere il mix di fonti del fornitore scelto.

Chi invece, cliente domestico o piccola media impresa, con meno di 50 dipendenti e fatturato inferiore a 10 milioni di euro, avesse deciso di rimanere con il proprio fornitore, ha continuato a beneficiare delle attuali condizioni di servizio, derivanti dall'approvvigionamento tramite l'Acquirente Unico. Per tutte le altre categorie di clienti non domestici, ovvero le imprese con più di 50 dipendenti fatturato superiore a 10 milioni di euro, che non hanno scelto un nuovo fornitore di elettricità e per chi temporaneamente fosse rimasto senza operatore, sarà prestato il c.d. "servizio di salvaguardia" per tutelare la continuità della fornitura. Tale servizio dal 1 maggio 2008 è fornito da due operatori selezionati attraverso una gara pubblica dall'Acquirente Unico sulla base di criteri definiti dall'Autorità per l'energia.

Con una semplice richiesta, anche *on line*, si riceverà a casa la nuova proposta di contratto e quindi si potrà comprare l'elettricità dal fornitore che offre le condizioni migliori rispetto alle proprie esigenze. Il tutto senza dover cambiare contatore o rischiare interruzioni nel servizio, e con la tutela delle attuali fasce sociali e delle tariffe differenziate.

Il primo vantaggio per i cittadini è la libertà di scelta reale per tutti i consumatori che, da destinatari passivi di un servizio, diventano protagonisti attivi sul mercato: possono cambiare fornitore se riscontrano un servizio di cattiva qualità, se considerano eccessivo il prezzo offerto, se vogliono partecipare alla lotta contro i cambiamenti climatici, scegliendo energia da fonti rinnovabili oppure a basso tenore di carbonio.

Nel nuovo contesto, i cittadini sono chiamati a svolgere un ruolo essenziale per favorire la concorrenza fra i fornitori e una maggiore efficienza del mercato, anche promuovendo una migliore qualità dei servizi. Ma per potere usufruire pienamente dei propri diritti, è necessario che comprendano che sono davvero liberi di cambiare fornitore, che hanno il diritto a condizioni trasparenti nei contratti, che saranno tutelati da pratiche

ingannevoli o informazioni fuorvianti da parte dei fornitori. Un mercato dell'energia competitivo contribuirà inoltre all'uso razionale dell'energia.

Nel nuovo mercato liberalizzato, le frontiere nazionali nel settore dell'energia stanno scomparendo: per favorire ulteriormente la concorrenza, la UE sta finanziando lo sviluppo delle reti e la loro interconnessione, sia all'interno che verso l'esterno.

Le regole del mercato unico dell'energia consentono già oggi a tutti i fornitori di accedere alla totalità delle reti di distribuzione e delle reti di elettrodotti, gasdotti e oleodotti in condizioni di parità. Per tutelare attivamente gli interessi dei consumatori perché possano sfruttare appieno i vantaggi dell'apertura dei mercati energetici, la Commissione Europea ha anche redatto una Carta europea dei consumatori di energia che prevede alcuni diritti fondamentali.

Grazie alla "liberalizzazione" del mercato, i consumatori acquistano il nuovo diritto per una libera scelta: si può decidere in ogni momento di cambiare contratto o mantenere ancora la fornitura alle condizioni fissate dall'Autorità, il cosiddetto servizio di maggior tutela, disponibile solo per le famiglie e le piccole imprese (se connesse in bassa tensione, con meno di 50 dipendenti e un fatturato annuo non superiore a 10 milioni di euro).

Scegliere un nuovo contratto o un venditore non comporta spese, a condizione che lo stesso cliente non abbia già cambiato venditore nei dodici mesi precedenti: solo in questo caso il distributore addebiterà un contributo fisso di 27 euro al venditore prescelto, che potrà a sua volta addebitarlo al cliente. Il contributo non è mai dovuto se il cliente intende tornare dal mercato libero al servizio di maggior tutela. Sul nuovo contratto è dovuta l'imposta di bollo (14,62 euro), in conformità alla normativa fiscale. Per aderire ad una nuova offerta, basta stipulare il contratto con il fornitore prescelto: sarà lui ad inoltrare la richiesta di recesso al vecchio fornitore e ad occuparsi delle procedure necessarie ad attivare la nuova fornitura. Non va fatto alcun intervento sugli impianti e sui contatori: cambia infatti solo la gestione commerciale e amministrativa della fornitura.

Una volta completato il passaggio, sarà il nuovo fornitore ad inviare le bollette. La continuità e sicurezza del servizio devono restare assicurate.

L'attività di vendita è libera, pertanto chiunque può operare nel mercato dell'energia elettrica in qualità di venditore.

È importante sapere che ci sono società di vendita che operano solo sul mercato libero e che fanno offerte commerciali, e società che operano sia sul mercato libero che per il servizio di maggior tutela, che fanno offerte commerciali ma possono anche applicare le condizioni fissate dall'Autorità.

È necessario quindi prestare attenzione al tipo di soggetto con cui ci si relaziona: a questo scopo l'Autorità ha dettato norme precise per aiutare i consumatori a non confondersi, chiedendo alle imprese di inserire specifici messaggi nei loro servizi di *call center* e di indicare sui contratti e sulle bollette se si riferiscono al servizio di maggior tutela o al mercato libero, distinguendo tra imprese di vendita che operano sul mercato libero e quelle di maggior tutela.

Sono state introdotte offerte tariffarie "biorarie" e multiorarie": in esse il costo dell'energia elettrica varia a seconda della fascia oraria in cui viene consumata. Le attuali soluzioni biorarie prevedono normalmente due livelli di prezzo: uno più elevato per le ore centrali (ore 8.00 – 19.00) dal lunedì al venerdì e uno più basso per le ore notturne (ore 19.00 – 8.00), il sabato, la domenica e gli altri giorni festivi.

Per poter aderire a queste soluzioni è necessario disporre di un contatore elettronico telegestito.

Per famiglie e piccole imprese, esistono sia le soluzioni biorarie stabilite dall'Autorità per il servizio di maggior tutela, sia dai venditori sul libero mercato: sono offerte diverse tra loro, con costi e caratteristiche diversi che non vanno confusi.

Per aderire alle offerte biorarie stabilite dall'Autorità ci si deve rivolgere alla società che svolge il servizio di maggior tutela (l'impresa di distribuzione o un'apposita società di vendita). Per aderire alle offerte del mercato libero, ci si deve rivolgere a una delle società di vendita che offrono questo tipo di soluzione.

Le offerte biorarie, risultano tanto più vantaggiose rispetto ai corrispondenti prezzi monorari, quanto più si è in grado di concentrare i propri consumi nelle ore più convenienti (ore 19.00 – 8.00). Per una abitazione di residenza, scegliendo tra le condizioni dell'Autorità, di tipo monorario oppure biorario, la spesa rimane uguale se due terzi dei consumi avvengono la sera-notte, i fine settimana e nei festivi. Più si riesce a spostare i consumi oltre la soglia dei due terzi, più si risparmia.

Qualora il consumatore si rendesse conto che la tariffa bioraria non risulti conveniente, può tornare indietro esercitando il diritto di recesso nei modi stabiliti. Per effettuare una verifica della situazione è sufficiente leggere il dato puntuale dei consumi effettuati nelle diverse fasce orarie/giornaliere, chiaramente indicato sulle bollette che seguono l'adesione all'offerta bioraria.

Inoltre, per aumentare la trasparenza e tutelare meglio i consumatori, l'Autorità ha disposto che la bolletta debba contenere sia il riepilogo dei dati più importanti sia altre informazioni di dettaglio come, ad esempio, i dati sui consumi medi ripartiti in fasce orarie se il cliente ha una fornitura bioraria, nonché i calcoli effettuati per arrivare al totale da pagare.

Sono informazioni che servono per effettuare eventuali controlli e agevolare il cliente nel rapporto con il fornitore.

La proposta di contratto, una volta firmata, impegna da subito il cliente ma resta comunque salvo il diritto di ripensamento entro i 10 giorni dalla firma.

Prima di aderire ad un'offerta bioraria, occorre quindi valutare con attenzione gli orari dei propri consumi.

In ogni caso, qualora si sia interessati a una nuova offerta è bene farsi chiarire: chi è l'azienda che propone il contratto e a quale recapito è possibile trovarla; qual è il prezzo del servizio e come può cambiare nel tempo; eventuali altre spese a carico del cliente; la data di avvio del servizio, il tempo di attivazione, la durata del contratto, le modalità di recesso; come e quando saranno misurati i consumi; con quali scadenze si deve pagare; come ottenere informazioni, presentare un reclamo o risolvere una controversia con l'impresa di vendita; in quali casi l'azienda deve versare un indennizzo automatico; come chiedere e ottenere una copia scritta del contratto. *“La società erogatrice di energia elettrica risponde a titolo di responsabilità per attività pericolosa dei danni subiti dagli utenti a causa degli sbalzi di corrente.”* Presidente R. Preden, Relatore C. Filadoro”. **CORTE DI CASSAZIONE Civile, Sez. III, del 15 Maggio 2007 (C.C. 2/04/2007), Sentenza n. 11193**

Trasparenza e tutela dei consumatori sono garantite, anche se entro i dovuti limiti. Così è stato recentemente riconosciuto che “pur dovendosi riconoscere la legittimazione di un'associazione di consumatori (art. 137 Codice del Consumo) all'accesso alla documentazione in materia che investe la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di somministrazione di energia elettrica e gas, detenuta da gestori di pubblici servizi, tuttavia non sono ammissibili istanze che mirano a finalità tipicamente ispettive, in quanto la disciplina sull'accesso tutela l'interesse alla conoscenza e non l'interesse ad effettuare un controllo sull'impresa o sull'amministrazione allo scopo di verificare eventuali (e non ancora definite) forme di lesione all'interesse dei consumatori (Cons. Stato Sez. IV 6/10/01 n. 5291; 10/2/06 n. 555; ecc.); la disciplina sull'accesso non può essere uno strumento utilizzabile per consentire all'associazione di consumatori di sostituirsi agli organi deputati dall'ordinamento ad effettuare i controlli sui servizi stessi (nella specie, la richiesta di accesso avanzata dal Codacons aveva ad oggetto la documentazione relativa al sistema di fatturazione utilizzato dai gestori dei servizi di somministrazione di energia elettrica). Pres. Corsaro, Est. Santoleri - Codacons (avv. Rienzi) c. A. s.p.a. (avv. ti Satta e Lattanti), E. s.p.a. (avv. Nanni), E. s.p.a. (avv. Gonnelli)”. **T.A.R. LAZIO, Roma, sez. III ter - 1 febbraio 2007, n. 724**

La L. finanziaria per il 2008 (art. 1, commi 20-24, l. n. 244/2007) ha prorogato fino al 31 dicembre 2010 tutte le misure introdotte dall'art. 1, commi 344-347, L. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007) relative alle detrazioni del 55% per la riqualificazione energetica degli edifici. L'applicazione della detrazione viene, inoltre, estesa anche alle spese per la sostituzione - intera o parziale - di impianti di climatizzazione invernale non a condensazione sostenute entro il 31 dicembre 2009. Sono state, inoltre, apportate alcune novità alla disciplina dell'agevolazione in vigore per effetto della Finanziaria 2007. Il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva, il 28 dicembre 2007, il decreto che istituisce le tariffe elettriche sociali per i clienti domestici economicamente disagiati o che, per gravi ragioni di salute, utilizzano apparecchiature medico-terapeutiche “salvavita”. Le agevolazioni interesseranno 5 milioni di famiglie. Contemporaneamente un bonus sulle bollette elettriche per i clienti in condizioni di disagio economico o per chi necessita di terapie energivore salvavita potrà arrivare fino a 120 euro per i nuclei familiari più numerosi. E' questo uno dei possibili esiti dell'atteso meccanismo di tutela sociale che a regime potrà riguardare circa 5 milioni di famiglie. Ad illustrarlo, è stato il Presidente dell'Autorità per l'energia Alessandro Ortis. Le proposte, contenute nel documento di consultazione dell'Autorità (atto n. 56/07) riguardano l'attuazione del decreto interministeriale 836 sulla “nuova tutela sociale” per il settore elettrico. In totale, verrebbero distribuiti nelle bollette dell'elettricità “bonus” per circa 300-400 milioni di euro a tutela delle famiglie in difficoltà economica e di chi è costretto ad utilizzare macchinari energivori per terapie salvavita. Secondo le prime stime, l'agevolazione annua potrà arrivare fino a circa 120 euro per le famiglie più numerose. Inoltre il meccanismo del bonus potrà essere esteso anche al gas, a seguito di un provvedimento approvato di recente dal Parlamento.

La definizione dei dettagli operativi del nuovo meccanismo per l'energia elettrica richiederà un accordo con l'Associazione Nazionale dei Comuni (che dovrebbero curare la “certificazione” per gli aventi diritto al bonus) e la messa a punto, da parte degli operatori (distributori e venditori), delle procedure applicative

fissate dall'Autorità. Ciò richiederà alcuni mesi, ma il bonus per il 2008 potrà essere corrisposto retroattivamente con decorrenza dal 1° gennaio 2008.

Contestualmente all'istituzione del bonus, si avrà una rimodulazione del sistema tariffario che: da una parte riduce l'agevolazione che ancora favorisce coloro che consumano poco ma non sono "bisognosi";

dall'altra parte mantiene una progressività di prezzo a sostegno dell'uso efficiente delle risorse energetiche, disincentivando i consumi eccessivi.

Potrebbero ottenere il bonus due distinte categorie di soggetti tutelati:

circa 5 milioni di famiglie in condizioni di disagio economico, cioè con un ISEE (Indicatore di Situazione Economica Equivalente) non superiore a 7.500 euro annui, e con un contratto di fornitura elettrica di potenza non superiore a 3 KW nelle abitazioni di residenza.

coloro che riversano in gravi condizioni di salute, ovvero che siano in possesso del certificato, rilasciato da un medico specialista della competente Azienda Sanitaria Locale, che attesti la necessità di macchine indispensabili per il mantenimento in vita del paziente.

Le compensazioni possono essere cumulate nel caso coesistano i motivi economici e di salute.

La compensazione per motivi di disagio economico è variabile in funzione della numerosità del nucleo familiare. Il risparmio conseguito dalle famiglie tutelate, secondo le indicazioni del decreto interministeriale, corrisponde in media al 20% circa della loro spesa complessiva di elettricità.

Rispetto a ciò che offriva il mercato libero nella fase "iniziale" della liberalizzazione la situazione attuale si rivela molto più complessa. Le offerte reperibili sul mercato presentano oggi un ventaglio di prezzi che non ha più riferimento con il mercato vincolato e i mezzi operativi necessari ai fini di una corretta valutazione dell'offerta energetica, allo scopo di garantirsi le migliori condizioni contrattuali per tutta la durata del contratto, sono la risultante della combinazione tra competenze in materia energetica e gestionale, capacità previsionale degli andamenti del mercato, approfondita conoscenza del proprio "profilo di prelievo", che spesso non sono presenti in azienda o richiedono forti investimenti in tempo e risorse. Il settore energetico, sia vincolato che libero, sta sempre più muovendosi verso logiche di mercato, all'interno delle quali le variabili in gioco sono numerosissime. Fondamentale si prospetta un approccio che miri *ab origine* ad evitare che un contratto che presenti caratteristiche ottimali al momento della stipula, evolva in modo negativo non garantendo più, nell'arco della sua durata, il beneficio che lo contraddistingueva all'inizio del rapporto con il cliente. Gli strumenti associativi sono improntati proprio a garantire la tendenza al "miglior contratto", soprattutto in relazione alle probabili evoluzioni del mercato ed all'offerta disponibile. Ma, dato ancor più significativo, consentire a tutti l'accesso all'energia, vuol dire prima di tutto ricorrere ad un uso razionale della stessa e soprattutto diffondere tecnologie che facciano ricorso ad un uso intensivo delle fonti rinnovabili. L'accesso alla fornitura elettrica commerciale è essenziale ad ogni programma di riduzione della povertà attraverso il soddisfacimento dei bisogni umani di base e i Governi debbono promuovere l'utilizzazione dell'energia attraverso una costante disponibilità di energia a prezzi accessibili. Il crescente riconoscimento di una affidabile ed adeguata fornitura elettrica rappresenta un presupposto ineludibile per lo sviluppo sociale ed economico.

Innegabile risulta ai nostri tempi la responsabilità diretta dei Governi, delle organizzazioni intergovernative ma anche della stessa società civile nel consentire l'accesso ad una energia che sia universalmente sostenibile e delle autorità locali nel promuovere strategie di mercato basate sulla convenienza e l'accessibilità. Il ricorso a fonti energetiche rinnovabili e la combinazione tra efficienza energetica e la conservazione dell'energia stessa rappresentano le fondamenta di una gestione "sostenibile" dell'energia e della possibilità di accesso ad essa da parte di tutti.

“La legge n. 481/1995 non sancisce alcun principio giuridico che imponga il recupero integrale dei costi sostenuti dalle imprese elettriche per l'adempimento agli obblighi di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 79/1999 (immissione nel sistema elettrico nazionale di una quota di energia elettrica pari al 2% prodotta da fonti rinnovabili, raggiungibile eventualmente con il sistema dei "certificati verdi"). Pertanto, l'Autorità per l'Energia Elettrica, nel garantire il recupero dei costi, deve mirare al temperamento delle esigenze di equilibrio economico - finanziario delle imprese con altri obiettivi generali tra i quali assume particolare rilievo quello della tutela ambientale. Il riconoscimento dei costi mediante un parametro di media ponderata è diretto proprio a garantire economicità e redditività degli operatori stimolando comportamenti virtuosi dal punto di vista ambientale, ed incentivando la produzione di energia "pulita" o "eco-compatibile", da sfruttamento di fonti rinnovabili. Ne deriva quindi la piena legittimità del recupero parziale di cui alla delibera n. 8/2004.” Pres. Varrone, Est. Montedoro - E. s.p.a. (avv.ti Travi e Romanelli) c. Autorità per

l'Energia Elettrica e il Gas (Avv. Stato) e altri (n.c.) - (conferma T.A.R. Lombardia, Milano, n. 6100/2004)".
CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI - 6 luglio 2006 (c.c. 21 marzo 2006), sentenza n. 4290.

CAPITOLO III

ALCUNI PROBLEMI APERTI: L'EFFETTIVITA' DEI RIMEDI E IL DIALOGO CON L'EUROPA

1. LA TUTELA GIURISDIZIONALE: LE AZIONI INIBITORIE (Maria Letizia Magno)

1.1. LA TUTELA INIBITORIA COLLETTIVA: IL QUADRO NORMATIVO ATTUALE

La tutela di tipo inibitorio è prevista e disciplinata nel codice del consumo quale strumento generale di protezione degli interessi collettivi dei consumatori; in particolare, si è ritenuto che il ricorso a detta forma di tutela consentisse non soltanto di garantire il consumatore nella sua dimensione collettiva, quale esponente di una indistinta classe sociale portatrice di interessi diffusi, ma anche di contribuire alla regolamentazione del mercato secondo criteri di correttezza e trasparenza. La tutela inibitoria, infatti, si caratterizza per la sua natura preventiva essendo azionabile prima ed a prescindere dal verificarsi dell'illecito ed essendo diretta ad evitarne la stessa commissione ovvero, in ipotesi di illeciti continuativi, la loro reiterazione nel tempo; a differenza della tutela di tipo risarcitorio azionabile sempre e solo in un momento successivo al verificarsi dell'illecito e diretta non già a prevenirlo bensì a riparare per equivalente i danni che il medesimo ha già causati in capo ai consumatori.

La possibilità di ricorrere allo strumento preventivo consente, dunque, di inibire al professionista la violazione, ad esempio, di obblighi informativi relativi alla commercializzazione di determinati prodotti indipendentemente dalla loro effettiva messa in vendita, oppure di inibire l'inserzione di clausole abusive nei modelli contrattuali predisposti per la contrattazione di massa a prescindere dall'effettivo utilizzo di quei modelli e dalla concreta stipulazione dei singoli contratti. Inoltre, poiché l'illecito in parola è normalmente di carattere continuativo, nel senso che non si esaurisce con il compimento di un unico atto da parte del professionista trattandosi più di frequente di comportamenti lesivi reiteratamente posti in essere (si pensi alla sistematica e costante nel tempo messa in commercio di prodotti difettosi il cui utilizzo da parte dei consumatori leda il loro diritto alla salute), il comando inibitorio consente altresì di vietare per il futuro al professionista di porre in essere tutti quei comportamenti in concreto simili o addirittura uguali a quello già oggetto di censura.

La tutela collettiva di tipo inibitorio per l'importanza delle sue caratteristiche è, dunque, considerata quale forma tipica di tutela degli interessi collettivi dei consumatori; tuttavia occorre notare come essa, nonostante rappresenti lo strumento generale di tutela, sia disciplinata nel Cod. cons. in varie norme aventi diversi campi di applicazione sia soggettivo sia oggettivo: di azione inibitoria si parla, infatti, prima nell'art. 37, poi negli artt. 139 e 140 Cod. cons. In altre parole, anziché prevedere un'unica disposizione normativa che disciplinasse un'unica azione collettiva di tipo inibitorio attuabile per ogni e qualsiasi violazione delle norme del Cod. cons., sono state invece previste due distinte ipotesi di ricorso a detta forma di tutela: l'una, di cui agli artt. 139 e ss., di generale applicazione, l'altra, di cui all'art. 37, di carattere speciale relativa alla sola inibitoria dell'utilizzo di clausole abusive nei contratti dei consumatori. Tale circostanza è il risultato del progressivo e non coordinato recepimento delle direttive comunitarie n. 93/13 CEE e 98/27 CE, di cui si dirà oltre.

Passando ora ad analizzare la portata della previsione generale di cui agli artt. 139 e ss. occorre in primo luogo trattare della questione relativa alla legittimazione ad agire in giudizio delle associazioni dei consumatori. Queste ultime, infatti, affinché possano ricorrere alla competente autorità giudiziaria per ottenere la corretta applicazione delle norme a tutela dei consumatori devono aver preventivamente ottenuto l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 137, la quale è subordinata alla verifica del possesso in capo alla associazione richiedente di una serie di requisiti invero alquanto rigorosi. La legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori spetta dunque alle sole associazioni dei consumatori che abbiano ottenuto la predetta iscrizione essendo preclusa al giudice qualsiasi possibilità di valutare discrezionalmente l'effettiva rappresentatività a livello nazionale di eventuali altre associazioni non iscritte; attualmente le associazioni dei consumatori inserite nel suddetto elenco e pertanto legittimate ad agire ai sensi degli artt. 139 e ss. Cod. cons. sono soltanto sedici. Dette associazioni possono agire in giudizio nei casi previsti dall'art. 139 e con le modalità di cui all'art. 140 chiedendo cioè al giudice di adottare tutti quei provvedimenti in concreto volti ad impedire il comportamento lesivo dei diritti del consumatore da parte del professionista.

In particolare, l'art. 139 fa riferimento ad ogni ipotesi di violazione di quegli interessi collettivi riconosciuti come fondamentali dall'art. 2 Cod. cons. nonché, in generale, ad ogni altra ipotesi di violazione degli interessi collettivi nelle materie disciplinate dal Codice del consumo. Occorre poi notare che tra gli interessi

riconosciuti dall'art. 2 vi è quello relativo alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali con la conseguenza che nella materia contrattuale le associazioni dei consumatori potranno agire sia per inibire l'inserzione di clausole abusive sia per inibire l'utilizzo e la stipulazione di contratti che sebbene privi di clausole abusive si rivelino nella sostanza scorretti, oscuri o iniqui.

Nelle ipotesi contemplate, le associazioni legittimate possono richiedere all'autorità giudiziaria competente i seguenti provvedimenti: inibitoria dei comportamenti o degli atti lesivi dei diritti collettivi fondamentali; adozione di misure idonee ad eliminare o correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate; pubblicazione della sentenza inibitoria in uno o più giornali a diffusione nazionale nonché la condanna al pagamento di una somma di denaro (c.d. *astreintes* dal modello francese) determinata tra un limite minimo – euro 516 – ed uno massimo – euro 1.032 – per ogni giorno di inadempimento ovvero di ritardo nell'adempimento del comando giudiziale in concreto emanato dal giudice.

Quanto al primo dei provvedimenti sopra richiamati occorre riflettere sul fatto che riferendosi la lettera della legge tanto all'inibitoria degli atti quanto a quella dei comportamenti lesivi, è ben possibile che il comando in concreto emanato dal giudice assuma carattere positivo e non soltanto meramente negativo. Infatti, mentre gli atti sono propriamente manifestazioni (positive) di volontà di modo che la loro inibizione non possa che avvenire attraverso l'emanazione di un ordine di non fare, i comportamenti, invece, possono risolversi tanto in azioni positive-commissive quanto in azioni negative-omissive con l'ulteriore effetto che il comando inibitorio possa e debba in certi casi essere formulato in termini di obbligo di fare. In altre parole, poiché inibire un comportamento omissivo, consistente ad esempio nel mancato adempimento di determinati obblighi da parte del professionista, vuol dire in buona sostanza ordinare al professionista di adempiere positivamente ai propri obblighi, è evidente che il comando inibitorio in concreto formulato dal giudice potrà ed in alcuni casi dovrà assumere la veste di ordine di fare.

Tale circostanza caratterizza la tutela inibitoria collettiva in materia dei consumatori rispetto alle ipotesi di inibitoria tipicamente previste nel codice civile, le quali si risolvono sempre e necessariamente in comandi meramente negativi e conferma il fatto che l'azione collettiva di cui si sta trattando deve ritenersi del tutto svincolata, da un punto di vista sistematico nonché dogmatico, dalla tradizionale impostazione civilistica.

Quanto all'adozione delle misure idonee occorre notare come esse giochino un ruolo fondamentale non solo per ciò che concerne la formulazione concreta del comando giudiziale ma anche per ciò che riguarda la funzione, indirettamente perseguita dalla previsione della tutela inibitoria collettiva, relativa alla regolamentazione del mercato secondo correttezza.

Infatti, la loro adozione, da un lato, consente di imporre al professionista di tenere tutti quei comportamenti in concreto idonei a porre definitivo rimedio alle violazioni perpetrate, dall'altro, garantisce il ripristino dell'agire corretto da parti degli operatori del mercato.

Le misure idonee, in particolare poi, sono atipiche e innominate posto che la lettera della legge non ne individua il contenuto né offre all'interprete spunti esemplificativi in tal senso; l'unico criterio cui deve attenersi il giudice nella loro individuazione è che queste siano idonee a correggere gli effetti negativi derivanti dal comportamento lesivo posto in essere dal professionista. Si ritiene, tuttavia, che la discrezionalità del giudice in ordine alla loro concreta emanazione trovi comunque il limite rappresentato dalla necessaria domanda di parte in tal senso formulata. Dette misure, inoltre, poiché si risolvono in ordini di fare accessori al principale ordine inibitorio consentono al giudice di modulare detto comando in qualsiasi modo egli ritenga opportuno al fine del raggiungimento della tutela effettiva dei consumatori. Se però da un lato è ben vero che esse, in quanto atipiche, possono assumere i più diversi connotati, dall'altro non bisogna dimenticare che essendo accessorie all'inibitoria devono pur sempre essere individuate nell'ambito di quelle sole misure che possano in concreto garantire l'attuazione della funzione principale stessa. In altre parole, la loro funzione e la loro concreta individuazione deve rimanere pur sempre circoscritta nell'ambito propriamente inibitorio, non essendo possibile assegnare a queste altro ruolo che non sia quello complementare del comando principale. Sarebbe contrario alla *ratio* della norma riconoscere a dette misure funzione anche solo indirettamente risarcitoria, posto che la tutela inibitoria non è per sua stessa natura diretta a riparare danni, ed è proprio dalla tutela di tipo risarcitorio strutturalmente distinta.

Ancora, l'associazione attrice può chiedere al giudice di disporre l'ordine di pubblicazione della sentenza inibitoria collettiva. Detto provvedimento, anch'esso accessorio a quello inibitorio principale, si ritiene che svolga un decisivo ruolo informativo in quanto consente ai singoli consumatori, di fatto estranei e non al corrente dell'azione collettiva promossa dalla associazione, di venire a conoscenza di questa e del suo esito. In tal modo, dunque, la pubblicazione della sentenza favorevole rappresenta il necessario punto di raccordo tra la tutela collettiva e quella individuale, rendendo avvertiti i singoli del riconoscimento da parte del giudice dei loro diritti nei confronti del professionista. La previsione dell'ordine di pubblicazione pertanto

non può essere ritenuta mera esemplificazione delle possibili misure idonee adottabili, apparendo piuttosto qualcosa di più e di diverso da queste.

Infine, ciò che garantisce l'adempimento da parte del professionista del comando giudiziale è la possibilità di imporre a questi il pagamento di una somma di denaro (invero di modico valore, dati i ristretti limiti minimo e massimo previsti dalla legge, soprattutto se messi in relazione agli ingenti guadagni che una multinazionale è quotidianamente in grado di realizzare) per il caso in cui ometta di adempiere spontaneamente alla sentenza di condanna. La previsione è quanto mai opportuna perché permette di superare quel limite proprio dell'inibitoria consistente nella incoercibilità dell'obbligo di non fare. Non solo dunque l'inibitoria collettiva in materia di consumo può risolversi in condanna a fare forzatamente eseguibile ma quand'anche detto comando di fare fosse nella pratica infungibile il suo concreto adempimento verrebbe comunque assicurato dalla misura coercitiva indiretta rappresentata dal pagamento di una somma di denaro.

Quest'ultima poi viene versata all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnata con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ad un fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori. Pertanto, dette somme vengono assegnate all'associazione che ha agito vittoriosamente in giudizio soltanto in via indiretta e secondaria e non rappresentano in alcun modo, dunque, una forma di risarcimento del danno. Il pericolo di una condanna in tal senso configura propriamente un mezzo di coercizione indiretta del soccombente all'adempimento del comando giudiziale.

L'ultimo comma dell'art. 140 chiarisce poi che la norma si applica altresì alle azioni delle associazioni dei consumatori intentate ai sensi dell'art. 37 e dirette ad inibire l'utilizzo (o anche la raccomandazione dell'utilizzo) di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori.

In particolare, l'art. 37 prevede la legittimazione ad agire in inibitoria sia a favore delle associazioni dei consumatori sia a favore delle associazioni dei professionisti nonché delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (di seguito, C.C.I.A.A.): mentre per le prime però il criterio per il riconoscimento della legittimazione resta pur sempre quello della preventiva iscrizione nell'elenco di cui si è detto, per le seconde, invece, è previsto che sia il giudice a valutare in corso di giudizio con suo discrezionale apprezzamento l'effettiva adeguata rappresentatività dell'associazione attrice.

Ne consegue che in materia di clausole vessatorie sono legittimate attive, da un lato, le associazioni dei consumatori in quanto iscritte nel suddetto elenco, dall'altro tutte le associazioni dei professionisti che il giudice consideri nel caso di specie adeguatamente rappresentative degli interessi dei consumatori; queste ultime agiranno nei confronti di altre associazioni di professionisti ovvero di singoli professionisti così concorrendo in concreto alla regolamentazione del mercato. Non può non notarsi però che azioni di detto tipo sono talmente rare che la norma di fatto trova scarsissima applicazione.

Inoltre, per effetto del rinvio operato dal comma 4 dell'art. 37 all'art. 140 Cod. cons. le azioni promosse dalle diverse associazioni divergono anche da un punto di vista oggettivo. Infatti per le sole associazioni dei consumatori l'azione volta ad inibire l'inserzione di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori si esercita secondo le modalità di cui alla più ampia previsione generale dell'art. 140 il quale prevede oltre all'ordine inibitorio propriamente considerato anche la possibilità per l'associazione di chiedere ed ottenere dal giudice un diverso ordine rivolto al professionista soccombente di adottare tutte quelle misure che in concreto si rivelino idonee a correggere o eliminare le conseguenze dannose delle violazioni (*rectius*, dell'inserzione di clausole abusive) accertate, nonché la pubblicazione della sentenza collettiva e, infine, di chiedere altresì al giudice di emanare la c.d. *astreintes*.

In conclusione, dunque, le associazioni dei professionisti saranno legittimate ad agire solo in materia di clausole vessatorie e solo in quanto ritenute sufficientemente rappresentative sul piano nazionale dal giudice con suo discrezionale apprezzamento ed inoltre saranno legittimate a richiedere al giudice solo i provvedimenti di cui all'art. 37, cioè, azione inibitoria in via ordinaria o in via d'urgenza e la pubblicazione del provvedimento. Mentre le associazioni dei consumatori saranno legittimate ad agire a tutela dei diritti e degli interessi collettivi, solo in quanto iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, oltre all'azione inibitoria ed accanto alla pubblicazione del provvedimento prevede l'adozione di misure correttive idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate, l'ordine del pagamento di una somma di denaro per il caso di inadempimento del comando inibitorio, e disciplina inoltre una peculiare procedura di conciliazione stragiudiziale della controversia.

L'azione inibitoria collettiva può essere anche intentata in via cautelare, tanto nell'ipotesi generale di cui all'art. 140 quanto in quella speciale *ex art. 37*, qualora ricorrano giusti motivi d'urgenza. In tali casi entrambe le norme sopra richiamate rinviano al procedimento cautelare uniforme disciplinato dagli artt. 669

bis ss. c.p.c. Al riguardo si impone all'interprete il problema di individuare nel caso di specie la ricorrenza dei giusti motivi di urgenza soprattutto in relazione alla diversa formula, propria dei provvedimenti cautelari disciplinati dal c.p.c., relativa al grave e irreparabile pregiudizio. In altri termini, occorre chiedersi se la locuzione giusti motivi di urgenza sia un mero sinonimo del grave e irreparabile pregiudizio ovvero rappresenti un presupposto di applicazione della tutela cautelare diverso da quello tipicamente conosciuto. Detta ultima interpretazione è quella che viene comunemente preferita in quanto si ritiene che i giusti motivi di urgenza rappresentino un'ipotesi meno grave rispetto all'irreparabile pregiudizio. In tal modo, dunque, il ricorso alla tutela cautelare in materia di consumo è favorito rispetto al ricorso alla tutela cautelare generalmente prevista nell'ordinamento civile. Al di là del presupposto applicativo la procedura utilizzabile resta comunque quella propria dei provvedimenti cautelari e, pertanto, qualora l'azione collettiva inibitoria sia intentata in via urgente ci si dovrà rifare pur sempre alla disciplina generale. In particolare, dunque, sarà rimessa al giudice, ai sensi dell'art. 669 *duodecies*, la piena facoltà di disporre le modalità di attuazione concreta del provvedimento urgente emanato e ciò a prescindere dalla previsione, nell'art. 140, dell'adozione di misure idonee ad eliminare le conseguenze dannose delle violazioni accertate.

Infine, occorre ricordare che l'art. 140 fa salve le norme sulla litispendenza, continenza e connessione nonché sulla riunione dei procedimenti chiarendo che l'azione collettiva non preclude al singolo il diritto all'azione individuale. In tal modo si viene a creare quel cosiddetto doppio binario di tutela del consumatore, al quale, infatti, spetta l'azione risarcitoria in via individuale, nonché in via collettiva, ai sensi e per gli effetti dell'art. 140 *bis* recentemente introdotto, sia l'azione inibitoria in via collettiva avverso gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori come categoria.

1.2. IL PROGRESSIVO RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE COMUNITARIE

Come anticipato, il quadro normativo attuale è il risultato del progressivo e non coordinato recepimento delle direttive comunitarie emanate a tutela dei consumatori.

Nell'aprile del 1993 il Consiglio delle Comunità Europee ha adottato la Direttiva n. 13 relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, con l'intento di facilitare la creazione del mercato interno e di stimolare la concorrenza nel mercato unico attraverso l'adozione di regole uniformi in tutti gli Stati membri volte a garantire l'eliminazione delle clausole contrattuali abusive – in quanto determinanti significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi rispettivamente riconosciuti alle parti contraenti: consumatore debole e professionista forte – predisposte unilateralmente dal professionista e accettate dal consumatore senza possibilità di negoziazione individuale. Nella direttiva, in particolare si esortavano gli Stati membri a predisporre mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di dette clausole anche attraverso la previsione di strumenti che permettessero alle organizzazioni nazionali, aventi un interesse legittimo alla tutela dei consumatori, di adire l'autorità giudiziaria competente allo scopo di inibire al professionista singolo, ovvero alle associazioni di professionisti, di utilizzare o raccomandare l'inserzione di clausole squilibrate. La direttiva prevedeva quale termine ultimo per la predisposizione dei suddetti mezzi di tutela nelle legislazioni nazionali la data del 31 dicembre 1994. Essa tuttavia è stata recepita nell'ordinamento italiano solo nel 1996 con la legge n. 52 la quale ha inserito il capo XIV *bis* nel libro IV codice civile, rubricato "Dei contratti dei consumatori". A pochi mesi dall'approvazione del testo nazionale la Commissione Cee segnalava però al governo italiano alcuni rilievi in ordine al non corretto recepimento della direttiva in questione e nell'inerzia del governo italiano sul punto, nell'aprile del 1998, avviava la procedura di infrazione n. 98/2026 *ex art.* 169 del Trattato di Roma. Tra i vari addebiti, per ciò che in particolare interessa la tutela collettiva, si contestava all'Italia di non aver previsto l'azione inibitoria delle associazioni dei consumatori nei confronti di quelle associazioni di professionisti che non già utilizzano clausole vessatorie ma ne raccomandano semplicemente l'utilizzo. Le parole "raccomandano l'utilizzo" sono state poi inserite nel testo originario soltanto con la L. n. 14/2003; già prima della modifica del dato letterale, però, giurisprudenza e dottrina erano concordi nell'operare un'interpretazione estensiva della norma così da consentire l'applicazione dell'art. 1469 *sexies* c.c. anche rispetto a fattispecie di mero pericolo.

Nel maggio del 1998 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva n. 98/27 CE relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori; essa prevedeva, all'art. 8, che gli Stati membri dovessero uniformarsi entro 30 mesi dalla sua entrata in vigore. In particolare, la direttiva aveva lo scopo di coordinare la disciplina vigente a tutela dei consumatori, al fine di consentire loro l'effettivo esercizio dei quei diritti già riconosciutigli dalle direttive esistenti, attraverso il ricorso all'azione inibitoria.

In altri termini, essa individuava nei provvedimenti inibitori la forma tipica di tutela cui ricorrere in ogni ipotesi di violazione dei diritti già riconosciuti ai consumatori dalle direttive previgenti, le quali ultime, infatti, venivano puntualmente richiamate nell'allegato alla direttiva medesima.

Nel luglio del 1998 il Parlamento italiano ha adottato, indipendentemente dall'iniziativa comunitaria sul punto, la legge n. 281 relativa alla "disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti"; in essa, dopo aver riconosciuto ai consumatori un elenco di diritti fondamentali, si provvedeva ad assicurare a tali diritti forme adeguate di tutela non solo individuale ma soprattutto collettiva. La legge dunque, aveva quale principale oggetto di disciplina proprio l'azione inibitoria collettiva delle associazioni dei consumatori, provvedendo a stabilire regole certe e requisiti obiettivi per l'ottenimento da parte di queste della legittimazione ad agire in giudizio ed elencando altresì, all'art. 3, i provvedimenti che queste avrebbero potuto chiedere al giudice competente. La legge italiana, di poco posteriore all'emanazione della direttiva 98/27, non si presentava, dunque, come formale legge di recepimento e attuazione della medesima bensì come frutto di autonoma iniziativa parlamentare italiana, sebbene non potesse negarsi che la sua concreta formulazione fosse stata dalla direttiva stessa sostanzialmente influenzata.

La legge e le forme di tutela in essa previste trovavano attuazione in ogni ipotesi di violazione di un diritto fondamentale del consumatore, comprendendo quindi anche la materia delle clausole vessatorie; tuttavia, il rapporto tra le norme inserite nel codice civile e la legge del 1998 è stato variamente interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, si è sostenuto che detto rapporto fosse da configurare in termini di *genus a species*, di modo che la disciplina sulle clausole abusive dovesse considerarsi speciale, dato il suo ristretto ambito di applicazione oggettivo, rispetto alle previsioni generali della legge sui diritti fondamentali dei consumatori. Altri autori hanno specificato che il rapporto tra le due normative dovesse risolversi in base al principio *lex posteriori generali non derogat priori speciali*; detto ultimo orientamento è stato condiviso anche dai giudici di merito, in particolare nella sentenza resa dal Tribunale di Roma in data 21 gennaio 2000. Di diverso avviso era invece chi ha sostenuto che il rapporto fosse da risolvere in base al criterio *lex posterior derogat priori* e ciò sia perché la legge posteriore è intervenuta a colmare le lacune della legge precedente sia soprattutto perché quest'ultima contiene non già una disciplina speciale bensì la disciplina generale dei contratti dei consumatori. Detto ultimo orientamento ha trovato sostegno nella posizione della giurisprudenza espressa con la sentenza della Corte di Appello di Roma del 24 settembre 2002, emessa in riforma di quella di primo grado precedentemente richiamata. Infine vi è stato chi ha ritenuto che la L. n. 281/1998 non fosse una semplice *lex generalis*, ma si ponesse a sua volta come statuto speciale dei diritti dei consumatori e degli utenti, come legge regolatrice dell'intera materia della tutela in giudizio degli interessi collettivi e che, in quanto tale, avrebbe abrogato, ex art. 15 disp. prel. c.c., tutte le norme precedenti in materia di consumatori.

La L. n. 281/1998, infine, è stata modificata ed integrata dal D. lgs. n. 224 del 2001 con il quale si è data attuazione alla direttiva 98/27/CE relativamente a quanto non fosse già previsto e disciplinato nella legge n. 281.

In particolare, per effetto del D. lgs. del 2001 è stato inserito all'art. 1 della legge del 1998 il comma 2 *bis* ai sensi del quale si statuisce che: "la presente legge (quella del 1998) si applica nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle direttive europee di cui all'allegato 1" e, tra queste era compresa anche la direttiva 93/13, di modo che non dovessero esserci più dubbi sull'idoneità della legge del 1998 ad operare da legge-quadro dell'intera materia. Tuttavia, la legge del 1998 e le successive modificazioni non hanno mai esplicitamente abrogato le norme esistenti in materia di clausole vessatorie e, in particolare, l'art. 1469 *sexies* c.c. con la conseguenza che, nonostante il coordinamento operato nel 2001, restavano comunque vigenti – e restano tutt'ora per quanto si è già detto – due sistemi paralleli in materia di azioni inibitorie collettive: da una parte l'art. 1469 *sexies* in materia di clausole vessatorie, dall'altra, la legge-quadro del 1998, applicabile in ogni ipotesi di violazione dei diritti dei consumatori da essa riconosciuti. Permanevano – e permangono –, dunque, profonde differenze nei due sistemi sopra richiamati sia per quanto riguardava il criterio di legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori e delle associazioni dei professionisti sia per ciò che riguardava il contenuto delle domande giudiziali.

Infine, la legge del 1998 è stata ancora integrata nel marzo 2002, con la legge n. 39, la quale ha inserito il comma 5 *bis* all'art. 3 relativo alla misura coercitiva indiretta rappresentata dal pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di inadempimento ovvero di ritardo nell'adempimento del comando inibitorio.

Nel settembre del 2005, infine, viene emanato il Codice del consumo destinato a raccogliere secondo criteri di organicità tutte le norme fino ad allora esistenti in materia di consumo. In particolare il codice è organizzato intorno all'atto di consumo "secondo una sequenza logica e temporale lineare, che ordina la disciplina intorno al procedimento economico e giuridico compiuto, nella sua interezza, dall'atto di

consumo” ed è suddiviso in sei parti: disposizioni generali; educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità; il rapporto di consumo; sicurezza e qualità; associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia; disposizioni finali.

1.3. LA CONCRETA OPERATIVITÀ DELLE NORME A TUTELA DEI CONSUMATORI

Al fine di chiarire alcune questioni applicative che l’esegesi delle norme sopra richiamate sollevano si ritiene utile procedere all’analisi di alcuni casi giurisprudenziali in cui si è invocata l’applicazione delle norme di tutela collettiva dei consumatori.

I casi che verranno esaminati si riferiscono, invero, ad un periodo antecedente all’entrata in vigore del Codice del consumo, tuttavia si segnalano, ai fini che qui interessano, per i dubbi applicativi sollevati e per le diverse soluzioni adottate dai giudici di merito.

Nel primo di essi – definito con sentenza del Tribunale di Roma emessa il 21 gennaio 2000 – il Movimento Federativo Democratico (MFD) ha convenuto in giudizio l’A.B.I. chiedendo al giudice di accertare, ai sensi dell’art. 1469 *sexies* c.c., la vessatorietà e di conseguenza di inibire l’utilizzazione di ben ottantasei clausole contenute nelle condizioni generali di contratto utilizzate, raccomandate e suggerite dall’A.B.I. a due istituti bancari e di ordinarne, inoltre, la positiva rettifica mediante l’invio di lettera circolare.

La richiesta del rimedio di positiva rettifica delle clausole vessatorie si pone al centro delle riflessioni che si andranno di seguito svolgendo.

In primo luogo, occorre notare che l’atto di citazione introduttivo di quella lite risale al dicembre del 1997 e che in esso si invocava l’applicazione del solo articolo 1469 *sexies* c.c., essendo ovviamente l’art. 3 della L. n. 281/1998 non ancora esistente. Per i rilievi precedentemente svolti, dunque, il MFD avrebbe potuto agire per richiedere la sola inibitoria dell’utilizzo di clausole abusive e non anche per ottenere l’adozione di misure idonee (quale, la positiva rettifica delle clausole considerate abusive), in quanto non contemplate nel dettato dell’art. 1469 *sexies* posto a fondamento dell’azione intentata avverso l’A.B.I.

Tuttavia, detta domanda è stata respinta dal giudice non sulla base delle considerazioni di cui sopra bensì per ragioni di merito; afferma la sentenza, infatti, che sebbene la stessa – domanda di positiva rettifica – fosse ammissibile in quanto “finalizzata all’attivazione di poteri tipicamente ufficiosi del giudice, quali sono quelli discrezionali, inerenti alla determinazione delle modalità e delle forme di attuazione del provvedimento inibitorio”, la positiva rettifica “implicando una necessaria opera di sostituzione, adattamento o abrogazione del testo negoziale, determinerebbe un’impropria invasione del giudice nell’ambito negoziale riservato alle parti, la cui autonomia deve, invece, liberamente esplicarsi con il solo divieto di riproporre la clausola interdotta in versioni che nella forma e nella sostanza non rispettino l’inibitoria giudiziale”.

Nella motivazione della sentenza, dunque, è il principio dell’autonomia privata a costituire per il giudice un limite al suo potere ufficioso di disporre le modalità di attuazione del provvedimento inibitorio; non si argomenta, invece, dalla lettera della norma posta a fondamento dell’azione. Non è tanto, a nostro avviso, il principio dell’autonomia delle parti a fungere da limite al potere del giudice, quanto piuttosto il fatto che una tale domanda non avrebbe potuto essere avanzata – né quindi essere accolta – ai sensi dell’art. 1469 *sexies* c.c. il quale, stante la sua formulazione letterale, a differenza dell’art. 3 della L. n. 281/1998 – non ancora vigente all’epoca del giudizio – e a differenza dell’art. 2599 c.c. – inapplicabile alla fattispecie – non consentiva e non consente in linea di principio di dare al comando inibitorio un contenuto positivo. In altri termini, l’art. 1469 *sexies* c.c. ammetterebbe soltanto un comando inibitorio formulato in termini negativi, a differenza dell’art. 3 della legge n. 281 ai sensi del quale la possibilità di un’inibitoria di contenuto positivo si desume non soltanto – come già chiarito in relazione al disposto dell’attuale art. 140 Cod. cons. – dal richiamo all’inibitoria di “comportamenti”, riferendosi, dunque, tanto a quelli commissivi quanto a quelli omissivi, ma soprattutto dalla possibilità di affiancare all’inibitoria negativa di comportamenti propriamente commissivi provvedimenti idonei ad eliminare le conseguenze dannose degli illeciti stessi; provvedimenti che, essendo atipici ed innominati, possono risolversi in altrettanti atipici ordini di fare fungibili.

La sentenza dispone, ancora, ai sensi dell’art. 1469 *sexies* comma 3, oltre all’inibitoria dell’utilizzo di trentadue clausole tra le ottantasei impugnate, la pubblicazione del provvedimento su tre quotidiani a diffusione nazionale; sorprende, tuttavia, che accanto a detta pubblicazione venga altresì rivolto all’A.B.I. – in quanto “strumentale...all’eliminazione degli effetti dannosi derivanti dalla perdurante applicazione di condizioni generali di contratto abusive” – l’ordine di “dare notizia dell’esito del giudizio a tutte le imprese bancarie associate che quegli effetti concretizzano recependo le raccomandazioni contenute negli schemi negoziali predisposti dall’associazione”. Un siffatto provvedimento ulteriore infatti non trova fondamento né

nel disposto del comma 3 dell'art. 1469 *sexies*, il quale si riferisce esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento senza fare, peraltro, alcun riferimento alla funzione di essa, né, per i rilievi sopra svolti, nel disposto del comma 1 del medesimo articolo. Dovrebbe trattarsi, anche in questo caso, dell'esercizio di poteri ufficiosi del giudice di cui non è chiaro il fondamento legislativo.

Prima dell'entrata in vigore della legge del 1998, dunque, l'inibitoria collettiva in materia di contratti dei consumatori era disciplinata in maniera analoga alle ipotesi di inibitoria conosciute nel diritto civile, nel senso di prevedere un mero contenuto negativo consistente nell'espressione giudiziale di un comando di non fare considerato infungibile. E' solo per effetto dell'entrata in vigore della legge sui diritti dei consumatori (posteriore rispetto all'introduzione del giudizio *testé* esaminato) che la funzione dell'azione inibitoria subisce un ampliamento, nel senso di consentire non solo la condanna al mero non fare bensì anche e soprattutto la condanna a tenere tutti quei comportamenti volta a volta considerati opportuni a scongiurare la lesione degli interessi dei consumatori. Sotto il vigore della disciplina civilistica, dunque, l'unica possibilità di imporre comportamenti siffatti poteva ricavarsi attraverso l'applicazione analogica del dettato dell'art. 2599 c.c. in materia di concorrenza sleale ai contratti dei consumatori, ma detta operazione poteva apparire non corretta posto che il legislatore "*ubi non dixit noluit*" e data, altresì, la differenza – seppur sottile – che intercorre tra l'attività di interpretazione analogica e quella di interpretazione estensiva. In altri termini, si vuole con ciò far notare che l'art. 1469 *sexies* nella sua originaria enunciazione, e prima dell'entrata in vigore della legge del 1998, era formulato in maniera sostanzialmente analoga a tutte le altre ipotesi di inibitoria di cui al codice civile, con formula cioè meramente negativa; a dette ipotesi, a ben vedere, faceva eccezione il solo art. 2599 c.c., il quale pertanto appariva norma eccezionale suscettibile soltanto di interpretazione estensiva e non anche di interpretazione analogica, sulla base del generico rilievo dell'affinità di materia oggetto delle due richiamate norme. Affinità, peraltro, non sempre efficacemente riscontrabile posto che la disciplina dei contratti dei consumatori di cui al capo XIV *bis* si applica ai soli rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti, mentre la disciplina di cui agli artt. 2598 ss. c.c. trova applicazione in ipotesi di slealtà nell'attività di concorrenza tra due soggetti necessariamente imprenditori e, pertanto, tutela soggetti non solo diversi dai consumatori, ma anzi ad essi necessariamente contrapposti nella logica del mercato.

Per effetto dell'entrata in vigore della legge quadro del 1998 e, soprattutto, in conseguenza dell'inserimento delle norme del capo XIV *bis* c.c. nel sistema unitario del Codice del consumo, si ritiene che l'azione inibitoria, prima ancorata alle tradizionali categorie civilistiche, si sia affrancata da queste, assumendo nuovi connotati e finendo per costituire, di fatto, un istituto del tutto originale per la tutela generale della categoria dei consumatori.

Ben diverso appare il caso risolto dai giudici di Torino con ordinanza del 3 ottobre 2000 perché in esso si fa per la prima volta applicazione dell'art. 3 della L. n. 281/1998 invocato in via urgente e cautelare (*ex* comma 6 del medesimo articolo) dall'associazione dei consumatori Adiconsum nei confronti dell'attività posta in essere dall'associazione Alpha Club e diretta a realizzare una struttura piramidale per mezzo della stipulazione di contratti con cui, a fronte del versamento di una quota di adesione, si offriva la generica possibilità di usufruire di servizi turistici a prezzi scontati, e si prometteva l'attribuzione di una provvigione agli aderenti che avessero reclutato altri soggetti da inserire nella rete di vendita.

Se, dunque, il primo caso esaminato ha consentito di svolgere considerazioni in ordine al contenuto della sentenza inibitoria emessa ai sensi dell'art. 1469 *sexies* c.c., nel senso di circoscriverlo in un ambito meramente negativo, la formulazione letterale della nuova norma, invocata a sostegno dell'azione intentata dall'Adiconsum, consentirà di svolgere considerazioni sulla diversa natura e funzione dell'inibitoria collettiva rispetto alla precedente versione codicistica, avendo riguardo, in particolare, alla portata innovativa della previsione di cui alla lett. *b*) dell'art. 3 della legge n. 281.

Inoltre, essendo stata l'azione avanzata in via urgente e cautelare, occorrerà soffermarsi sul momento relativo all'adozione delle misure idonee, posto che la locuzione "violazioni accertate" contenuta nella lett. *b*) dell'art. 3 della citata legge ha fatto ritenere ad alcuni autori che dette misure possano essere adottate solo a seguito di giudizio di merito e non anche di giudizio cautelare. A ben vedere, tuttavia, l'adozione di misure del genere nel giudizio cautelare, a prescindere dall'interpretazione letterale del dettato della lett. *b*), dovrebbe, piuttosto, trovare immediato fondamento nella previsione di cui all'art. 669 *duodecies*, espressamente richiamato dal comma 6 dell'art. 3 L. n. 281/98.

In particolare, l'Adiconsum agiva in giudizio chiedendo al giudice di inibire, in via urgente, il compimento, da parte della convenuta, degli atti illeciti e lesivi dei diritti dei consumatori e di adottare, quindi, i provvedimenti ritenuti idonei all'eliminazione delle conseguenze dannose, indicando questi nel sequestro conservativo *ex* art. 672 c.p.c. dei conti correnti bancari della convenuta, nella nomina di un amministratore

giudiziario nonché nell'immediata restituzione delle somme pagate da tutti i consumatori che avessero validamente esercitato il diritto di recesso.

Il giudice di Torino dispose l'inibitoria di tutta l'attività posta in essere dalla società convenuta ma respinse le ulteriori istanze formulate dalla ricorrente; accolse tuttavia, la richiesta di pubblicazione del provvedimento in esame su due quotidiani a diffusione nazionale "quale misura idonea ad eliminare gli effetti delle violazioni accertate, ai sensi dell'art. 3, lett. a) e c), L. 281/98".

Anche in questo caso, come nel precedente esaminato, il rigetto della domanda relativa all'adozione di misure idonee deriva da considerazioni di merito. La motivazione è, infatti, la seguente: "appare inconciliabile, sul piano logico, la prosecuzione dell'attività sia pure attraverso un amministratore di nomina giudiziaria, con l'affermata totale illiceità dell'attività stessa nel suo complesso. Neppure può autorizzarsi il sequestro conservativo dei conti bancari e di ogni altra somma, finalizzato alla conseguente restituzione delle somme pagate da tutti coloro che hanno validamente esercitato il diritto di recesso; si tratta, infatti, di strumenti di tutela patrimoniale pronunciabili nei confronti di ciascun singolo creditore, previo accertamento, sia pure sommario, delle rispettive ragioni di credito".

Per ciò che concerne la pubblicazione del provvedimento, infine, essa venne disposta quale "strumento di attuazione del provvedimento inibitorio" ma sul punto la decisione in esame genera confusione sia perché la pubblicazione (anche nella materia della concorrenza sleale) è provvedimento autonomo rispetto all'adozione di misure idonee con ciò dimostrando la sua diversa funzione e natura sia perché, nel caso in esame, viene disposta in via cautelare oltre, dunque, il dettato del comma 6 dell'art. 3, che menziona esclusivamente l'azione inibitoria.

Infine, il terzo caso dal quale si vogliono trarre spunti di riflessione è quello deciso con ordinanza del medesimo Tribunale di Torino in data 17 maggio 2002. Si tratta, in particolare, della controversia insorta tra l'associazione a tutela dei consumatori Altroconsumo e la Fiat Auto s.p.a., convenuta in giudizio dalla prima, affinché il giudice adottasse, in via urgente e provvisoria, ogni provvedimento utile ad evitare la grave lesione del diritto alla salute patita dai proprietari, possessori e utilizzatori degli autoveicoli modello Lancia Dedra BZ con telaio ricompreso in una determinata "isola", i quali presentavano un difetto di fabbricazione consistente nella presenza di infiltrazioni di gas di scarico all'interno dell'abitacolo delle stesse autovetture.

In particolare, Altroconsumo agiva per ottenere l'inibitoria della prosecuzione dei comportamenti omissivi tenuti dalla Fiat Auto s.p.a., consistenti nell'intervento selettivo e inadeguato sugli autoveicoli difettosi, nella mancata capillare ed adeguata informazione ai proprietari, possessori e utilizzatori degli stessi, nella mancata adozione dei provvedimenti di cui ad una circolare del 1991 diramata da una direzione della Lancia con cui, presa visione delle infiltrazioni, si disponeva una campagna di richiamo delle autovetture, e si suggerivano particolari modalità di intervento per ovviarvi.

Da parte sua, la Fiat Auto s.p.a. contestava, in via preliminare, la stessa ammissibilità delle domande avversarie sia per l'impossibilità giuridica di configurare un'azione inibitoria di contenuto positivo, sia per l'inammissibilità di un ordine avente ad oggetto un fare infungibile a carico della Fiat Auto s.p.a. in quanto non suscettibile di esecuzione forzata; infine, contestava l'ammissibilità della richiesta di adozione di misure idonee nell'ambito di un procedimento sommario, dovendo la loro adozione ritenersi ammessa esclusivamente nel giudizio di merito a cognizione piena.

Anche in questo caso, pertanto, come nei precedenti, le questioni sollevate attengono principalmente: da un lato, al contenuto della sentenza inibitoria in relazione alla possibilità di configurarlo in termini positivi attraverso la contestuale adozione delle misure idonee, dall'altro alla possibilità di ricorrere a dette misure – e correlativamente a quella di stabilire un obbligo di fare fungibile – in via cautelare.

Il provvedimento del giudice, nell'affrontare le questioni, intimamente connesse tra loro, sollevate dalle parti e, in parziale accoglimento delle domande della ricorrente, afferma, in relazione al contenuto del provvedimento inibitorio cautelare, ed alla possibilità dell'adozione di misure idonee in siffatto giudizio, che: "poiché le possibili violazioni ai diritti dei consumatori non sono sicuramente tipizzabili, né possono essere segregate nell'ambito di condotte attive che si possano inibire esclusivamente con un ordine di *non facere*, al fine di assicurare una reale efficacia e tempestività all'intervento dell'autorità giudiziaria, non si può fare a meno di prevedere una tutela cautelare che possa anticipare gli effetti della tutela di merito, qualora ogni ritardo possa considerarsi fonte di danno ulteriore ed irreparabile".

In altri termini, da un lato il giudice torinese non ravvisa alcun ostacolo all'adozione di inibitorie di contenuto positivo soprattutto allorché la condotta da inibire, presentando carattere omissivo, necessita logicamente di un ordine positivo per il fine della sua cessazione, dall'altro considera il problema della infungibilità dell'obbligo di fare un "falso problema", dal momento che "le modalità di intervento attivo richieste alla Fiat Auto non appaiono affatto infungibili e, in ogni caso non si tratta di una pubblica

amministrazione, contro la cui discrezionalità l'a.g.o. incontra limiti"; infine, sulla questione relativa all'interpretazione estensiva del richiamo all'inibitoria contenuto nel comma 6 dell'art. 3 (nel senso di ricomprendersi oltre all'inibitoria anche i conseguenti provvedimenti contemplati nel comma 1 del citato articolo) detta interpretazione viene ritenuta non solo conforme alla *ratio* dell'intera legge del 1998 ma anche, in questo senso, necessaria per la tutela effettiva del consumatore, così come affermata e propugnata anche in sede comunitaria.

2. LA TUTELA STRAGIUDIZIALE: AUTONOMIA E RECEPIMENTO NORMATIVO DELLE ESPERIENZE DEI CONSUMATORI

(Pierfrancesco Bartolomucci)

2.1. LE A.D.R. NEL CODICE DEL CONSUMO

L'accesso dei consumatori alla giustizia è sempre stato uno degli aspetti cruciali delle politiche, comunitarie e nazionali, a favore dei consumatori.

Le istituzioni comunitarie, infatti, da sempre sono state consapevoli che garantire diritti dal punto di vista sostanziale non sarebbe sufficiente se non si apprestassero strumenti validi di tutela di questi, sia processuali che extraprocessuali, anche tenuto conto del fatto che le controversie di consumo – nella gran parte dei casi – si caratterizzano, da un lato, per la loro serialità e, dall'altro, per il ridotto valore economico.

Così, mentre in una prima fase storica (parallela all'emanazione delle prime direttive in tema di tutela dei consumatori) si cominciava a porre la questione relativa alla rappresentanza collettiva, ad azioni risarcitorie rapide ed efficaci e così via, in una seconda fase si è cominciato ad affrontare il problema relativo alla necessità di ulteriori strumenti che si collocassero al di fuori del processo civile e che si caratterizzassero per rapidità, economicità ed efficacia.

Così si sono intraprese le prime iniziative normative in tema di A.D.R. (acronimo inglese che sta per *Alternative dispute resolution*) cioè di procedure di risoluzione delle controversie diverse dal processo civile.

La stessa definizione di A.D.R. fa intendere che con questa espressione si fa riferimento ad una serie di metodi diversi tra loro dal punto di vista procedurale, ma tutti accomunati da alcuni aspetti condivisi: la volontarietà, l'economicità, la flessibilità e la riservatezza.

Sulla base di queste premesse, e tenuto conto delle differenze esistenti tra le varie procedure, la Commissione europea ha emanato due diverse raccomandazioni che hanno indicato agli Stati membri i principi applicabili a dette A.D.R.

La prima è la Raccomandazione 98/257/CE relativa alle procedure cc.dd. valutative, ovvero che terminano con un giudizio, più o meno vincolante, da parte di un organismo responsabile della procedura, cui le parti fanno ricorso per tentare di trovare una soluzione alla controversia insorta; la seconda è la Raccomandazione 01/310/CE relativa ai principi applicabili alle procedure cc.dd. facilitative, nelle quali l'organismo responsabile si limita a favorire il confronto tra le parti, che restano le uniche protagoniste della ricerca della soluzione.

In virtù di tale regolamentazione a livello comunitario, gli ordinamenti dei vari Stati membri hanno ispirato le loro legislazioni interne, anche alla luce del fatto che – con la risoluzione del 2000/C 155/01 – le istituzioni comunitarie hanno inteso realizzare una rete di collaborazione (EEJ-Net) tra i vari organismi operanti sui singoli territori nazionali per la risoluzione alternativa di controversie di consumo transfrontaliere.

Il legislatore domestico si è mostrato particolarmente sensibile alle disposizioni ed ai principi comunitari in tema di risoluzione alternativa delle controversie di consumo, al punto che – nel predisporre il testo che avrebbe dovuto raccogliere le norme italiane in materia di diritti dei consumatori – ha inteso riservare un posto proprio alle ADR di consumo, che si sono così affiancate ad altre disposizioni (in particolare sulla conciliazione stragiudiziale) contenute in alcune e più risalenti leggi speciali.

Tra queste deve ricordarsi la norma che era contenuta all'art. 3 della L. n. 281/1998, che – nell'ambito della disciplina delle azioni inibitorie collettive – prevedeva un tentativo facoltativo e preventivo al giudizio civile, che le associazioni dei consumatori avrebbero potuto esperire presso le Camere di commercio competenti per territorio; rinviando, dunque, ai regolamenti delle Camere di conciliazione, la legge si limitava a disporre l'efficacia esecutiva del verbale eventualmente sottoscritto, previa omologazione da parte del giudice civile.

Nel confluire all'interno del Codice del consumo, queste norme (contenute oggi nell'art. 140) hanno subito alcune modifiche, la più rilevante delle quali è relativa agli organismi competenti presso cui è possibile esperire un tentativo di conciliazione collettivo; infatti, si è passati da una competenza esclusiva riconosciuta in capo agli organismi camerale a quella generale riconosciuta a tutti gli enti di cui fa menzione il successivo art. 141.

Quest'ultimo articolo, infatti, assume un ruolo molto importante nella legislazione delle A.D.R. in Italia, con particolare riguardo alle controversie di consumo.

Le norme in esso contenute, infatti, costituiscono un elemento di rottura con la tradizione legislativa in questo settore. Innanzitutto è una norma di portata generale, per due ordini di ragioni: da un lato essa non è inserita in normative specifiche e di settore, al cui interno viene lasciato uno spazio alla possibilità di risolvere amichevolmente le liti in un determinato settore commerciale; di contro – come recita il comma 1 – si applica a tutti i rapporti tra consumatore e professionista (dato che non si rinviene alcuna esclusione, si può affermare che i rapporti potrebbero essere anche quelli non espressamente disciplinati dal codice).

Dall'altro lato, la generalità della norma si rinviene nel fatto che essa non fa riferimento ad alcun tipo specifico di metodo A.D.R., parlando al contrario di “procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie”, riferimento che si trova già nella rubrica dell'art. 141; tale aspetto non è di poco momento, se si pensa al fatto che – sino all'introduzione del codice del consumo – le numerose leggi che facevano riferimento alla soluzione alternativa delle controversie si riferivano specificamente alla conciliazione stragiudiziale. Questo metodo è, infatti, il più noto ed il più diffuso a livello internazionale, al punto tale che la dottrina (sia italiana che straniera), nonché i diversi operatori del settore, ne hanno ormai individuato le caratteristiche di procedura, gli effetti e – di conseguenza – le differenze con istituti affini.

Anche il legislatore comunitario ben conosce la conciliazione stragiudiziale, al punto che (dopo gli esiti del Libro Verde sulle A.D.R. del 2002) ha approvato lo scorso 21 maggio 2008 la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione (*recte* conciliazione) in materia civile e commerciale; tra le scelte di politica del diritto effettuate dal legislatore comunitario merita sottolineare la circostanza che la disciplina europea trova applicazione alle sole controversie transfrontaliere. Rispetto a questo istituto, dunque, il legislatore del codice fa un salto di qualità, riconoscendo e legittimando anche le altre procedure di composizione amichevole delle liti; non si tratta, tuttavia, di un riconoscimento generalizzato, bensì di una legittimazione che è subordinata al rispetto di determinati principi.

I principi sono proprio quelli contenuti nelle Raccomandazioni della Commissione europea del 1998 e del 2001: dunque, anche nel nostro ordinamento oggi esiste una disposizione che legittima a livello normativo tutte le procedure ADR, siano esse aggiudicative che non aggiudicative (o, secondo altra formula, facilitative o valutative).

Per le controversie di consumo il legislatore nazionale ha, dunque, riconosciuto e parificato sia gli istituti che si concludono con una decisione o valutazione (che può anche essere vincolante per le parti) emanata da un terzo neutrale ed imparziale rispetto ad esse ed alla controversia, sia gli istituti che – invece – affidano al terzo la guida della negoziazione che, però resta a disposizione esclusiva delle parti, che possono dettare tempi e modi della soluzione.

Per garantire un effettivo sviluppo di tali istituti, il legislatore dell'art. 141 aveva previsto, al comma 2, l'iscrizione dei vari organismi (costituiti e costituendi) presso un elenco che il Ministero delle attività produttive (oggi dello sviluppo economico) avrebbe dovuto costituire, con efficacia meramente pubblicitaria; l'elenco, infatti, non avrebbe avuto efficacia abilitante, ma avrebbe svolto una funzione di garanzia nei confronti dei consumatori e dei professionisti che avrebbero potuto conoscere quantomeno a quali principi comunitari gli organismi si sarebbero ispirati nei rispettivi regolamenti di procedura.

Inoltre l'elenco avrebbe dovuto svolgere la medesima funzione informativa anche a livello comunitario, per comunicare alla Commissione europea quali organismi fossero conformi ai principi della raccomandazione 257/98 e quali a quella n. 310/01.

Infine l'elenco avrebbe costituito, sempre a livello comunitario, un'indicazione ufficiale relativamente agli organismi da inserire nella rete EEJ-Net, oggi confluita nella rete ECC-Net.

Tale rete consente, secondo le indicazioni comunitarie, di mettere in collegamento tutti gli organismi che si occupano di tutela dei consumatori nei vari Stati membri, attraverso il coordinamento di alcuni istituti centrali a livello nazionale, che fungono da raccordo con quelli degli altri Paesi; essa inoltre dovrebbe consentire una più facile circolazione delle informazioni a livello comunitario, relativamente all'esistenza di gruppi o associazioni di consumatori, alla loro attività e alle loro iniziative, alla normativa di riferimento e alla sua applicazione nei vari ordinamenti nazionali e, infine, ai vari organismi di risoluzione alternativa delle controversie, alle norme procedurali applicabili, all'efficacia delle decisioni, ai costi delle procedure e così via.

L'effettivo funzionamento della rete comunitaria dovrebbe agevolare la tutela dei consumatori in tutta Europa, favorendo anche l'incremento degli scambi transfrontalieri e – di conseguenza – il rafforzamento del mercato interno: per garantire ciò è apparso subito evidente che l'istituzione di un coordinamento nazionale e comunitario dei soggetti chiamati a gestire la parte più delicata dei rapporti tra consumatori e professionisti è importante. Per quanto riguarda la risoluzione delle liti bisogna solo aggiungere che i centri di

coordinamento nazionale dovrebbero svolgere un ruolo di consulenza (sugli organismi esistenti negli altri Stati membri e sulle procedure applicate) e di assistenza (nella redazione dei reclami e nella eventuale traduzione in altra lingua).

Per tornare all'elenco, merita sottolineare che l'unico riconoscimento esplicito riservato dalla norma del comma 3 dell'art. 141 è alle commissioni di conciliazione istituite presso le Camere di commercio: tale riconoscimento non deve stupire, sia per la lunga storia che gli organismi camerali hanno alle spalle (a partire dal primo riconoscimento avvenuto con la legge di riforma del sistema delle Camere di commercio, n. 580/1993 sino alla riforma del diritto societario), sia per l'esperienza maturata dal punto di vista operativo, che ha portato il sistema ad avere un ufficio di conciliazione in ciascuna Camera di commercio, che svolge attività conciliative seguendo i medesimi principi dal punto di vista procedurale e le medesime regole per la formazione dei conciliatori.

L'articolo in esame si chiude con due importanti principi che vanno letti unitariamente: mentre, infatti, il comma 4 dispone che le clausole che prevedono il ricorso ad una procedura ADR, tra quelle sopra menzionate, non sono vessatorie, il comma 5 conclude affermando che il consumatore non può essere mai privato del diritto di ricorrere al giudice competente per la risoluzione delle controversie, a prescindere dalla procedura stragiudiziale esperita.

La prima norma non pone particolari problemi, se si fa riferimento alle procedure facilitative o non aggiudicative; per loro natura, infatti, esse non si concludono con una decisione emessa da un terzo, ma lasciano alle parti il potere di decidere se ed in quali termini porre fine alla controversia, rispetto alla quale il terzo ha solo il compito di facilitare il confronto e, semmai, di formulare una proposta, come base di partenza per una negoziazione tra le parti. Sulla base di tali premesse è evidente che una clausola inserita in un contratto sottoscritto dai consumatori che rinviasse a tali procedure prima dell'azione giurisdizionale (o anche parallelamente ad essa) non potrebbe comportare alcuno squilibrio a danno del consumatore e, men che mai, essere annoverata tra quelle vessatorie di cui all'art. 33, comma 2, lett. *t*).

Di conseguenza non può ipotizzarsi che il consumatore sia privato della possibilità di adire il giudice competente: tra le caratteristiche principali che informano lo svolgimento ed il termine di tali procedure vi è proprio il riconoscimento per entrambe le parti di poter adire il giudice, in caso di soluzione poco soddisfacente o di mancato raggiungimento della stessa.

Del pari potrebbe dirsi che neppure per le procedure valutative si pongono particolari problemi, purché esse non siano vincolanti; in tali casi, infatti, la "decisione" proposta non è vincolante per le parti che restano libere di accettare o meno la soluzione formulata.

In verità la *ratio* di queste due norme era diversa, seppure il risultato non sia stato ottenuto: sin dalla prima entrata in vigore delle norme in tema di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (artt. 1469*bis* ss. c.c.) si era acceso in dottrina un dibattito sulla legittimità di un arbitrato di consumo e, di conseguenza, della validità delle clausole compromissorie che ad esso facessero riferimento.

Data la natura dell'arbitrato e della deroga che questo comporta alla competenza del giudice civile sembra, infatti, insuperabile la valutazione di vessatorietà di cui al richiamato art. 33, comma 2, lett. *t*), nonostante le tesi, anche avvincenti, di alcuni autori.

Purtroppo la formulazione delle disposizioni in esame non consente di superare agevolmente tale dubbio interpretativo, chiudendo di fatto la strada alla possibilità di deferire in arbitri una controversia di consumo, come invece avviene in altri ordinamenti europei.

Ad ogni modo la norma sembra comunque utile per garantire espressamente la non vessatorietà delle clausole che facciano rinvio a procedure di risoluzione alternativa delle controversie presso uno degli organismi inseriti nell'elenco ministeriale.

2.2. LE RECENTI MODIFICHE DEL D. LGS. N. 221/2007

Tra le modifiche apportate recentemente al codice del consumo dal D. lgs. n. 221/2007, vi sono anche quelle dell'art. 141.

Si tratta, per la verità, di modifiche di poco momento; in particolare il legislatore ha correttamente riproposto la formulazione del comma 2.

Mantenendo ferme le competenze del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero della giustizia, si è inteso precisare qual è il ruolo e quali sono le competenze dei due dicasteri nella predisposizione del registro degli organismi di A.D.R.

Così, opportunamente, è stato specificato che è proprio il Ministero dello sviluppo economico che detta, di concerto con quello della giustizia, i criteri in base ai quali deve essere formato l'elenco, del quale, a livello di normazione primaria, viene solo stabilita la bipartizione tra gli organismi che si conformano alla raccomandazione del 1998 e quelli che, invece, si conformano alla raccomandazione del 2001.

In questo modo si è affidata più chiaramente alla normazione secondaria la competenza a dettare le disposizioni procedurali necessarie per la richiesta di iscrizione; tale normativa, infatti, sarà chiamata a dettare le norme che regoleranno la procedura di iscrizione: termini e modalità di presentazione delle domande, allegazioni e documentazione necessarie, controlli e sanzioni, comunicazioni alle istituzioni comunitarie.

Tale precisazione, ad una lettura più attenta, appare più utile di quanto non possa sembrare; nel vigore della precedente formulazione, infatti, sarebbe risultato difficile agli organi ministeriali competenti rifiutare l'iscrizione di un qualsiasi organismo che avesse fatto richiesta di inserimento nell'elenco, senza alcuna allegazione ma, ad esempio, sulla base di una semplice autocertificazione.

In questi termini, invece, pur ribadendo la natura meramente pubblicitaria e non abilitante dell'elenco, la previsione di precisi criteri dettati a livello ministeriale potrebbe per un verso, adeguare le procedure e, per altro verso, garantire – seppure in via mediata – gli operatori economici (consumatori in particolare) che avranno intenzione di riferirsi ad uno dei soggetti iscritti nell'elenco e, ancor di più, ai principi cui si informano le rispettive procedure.

Infine si stabilisce più chiaramente la competenza ministeriale ai fini di assicurare gli impegni assunti con la risoluzione 2000/C 155/01 del Consiglio d'Europa, in merito alla costituzione della rete comunitaria di risoluzione alternativa delle controversie di consumo transfrontaliere.

2.3. LE ALTRE PREVISIONI IN TEMA DI A.D.R. DI CONSUMO

Si è già detto che le previsioni contenute nel Codice del consumo non sono nuove nel nostro ordinamento giuridico, che già da tempo destina alla soluzione alternativa delle controversie di consumo diverse norme.

Tuttavia mancava una normativa sulle A.D.R. di consumo in generale che ha avuto la sua prima realizzazione proprio con l'art. 141.

Prima di tale disposizione, infatti, le numerose norme in questa materia erano sparse all'interno di normative di settore, volte a regolare i vari aspetti di singole realtà commerciali e contrattuali, tra le quali – appunto – la risoluzione alternativa delle controversie.

C'è inoltre da sottolineare il fatto che, prima del Codice del consumo, il legislatore non si è riferito alle ADR generalmente intese, ma alla sola conciliazione stragiudiziale, che ne costituisce l'esempio più noto e più diffuso.

Con riguardo alle norme che disciplinano la conciliazione di consumo, si deve partire dalla citata legge di riforma del sistema delle Camere di commercio, la L. n. 580/1993, che per la prima volta, nell'art. 2 comma 4, annoverava tra le cc.dd. funzioni di regolazione del mercato, la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori; una norma in bianco, che aveva semmai un intento programmatico e non strettamente precettivo, tant'è che la Camere di commercio hanno atteso qualche tempo prima di dar luogo ad un sistema di rete capillare ed omogeneo.

Successivamente, la conciliazione di consumo viene in considerazione allorché il legislatore italiano ha preso a legiferare nel settore dei servizi di pubblica utilità, introducendo quel processo di privatizzazione di settori molto importanti del mercato, affidati per la prima volta alla regolazione di Autorità amministrative indipendenti; così con la L. n. 481/1995 si è previsto che, in tali settori, gli utenti avrebbero potuto affidarsi a procedure conciliative ed arbitrali gestite dalle Camere di commercio ovvero dalle varie *Autorithies* preposte secondo un sistema procedurale che avrebbe dovuto essere regolato da un decreto del presidente del consiglio dei ministri che non ha mai visto la luce. C'è da dire, tuttavia, che questa legge prevedeva per la prima volta che il verbale di conciliazione avrebbe acquistato automaticamente efficacia di titolo esecutivo, costituendo, quindi, un importante elemento di efficacia per le procedure.

Nonostante il silenzio normativo, la prima Autorità che ha dato vita ai principi cui si informava la L. n. 481/1995 è stata l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, istituita con la L. n. 249/1997. In base alle competenze affidatele dalla legge istitutiva, infatti, detta Autorità ha costituito i Comitati Regionali per le Comunicazioni (Co.re.com) con compiti, tra gli altri, di gestione delle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori delle comunicazioni.

Dette procedure sono state fatte oggetto di un regolamento, adottato dall'Autorità con delibera 02/182/CONS; uno degli aspetti più significativi, anche dal punto di vista dell'evoluzione storica della conciliazione in Italia, è stato quello legato alla norma dell'art. 12 del regolamento che prevedeva la facoltà, per il consumatore, di adire – in alternativa ai Co.re.com – un altro organismo di risoluzione delle controversie, purché le procedure rispettassero i principi della raccomandazione della Commissione europea del 2001.

Tale norma, al di là dell'apertura ad un sistema integrato di risoluzione delle controversie (affidato non soltanto alle articolazioni territoriali dell'Autorità, ma gestito anche da altri organismi), rispondeva anche alla pratica esigenza di rispondere in maniera efficace alle istanze di giustizia degli utenti che, in un settore come quello delle telecomunicazioni, in cui il contenzioso è sempre stato particolarmente elevato.

Infatti, i Co.re.com hanno per diverso tempo stentato ad assumere questi incarichi, a dotarsi di strutture adeguate e di personale formato.

Il tentativo di conciliazione in tema di telecomunicazioni è previsto dalla legge come obbligatorio e preventivo all'azione giurisdizionale; tuttavia su questo aspetto ci si è interrogati, sia in dottrina che in giurisprudenza, se la natura obbligatoria del tentativo fosse riferibile anche ai casi in cui gli utenti avessero preferito rivolgersi ad organismi diversi dai Co.re.com. A questa domanda si è risposto in modi molto diversi e, soprattutto in giurisprudenza, si è giunti a soluzioni stravaganti, non sempre condivisibili dal punto di vista giuridico.

La vivacità, l'interesse e la grande attenzione che questo settore alimenta, con riguardo alle procedure di risoluzione delle controversie, è inoltre testimoniato da due ulteriori aspetti: il primo, sul quale si tornerà in seguito, è dato dal fatto che le telecomunicazioni (e la telefonia in particolare) hanno costituito e costituiscono tuttora il terreno più fertile sul quale sono maturate le esperienze più significative di accordi nazionali tra le associazioni dei consumatori e le grandi imprese del settore per la definizione di un modello di soluzione alternativa delle controversie; il secondo aspetto è invece legato al fatto che l'Autorità, con delibera 173/07/CONS, adottata il 19 aprile 2007, ha modificato il regolamento di procedura nel settore di riferimento.

Evidentemente l'esperienza maturata, l'organizzazione dei Co.re.com e le istanze pervenute dal mercato hanno imposto un rinnovamento ed un adattamento delle regole procedurali in vigore dal 2002.

Infatti, come dispone la stessa delibera, il regolamento adottato con la delibera del 2002 è stato abrogato e sostituito con il nuovo, contenuto nell'Allegato A della delibera del 2007.

Anche se lo schema regolamentare ricalca essenzialmente i contenuti di quello del 2002, vi sono importanti novità che vanno segnalate. Innanzitutto l'ambito di applicazione: mentre prima si faceva riferimento alle controversie fra organismi di telecomunicazione ed utenti, oggi ci si riferisce alla risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettroniche ed utenti, secondo le definizioni fornite all'art. 1 del regolamento.

Merita qui soltanto di essere ricordato, dal punto di vista soggettivo, che il regolamento considera come "utente", non solo la persona fisica, ma anche quella giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico.

Conformemente alla legge del 95, anche il regolamento del 2007 ribadisce la definizione di un tentativo obbligatorio di conciliazione che sospende il decorso del termine per adire l'autorità giudiziaria sino alla conclusione della procedura alternativa, che deve essere definita entro trenta giorni.

Le nuove norme regolamentari sciolgono il dubbio che invece era stato sollevato in vigore delle disposizioni del 2002; infatti si chiarisce espressamente che il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere esperito, alternativamente, dinanzi al Co.re.com competente per territorio (secondo le indicazioni di cui all'art. 4 del regolamento) ovvero dinanzi ad uno degli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie di cui all'art. 141 Cod. cons.

Anche in tema di provvedimenti temporanei si segnala la novità relativa al fatto che la competenza all'adozione di tali provvedimenti è affidata al Co.re.com e non più all'Autorità.

Per quanto riguarda la procedura, viene posta maggiore attenzione all'adesione della controparte, la quale è invitata a dichiarare la propria partecipazione all'udienza di conciliazione entro cinque giorni dall'udienza, che deve essere fissata non prima di sette giorni lavorativi dal ricevimento della convocazione ad entrambe le parti; comunicazione che deve avvenire, come tutte le altre effettuate durante la procedura, a mezzo fax, o per via telematica.

In caso di mancata adesione o di dichiarazione espressa da parte del convenuto, il Co.re.com redige un verbale in cui si dà atto del fallimento del tentativo di conciliazione, salvo che l'assenza (anche di entrambe

le parti) non sia determinata da giustificati motivi prontamente comunicati (nel qual caso verrà fissata una nuova udienza).

Le parti possono partecipare personalmente o tramite persone munite di appositi poteri di rappresentanza; esse possono farsi assistere anche da propri consulenti (non solo e necessariamente avvocati, come invece si indicava nel 2002) o da rappresentanti delle associazioni di consumatori.

Nel rispetto del generale principio della riservatezza, l'art. 11 stabilisce che le informazioni acquisite nel corso della procedura non possono essere utilizzate in altro procedimento arbitrale, giudiziario o amministrativo dinanzi ad altra autorità, per la definizione bonaria della controversia; dato questo riferimento espresso alla definizione amichevole della lite, è lecito domandarsi se, invece, dette informazioni possono essere utilizzate per la definizione del giudizio con una sentenza, con un lodo ovvero con un provvedimento amministrativo. In altri termini pare che la riservatezza sia esclusa nel caso in cui queste informazioni possano essere valutate dall'arbitro, dal giudice o dal responsabile del procedimento amministrativo per emettere le rispettive decisioni che, evidentemente, non portano ad una soluzione bonaria delle lite.

Il verbale di conciliazione, che contiene l'oggetto della controversia e dà atto che essa sia stata definita, acquista efficacia di titolo esecutivo, una volta sottoscritta dal responsabile della procedura che certifica l'autenticità delle sottoscrizioni, ai sensi dell'art. 2 comma 24, lett. b), della L. n. 481/1995.

Di particolare interesse è la norma dell'art. 13 del regolamento che, come di è detto, scioglie le perplessità che dottrina e giurisprudenza avevano sollevato in ordine all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione esperito dinanzi ad organismi diversi dai Co.re.com.

Tale norma, infatti, prevede che il tentativo obbligatorio di conciliazione possa essere esperito dinanzi ad uno degli organismi di cui all'art. 141 Cod. cons.; tuttavia la vera novità di detto regolamento è quella contenuta al comma 2, il quale stabilisce che gli utenti possono anche esperire detto tentativo (con i medesimi effetti) anche dinanzi agli organismi istituiti con accordi tra operatori e associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino a titolo gratuito e rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE.

Tali organismi vengono iscritti, a norma del comma 4, in un elenco tenuto dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni su presentazione di apposita istanza: tale iscrizione avviene se l'intesa raggiunta dall'operatore riguardi almeno i due terzi delle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale e previa verifica della compatibilità del regolamento di procedura, che deve essere depositato, con i principi comunitari del 2001.

Tale richiesta deve essere rinnovata ogni biennio dalle parti interessate (organismi e associazioni); in difetto, l'Autorità opera la cancellazione dall'elenco.

La cancellazione può anche avvenire, su segnalazione di qualunque interessato, in caso di mancato rispetto dei principi comunitari.

In caso di esito negativo o parziale della procedura di conciliazione, svolta dinanzi ai Co.re.com o agli altri soggetti abilitati, la controversia può essere deferita, come nel regolamento del 2002, dinanzi all'Autorità; a tal riguardo il nuovo Capo IV del regolamento del 2007 prevede che l'Autorità possa delegare ai Co.re.com anche questa ulteriore competenza, secondo le modalità stabilite all'art. 22 e ad esclusione delle controversie che concernono operatori o utenti di altri Stati membri dell'Unione europea.

Al di là della significativa esperienza in tema di conciliazione nel settore TLC, il legislatore domestico ha affidato alla conciliazione un ruolo anche in altri ambiti.

Proseguendo lungo il percorso storico tracciato, si deve passare al 1998, anno particolarmente felice per la conciliazione in Italia se è vero che ben due leggi riservano ad essa importanti spazi: la prima, che esula dall'ambito di questa ricerca, è la legge sulla subfornitura nelle attività produttive, che addirittura prevede un tentativo obbligatorio di conciliazione; la seconda è, invece, la L. n. 281/1998 sui diritti dei consumatori e degli utenti, che – come detto in precedenza – conteneva un importante riferimento alla conciliazione nell'ambito dell'azione inibitoria collettiva, oggi confluita nell'art. 140 Cod. cons.

Successivamente si passa alla L. n. 135/2001, con la quale è stato riordinato il settore turistico; l'art. 4 del testo unico dispone che le Camere di commercio istituiscono commissioni conciliative ed arbitrali per la soluzione tra consumatori ed imprese turistiche. E' evidente l'infelice formulazione della norma, cui spesso il legislatore ci ha abituati anche in questo settore: le Camere di commercio, infatti, avevano già cominciato ad istituire le richiamate commissioni, senza peraltro dare ad esse alcuna organizzazione interna sulla base dei settori di riferimento.

La conciliazione camerale, infatti, è sempre stata (ed oggi ancora di più) una procedura adattabile ad ogni genere di controversia, in qualsiasi settore e tra qualsiasi soggetto; la norma della legge del 2001 non

aggiunge altro, posto che riconosce ai consumatori la mera facoltà di fare ricorso alla conciliazione camerale, senza prevedere alcunché in ordine a possibili conseguenze e/o incentivi.

Dopo questa legge si deve attendere qualche anno per passare ad una nuova regolamentazione, che costituisce lo spartiacque della legislazione in tema di conciliazione in Italia: la riforma del diritto societario, attuata, per la parte processuale, con il D. lgs. n. 5/2003.

Per la prima volta, infatti, la conciliazione conosce non più un generico riferimento alla facoltà o all'obbligo per i destinatari, dell'esperimento del tentativo, ma l'organizzazione di un complesso sistema normativo che ruota intorno ad alcuni principi fondamentali: a) apertura alla concorrenza tra gli operatori, pubblici e privati, purché in grado di garantire serietà ed efficienza; b) istituzione di un registro presso il Ministero della giustizia, necessario per operare nel settore della conciliazione societaria; c) previsione di alcuni incentivi sia di ordine fiscale che di ordine processuale; c) stretto collegamento con il processo civile.

Sulla base di tali principi, non sempre condivisi in dottrina, il legislatore ha dunque regolamentato un tentativo di conciliazione che resta facoltativo, ma circondato da una serie di ricadute e di incentivi previsti dalla legge.

Tale materia è di interesse marginale per i consumatori, ma non del tutto trascurabile atteso il fatto che – nel novero delle questioni per le quali trovano applicazione le disposizioni sulla conciliazione – vi sono anche quelle di cui alla lett. e) del D. lgs. n. 5/2003, relative alle materie di cui al D. lgs. n. 385/93 quando la controversia è promossa da o contro associazioni rappresentative di consumatori o Camere di commercio.

Al di là dell'ambito di applicazione la normativa sulla conciliazione societaria è di notevole interesse per i consumatori, anche sotto altri punti di vista: le successive disposizioni in tema di conciliazione hanno, infatti, risentito (direttamente o indirettamente) dell'impostazione data dal legislatore del 2003.

Indirettamente in tutti quei casi in cui, come nel Codice del consumo, si è richiamata in qualche misura l'organizzazione del sistema, attraverso l'istituzione di un elenco gestito da un Ministero con funzioni certificative (seppure non abilitanti in senso stretto); direttamente ogni qual volta il legislatore ha richiamato espressamente le disposizioni del 2003, com'è avvenuto nel caso della legge sul *franchising*, quella introduttiva della disciplina dei patti di famiglia, ovvero – per tornare agli aspetti consumeristici – alla legge di delega sulla tutela del risparmio n. 262/2005. L'art. 27, infatti, nel dettare i principi cui il legislatore delegato avrebbe dovuto ispirarsi in tema di conciliazione, aveva fatto espresso riferimento alla procedura prevista dalla riforma societaria, che dovrebbe però svolgersi dinanzi alla Consob, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità.

I principi espressi nella legge delega hanno trovato attuazione nel D. lgs. n. 179/2007, con cui il legislatore delegato si è semplicemente limitato a disporre un ulteriore rinvio ad un regolamento che dovrà essere emanato dalla Consob e che stabilirà le regole procedurali che dovranno essere rispettate per l'esperimento delle procedure conciliative ed arbitrali.

Il D. lgs. n. 179/2007, proprio alla luce di tale rinvio, non ha definito cosa debba intendersi per conciliazione; è dubbio, quindi, che possa intendersi richiamata la definizione contenuta nell'art. 1 del DM n. 222/2004. Ciò che si può comunque affermare è che abbia inteso prevedere nuovamente una conciliazione amministrata, che deve quindi svolgersi secondo regole prestabilite ed accettate dalle parti, le quali non sono libere di darsi una regolamentazione propria e neppure di scegliere un conciliatore.

Rispetto all'apertura alla concorrenza compiuta dalla riforma del diritto societario, affidando la gestione delle conciliazioni ad una serie di organismi pubblici o privati, nel settore della tutela del risparmio si è inteso assegnare tale compito in via esclusiva alla Consob.

Nonostante questo restringimento rispetto alla scelta societaria, il decreto ha comunque previsto che il regolamento che dovrà essere predisposto dalla Consob dovrà rispettare i criteri dettati dalla riforma societaria. In particolare l'art. 4 del D. lgs. n. 179/07 richiama espressamente gli artt. 39 (commi 1 e 2) e 40 (commi 2, 3, 4, 5, 6, 8) del D. lgs. n. 5/2003.

Da ultimo, in ordine di tempo, si colloca la norma sulla conciliazione inserita nella L. n. 84/2006 che disciplina l'attività professionale di tintolavanderia.

In verità la norma non aggiunge nulla al quadro legislativo sinora disegnato; anzi essa si caratterizza per la sua criticità.

Una norma piuttosto incomprensibile in quanto affida al potere delle Regioni il compito di promozione delle commissioni conciliative ed arbitrali presso le Camere di commercio per la soluzione delle controversie, con la partecipazione delle organizzazioni rappresentative delle imprese e delle associazioni dei consumatori.

Certamente non si vuol negare l'utilità della conciliazione in un settore come quello dell'attività di tintolavanderia, che sino ad oggi – nell'esperienza concreta – ha portato ad importanti risultati in termini numerici.

Tuttavia non si comprende la *ratio* di una norma così congegnata: non si capisce quale ruolo promozionale dovrebbero svolgere le Regioni (a cui è affidata la competenza nell'ambito di quelle di disciplina del commercio), posto che le Camere di commercio hanno già da tempo organizzato, come si è detto, i propri servizi di conciliazione senza costituire sezioni specializzate.

Non si comprende, altresì, quale dovrebbe essere il ruolo delle organizzazioni di categoria e delle associazioni dei consumatori, se non quello di organizzare protocolli ed accordi a livello territoriale per intraprendere iniziative locali e deferire le controversie in materia presso gli uffici camerati affinché vengano esperiti i tentativi di conciliazione presso le commissioni camerati, cosa che già avviene in alcune Camere di commercio.

Come se tali dubbi interpretativi non fossero sufficienti, la norma prosegue affermando che tale attività debba avvenire nel rispetto degli usi negoziali o interpretativi tradizionalmente accertati e raccolti dalle Camere di commercio.

2.4. LE ESPERIENZE DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI E DEGLI ENTI: I PROTOCOLLI D'INTESA

Sinora si è dato conto di una serie di disposizioni in tema di ADR di consumo che testimoniano un grande interesse da parte del legislatore nei confronti dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie di consumo, caratterizzate non solo e non tanto dal ridotto valore economico (cc.dd. *small claims*), ma anche per la loro serialità e la loro ripetitività.

Rispetto a questo dato di sistema, la dottrina si è da sempre divisa intorno alle opinioni di chi ritiene che l'assenza di una regolamentazione legislativa sia necessaria per preservare la assoluta volontarietà dello strumento, che deve essere rimesso esclusivamente alla autonomia negoziale delle parti e alle opinioni di chi, al contrario, ritiene utile un intervento normativo che – seppure non si spinga a dettare norme procedurali che rischierebbero di ingessare la procedura – possa favorirne ed incentivarne il ricorso, grazie alla introduzione di alcuni principi generalmente applicabili a tutte le procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

Anche alla luce di tale dibattito negli ultimi tempi è la prassi che ha moltiplicato le esperienze concrete, le quali hanno portato, in assenza di una normativa di riferimento, allo svilupparsi di modelli operativi che, pur restando sotto la stessa definizione, si differenziano gli uni dagli altri.

Tra questi merita di essere segnalata la positiva esperienza delle principali associazioni di consumatori nazionali; queste, ancor prima del riconoscimento a livello normativo ottenuto con gli artt. 140 e 141 Cod. cons., hanno dato vita ad alcuni protocolli di intesa con grandi aziende, sulla base dei quali vengono svolte delle procedure che, pur non essendo pienamente assimilabili alla conciliazione propriamente detta, portano ad una negoziazione paritetica condotta dalle associazioni (in rappresentanza del consumatore) e dalle aziende coinvolte per concordare una soluzione della lite.

Questo tipo di procedura trova certamente la sua legittimazione a livello normativo nel più volte richiamato art. 141 Cod. cons., il quale – come ricordato in precedenza – riconosce tutte le procedure di risoluzione alternativa delle controversie, nel rispetto dei principi comunitari.

Tale riconoscimento normativo non è di poco conto per diverse ragioni; innanzitutto, la prassi comune anche ad altri Paesi europei (con particolare riguardo a quelli di tradizione anglosassone, in cui tali metodi hanno una tradizione ben più risalente ed una diffusione maggiore) mostra come la differenziazione delle procedure, accanto a quella più antica e nota della conciliazione, giovi a contribuire al recupero di un sistema di giustizia civile sempre più efficiente ed efficace.

Inoltre esso contribuisce a far maturare una maggiore consapevolezza e diffusione di strumenti alternativi, conferendo un riconoscimento normativo ad altre esperienze che, pur maturando nell'ambito della autonomia privata, costituiscono un'esperienza molto significativa dal punto di vista empirico.

La positiva esperienza maturata dalle principali associazioni dei consumatori a livello nazionale è infatti risalente ed ha anticipato di diversi anni la scelta compiuta nel 2005 dal legislatore del Codice del consumo.

Tale esperienza risale all'iniziativa di alcune associazioni con la compagnia telefonica all'epoca monopolista, intorno agli anni 80; dopo le prime sperimentazioni, l'accordo ha assunto uno sviluppo sul territorio nazionale, grazie al riconoscimento economico di un progetto pilota approvato da parte dell'Unione europea negli anni 90.

In seguito ai positivi risultati ottenuti dal progetto, questa esperienza si è trasformata in un'attività vera e propria che, negli anni, è entrata a regime, attraverso un accordo con Telecom Italia che ha portato, tra gli altri risultati, a prevedere l'inserimento di una clausola di conciliazione inserita nei contratti con l'utenza.

Nel 2003 l'accordo è stato sottoscritto anche con riferimento alla telefonia mobile.

I risultati di questa esperienza sono molto significativi: dall'avvio della procedura alla fine del 2007 sono pervenute 57.551 domande, delle quali sono state discusse 52.980; di queste 46.912 domande (pari all'89% del totale) hanno portato ad un accordo. Nel 2007 sono pervenute complessivamente 12.445 domande relative a controversie sulla telefonia fissa, delle quali sono state gestite 11.404 (pari al 92%) e concluse 10.385 (pari al 91%); di queste ultime ne sono state conciliate 9.522 (pari al 92%). Per quanto riguarda le controversie relative alla telefonia mobile, invece, nel 2007 sono pervenute 460 domande, di cui sono state gestite 422 (Pari al 92%) e discusse 369 (pari all'97%). Di queste ne sono state conciliate 324, pari all'88%. Entrambe le procedure hanno una durata media di 45 giorni (*fonte Telecom Italia s.p.a.*).

I dati così significativi hanno dato vita ad altri accordi nel settore della telefonia, alcuni dei quali sono ancora su base sperimentale (H3G), mentre altri positivamente avviati, come nel caso della WIND, che nel 2007 ha gestito 570 procedure, delle quali 536 concluse con un accordo (*fonte WIND s.p.a.*).

Grazie ai risultati ottenuti con la "conciliazione telefonica", si è poi aggiunto l'accordo che le associazioni dei consumatori hanno stipulato con Poste Italiane, che – dopo una prima fase sperimentale nel 2002 – è stato implementato a livello nazionale.

Nel 2007 sono pervenute 1691 domande, con un incremento pari al 42% rispetto al 2006 (anno in cui sono pervenute 1.193 domande).

Di tutte le domande pervenute, le Commissioni regionali costituite nell'ambito dell'accordo ne hanno discusso 993: il 97% di tali procedure sono state definite con un accordo.

Anche tale protocollo d'intesa ha conosciuto un interessante sviluppo; rispetto alle sole 16 domande discusse nel 2002, si è avuto un incremento costante in tutti gli anni successivi, sino ad arrivare nel 2007 a 993 domande, con un aumento rispetto all'anno precedente pari al 14%.

A fronte di tale aumento complessivo, è però aumentata anche il numero delle domande in attesa, che è passata dalle 527 del 2006 alle 698 del 2007, con un aumento pari al 32% (*Fonte Poste Italiane s.p.a.*).

Il successo di queste procedure si è rivelato particolarmente utile anche per alcune tipologie di controversie che hanno afflitto una gran parte di consumatori e risparmiatori, in seguito ai famosi eventi dei crack di alcune grandi società, che hanno coinvolto degli istituti di credito; così è stata avviata una collaborazione molto efficace tra il Gruppo Intesa e le associazioni dei consumatori per la definizione delle controversie in dette materie.

In seguito all'accordo stipulato nel 2004, e concluso nell'arco di circa due anni, sono pervenute ben 22.467 domande di conciliazione, tutte gestite, che hanno portato ad esiti importanti: il 48% delle domande hanno portato ad un rimborso nei confronti del cliente (totale nel 6% dei casi e parziale nel 42% dei casi), mentre il 52% è terminato con rimborsi a zero (*fonte: Gruppo Intesa – S.Paolo*).

Dopo la prima esperienza, limitata appunto alle vicende dei bond in *default*, il gruppo ha intrapreso un'iniziativa sperimentale, da poco conclusa, che si sta estendendo su tutto il territorio nazionale.

Negli ultimi anni le iniziative si vanno moltiplicando anche in altri settori, come testimoniano gli accordi conclusi con l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, con l'Enel, con Confservizi, con l'ANIA.

Gran parte di queste iniziative è ancora a livello sperimentale e circoscritta ad alcune zone sul territorio nazionale, ma testimoniano tutte un grande interesse verso lo sviluppo della c.d. giustizia alternativa.

La struttura di tali accordi è sostanzialmente la stessa: le procedure vengono gestite, dal punto di vista amministrativo, da rappresentanti dell'azienda che costituiscono una segreteria tecnica con compiti di comunicazione, di nomina dei componenti della Commissione di conciliazione, di conservazione dei verbali e così via.

La Commissione di conciliazione, invece, è costituita da un rappresentante delle Associazioni dei consumatori firmatarie del relativo protocollo il quale, munito di un apposito mandato, rappresenta il consumatore e da un funzionario dell'azienda.

La procedura prende avvio dopo il deposito della domanda di conciliazione che il consumatore può fare solo dopo aver infruttuosamente esperito la procedura di reclamo presso l'azienda (perché questa non ha fatto pervenire alcuna risposta o perché la risposta è ritenuta insoddisfacente); una volta avviata la procedura questa deve terminare entro un termine piuttosto breve (30 o 60 giorni a seconda degli accordi).

La procedura termina con una soluzione transattiva che la commissione di conciliazione adotta in seguito all'esame del caso; il consumatore ha un termine per accettare la soluzione proposta dalla Commissione; in questo caso viene redatto un verbale positivo, che dà atto dell'esito della conciliazione; in caso contrario il verbale sarà negativo e darà atto semplicemente del mancato accordo.

L'accordo si sostanzia in un contratto, che è vincolante per le parti che lo hanno sottoscritto.

Tutti i protocolli d'intesa, sulla base dei quali vengono adottati i regolamenti di conciliazione, dichiarano che le procedure vengono svolte nel rispetto dei principi espressi in sede comunitaria.

E' inoltre molto importante sottolineare il grande impegno che le associazioni e le aziende stanno assumendo anche sotto altro profilo, determinante per il successo di tali procedure: la formazione dei conciliatori.

La diffusione di queste procedure ed i risultati ottenuti in questi anni testimoniano l'impegno degli operatori coinvolti nella diffusione di questi strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, che sono in grado di portare vantaggi indiscussi: per le imprese, esse consentono di poter risolvere in maniera efficiente ed economicamente vantaggiosa un numero esponenziale di controversie di natura seriale, offrendo, peraltro, un servizio che consente di conservare la fidelizzazione della clientela.

Per i consumatori, invece, tali strumenti permettono di ottenere soluzioni rapide, poco costose e particolarmente efficaci a controversie che, per tipologia e valore economico, verrebbero portate con grande difficoltà dinanzi ad un giudice civile: i costi ed i tempi necessari per lo svolgimento di una causa ordinaria, infatti, non sarebbe minimamente paragonabile all'interesse economico del consumatore, al punto tale da scoraggiarlo (nella maggior parte dei casi) dall'intraprendere qualsiasi azione giudiziaria.

Grazie a questa positiva esperienza il sistema delle A.D.R. in Italia si va facendo sempre più maturo e, se si vuole, sofisticato: ad un primo periodo, nel quale vi era una forte contrapposizione tra varie esperienze di risoluzione alternativa delle controversie nel nostro Paese, sulla base del riconoscimento esclusivo alla sola conciliazione stragiudiziale, si sta passando ad una fase di convivenza di più modelli procedimentali.

La consapevolezza dell'utilità di questa coesistenza è anche del legislatore che, con il Codice del consumo, ha fatto eco alle disposizioni europee ed ha dato pieno riconoscimento a queste esperienze, seppure non in maniera esplicita.

Del resto, come si è detto, non avrebbe potuto essere altrimenti, posto che la conclusione degli accordi tra le associazioni e le aziende sono esperienze del tutto volontarie, che maturano e si sviluppano sulla base della libera iniziativa contrattuale delle parti coinvolte.

3. LE PROSPETTIVE FUTURE (Liliana Rossi Carleo)

Ci sembra utile chiudere questo rapporto, iniziato con un rapido cenno al passato, proiettandoci in quello che appare il futuro più prossimo.

Guardare alle possibili linee di intervento, al fine di non lasciarsi sedurre dalle speranze, che pure sarebbero molte, e nel tentativo di limitarci a segnalare eventuali certezze, che, diversamente, appaiono poche, impone di circoscrivere la prospettiva a profili specifici, partendo da elementi oggettivi.

In primo luogo, occorre soffermarci sulle indicazioni che ci provengono dall'U.E.

Questa opzione appare necessitata, anche a prescindere da qualsiasi considerazione sul cammino verso una più completa integrazione dell'U.E., che negli ultimi tempi non sembra ricevere una unanimità di consensi.

Ciò malgrado non si può negare che, come abbiamo già visto, l'area di integrazione è andata tendenzialmente a espandersi, il che è avvenuto spostando l'asse centrale dal "mercato comune" al "consumatore", sebbene una completa integrazione non risulta ancora raggiunta per quanto riguarda il passaggio dal mercato alla coesione istituzionale.

Difatti, il cammino dell'U.E., come del resto risulta da questo rapporto, procede sicuro e spedito essenzialmente per "settori" e nei "settori". Ciò risulta evidente anche dal fatto che la politica dei consumatori, pur costituendo, secondo il preciso dettato dell'art. 153 del Trattato, uno dei settori più trasversali, non è ancora considerata come parte di un insieme.

Sembra quasi che, rispetto all'apparente specificità dei settori – e tale è ancora considerato quello dei consumatori –, si percepisca senza timore il rilievo dominante di un profilo (apparentemente) tecnico, e non si colga l'importanza delle ricadute politiche. Non si tiene, difatti, in giusta considerazione che l'integrità del mercato unico, qualora non sia un presupposto, finisce necessariamente con il divenire il risultato di un progetto necessariamente più ampio.

La consapevolezza di questo diffuso atteggiamento induce a prenderne atto e, di conseguenza, a considerare, nelle linee di tendenza, solo i segmenti che più da vicino ci riguardano, anche se, al fine di non perderci nella "verticalità", che ancora contraddistingue la pluralità degli interventi, cercheremo di delineare un possibile scenario più "orizzontale".

A tali fini, dopo un rapido cenno alla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkestein), assumeremo come punto di osservazione alcune delle tematiche enucleate dal Libro verde del 2007 sul riesame dell'*acquis* relativo al consumatore.

3.1. LA DIRETTIVA SUI SERVIZI

Per quanto riguarda la direttiva 2006/123/CE, essa evidenzia il ruolo fondamentale dei servizi, che costituiscono un settore in grado di provocare effetti positivi sull'intera economia europea, favorendo la realizzazione dell'obiettivo ultimo della Strategia di Lisbona.

Lo scopo che la direttiva si prefigge è quello di superare gli ostacoli che impediscono al prestatore di servizi di sfruttare i vantaggi del mercato interno.

Favorire la circolazione e la qualità dei servizi, ai quali la direttiva fa espresso riferimento, significa ribadire che una corretta concorrenza si pone a pilastro dell'offerta, e una consapevolezza, basata sull'informazione e, quindi, sull'educazione, si pone a pilastro della domanda, consentendo, in tal modo, la creazione di un mercato trasparente ed efficiente.

Ciò che interessa porre in evidenza è che il legislatore europeo, con questa direttiva, conferma la nuova tendenza adottata negli ultimi interventi. Difatti la scelta, chiaramente enunciata dall'art. 1, par. 1 – «l'oggetto della direttiva è la fissazione di disposizioni generali atte ad agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi» – è caduta su un intervento legislativo di tipo orizzontale.

Una peculiarità può, invece, rinvenirsi nel fatto che il suo recepimento, contrariamente a quanto accade per la generalità delle direttive, non comporta una semplice trasposizione della direttiva in una legge (che, in gran parte, si limita a tradurla, come nel nostro Paese è avvenuto pressoché sempre), ma implica il compimento di una serie di attività richieste agli Stati membri. Queste attività vanno dal monitoraggio dei sistemi di autorizzazione esistenti, alla valutazione dei dati e alle eventuali conseguenti modifiche della legislazione esistente al fine di renderla conforme alla direttiva, nonché, comunque, ad una semplificazione e modernizzazione delle procedure. Si può, dunque, affermare che la parte amministrativa costituisce la vera

novità della direttiva, in particolare se confrontata con la parte che potremmo definire giuridica, la quale si limita, in gran parte, a codificare la giurisprudenza comunitaria in tema di prestazione di servizi.

La direttiva impone, quindi, agli Stati Membri un compito propositivo che vede nella semplificazione e nella informatizzazione due aspetti di rilievo fondamentale.

Un cenno a questa direttiva appare utile al nostro rapporto, in quanto essa conferma l'intimo collegamento tra regole del mercato e tutela del consumatore, che di certo dovrà costituire una linea di non ritorno nelle prospettive future.

3.2. LE POSSIBILI LINEE DI INTERVENTO INDICATE DAL LIBRO VERDE DELL'8 FEBBRAIO 2007

Per quanto riguarda il punto di osservazione che abbiamo privilegiato, il compito può risultare facilitato dal fatto che l'8 febbraio 2007 la Commissione europea ha presentato un Libro verde dal titolo "*Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*" che ha rappresentato, in concreto, l'occasione per proporre una serie di domande dalle cui risposte dovrebbero o potrebbero partire le future novità legislative.

Invero, occorre parlare di compito facilitato, ma non facile.

La prima difficoltà sembra rappresentata dall'uso di una terminologia piuttosto sconosciuta al nostro sapere, in particolare a quello giuridico, da sempre aduso ad attribuire alla terminologia adottata rigorosi significati, corrispondenti a qualificazioni che implicano conseguenze giuridiche. Alla terminologia rigorosa si sostituisce una nuova terminologia, che spesso nasce dalla burocrazia e risulta di difficile intendimento. A questo occorre aggiungere che molte volte la intelligibilità è resa ancora più complessa dall'uso di acronimi, che peraltro sovente sintetizzano una locuzione espressa comunemente in una altra lingua, come nel caso di CFR (*Common Frame of Reference*, cioè quadro comune di riferimento), nonché dall'uso di locuzioni tratte dal linguaggio aziendale, come nel caso di CSR (*Corporate Social Responsibility* cioè Responsabilità sociale d'impresa).

Queste difficoltà rendono, quindi, la intelligibilità delle osservazioni di chiusura meno semplice rispetto a quella che caratterizza le osservazioni di apertura. Questo risultato discende, tuttavia, dalla necessità di abituarci al modo di comunicazione europeo che, pur essendo di recente oggetto di severe censure proprio perché lontano dai "cittadini", ci deve vedere, comunque, come interlocutori più attivi di quanto non lo siamo stati finora.

Tenuto conto dei possibili difetti di comunicazione e nel tentativo di semplificare, si è cercato di delineare solo alcune delle principali linee di intervento.

Si può, difatti, constatare che il prossimo futuro appare già indirizzato verso un cammino chiaramente indicato, seppure non ancora determinato nelle sue direttrici di marcia.

Il percorso, malgrado appaia al momento, piuttosto incidentato, dovrebbe condurre, come prima tappa, al raggiungimento di due obiettivi, l'uno certo nell'*an*, ma non nel *quomodo*, l'altro del tutto incerto.

Tali obiettivi sono:

- 1) la revisione dell'*acquis*
- 2) la ricerca dell'armonizzazione massima

Obiettivo 1: la revisione dell'*acquis*. L'individuazione dei problemi più rilevanti

Per quanto riguarda il primo obiettivo, esso concerne la raggiunta consapevolezza che una legislazione estremamente pragmatica, che rincorre le distorsioni del mercato e agisce su ipotesi contingenti e specifiche, oltre a correre il rischio di diventare torrentizia, determina antinomie ed incertezze.

Pertanto la Commissione, fin dal 2004 – COM (2004) 651 def., GUCE C14 del 20 gennaio 2005 – ha dato l'avvio ad una prima fase "diagnostica" dell'esistente, ritenendo improrogabile un processo di "riesame" della disciplina, varia e frammentata, in materia di tutela del consumatore. Questa fase, come viene esplicitato nel Libro verde dell'8 febbraio 2007 sulla "*Revisione dell'acquis relativo ai consumatori*", ha consentito di evidenziare, fra gli altri, la rilevanza precipua di due problemi:

1) la sovrapposizione fra le direttive a tutela del consumatore e altre direttive, in particolare quelle in materia di mercato interno,

- 2) la frammentazione delle regole.

1a) *La sovrapposizione con altre direttive in materia di mercato interno*

Questo primo problema, evidenziato espressamente nel punto 2.2 del Libro verde, riguarda la correlazione tra il riesame e gli altri strumenti comunitari, o meglio, semplificando, induce a guardare con attenzione alla integrazione tra disciplina della domanda e disciplina dell'offerta, in particolare al fine di raggiungere l'obiettivo prioritario che da sempre si prefigge l'U.E.: l'esistenza reale e concreta di un mercato interno unico ed efficiente.

In questa ottica il profilo della correlazione non dovrebbe essere il primo solo in ordine di indicazione, ma dovrebbe esserlo anche in ordine di importanza.

Malgrado la riconosciuta importanza del problema, e pur nella consapevolezza che ad esso occorrerà dedicare la dovuta attenzione, si può osservare, fin dalla premessa, che, allo stato, la Commissione sembra aver rinviato non solo la sua soluzione, ma anche il suo "esame". La Commissione si limita ad evidenziare un dato palese: non si può ignorare l'impatto «di eventuali *follow-up* del Libro verde proposti in ambiti come quello del commercio elettronico o dei diritti di proprietà intellettuale».

A noi interessa essenzialmente porre in risalto che, seppure solo attraverso questo rapido cenno, balza, ancora una volta, in primo piano l'importanza che occorre attribuire alla *trasversalità del diritto dei consumatori*. Giova ribadire che il diritto dei consumatori – al pari della politica dei consumatori, così come è dato dedurre dal testo dell'art. 153, punto 2, del Trattato – da disciplina settoriale diviene disciplina orizzontale. Al pari della politica, essa attraversa una pluralità di discipline tradizionali, presenti nei diversi Paesi sotto etichette diverse (civile, commerciale, amministrativo, penale, etc.).

Le caratteristiche di questa nuova disciplina e nel contempo la produzione torrentizia che la accompagna determinano la necessità di assumere un nuovo impegno teso a *rifondare i rapporti di "sistema"* in una logica di compatibilità e di integrazione. Questo è un aspetto molto rilevante, sul quale, di certo, saremo chiamati a riflettere nel prossimo futuro, anche in considerazione del malessere profondo che ci coglie impreparati di fronte alle nuove "complessità" del sistema.

1b) *I difficili rapporti tra CFR e acquis*

La rifondazione del sistema non può – e ancor più non potrà –, di certo prescindere da una analisi del rapporto fra CFR e *acquis*. intendendo la prima come cornice di regole e di principi generali, che dovrebbe servire a migliorare l'*acquis*, il quale, a sua volta, va inteso come consolidazione e sistemazione di ciò che l'Unione è andata producendo e che si è gradualmente introdotto negli Stati nazionali. Il CFR rappresenterebbe, quindi, la "cornice di riferimento" di un contenuto, parzialmente, rappresentato dall'*acquis*.

Un accenno concreto alla rilevanza preminente che assume questo profilo traspare con chiarezza da un fugace, ma indispensabile, riferimento ai rapporti tra CFR e disciplina dell'*acquis*, che possiamo considerare la punta dell'*iceberg* di tutta la questione relativa al punto 2.2. del Libro verde sulla Revisione dell'*acquis* del 2007.

Il Libro verde non manca di considerare «quanto è esteso il campo di applicazione dell'*acquis* relativo ai consumatori» e, di conseguenza, è consapevole del fatto che non possono più essere ignorate e non si può non tener conto di quante siano «le sovrapposizioni con altre direttive in materia di mercato interno».

Tuttavia, è probabile credere che le intersezioni che si possono e si devono cogliere con maggiore immediatezza restano circoscritte esclusivamente a quelle che riguardano un campo che è nel contempo più ristretto e più ampio: la "costruzione" di un diritto dei contratti europeo.

Il campo è più ristretto, in quanto fa riferimento esclusivamente ai contratti; è più ampio in quanto rappresenta una occasione importante in considerazione del fatto che questa costruzione non può essere affrontata in una logica di mera razionalizzazione del mercato.

Pur nella sinteticità che deve contraddistinguere un rapporto, ancor più quando fa riferimento al "futuro", appare, tuttavia, doveroso richiamare l'attenzione sull'importanza che il Libro verde sembra attribuire all'*acquis* proprio a questo riguardo.

Nella strategia dell'U.E., almeno per quanto deve desumersi dal Libro verde del 2007, l'*acquis* dovrebbe, quanto meno, determinare una più "consapevole" conoscenza, da parte di tutti gli Stati membri, dei principi fondamentali comuni, che possono e devono costituire la base del processo materiale di armonizzazione, il quale, in tal modo, potrebbe partire già dalla condivisione di uno zoccolo forte.

L'indispensabile processo di riflessione, sia all'interno dei singoli Stati, sia da parte di gruppi di lavoro che già da tempo hanno cercato di superare, attraverso il dialogo, le difficoltà legate ad un processo di così ampia

portata, appare ineludibile e positivo, ma non del tutto tranquillizzante su di un piano operativo, vista la difficoltà di determinare un punto vero di incontro e di effettiva confluenza non solo fra tanti binari diversi, ma anche fra le diverse Commissioni che trattano il medesimo profilo generale in relazione alle specifiche competenze.

Al momento, e nel più immediato futuro, appare opportuno fissare lo sguardo su questa molteplicità di percorsi, a volte paralleli, altre volte intrecciati e che vedono l'ondivago cammino spostarsi dal particolare al generale, dal microcosmo consumeristico al macrocosmo del sistema.

Riprendendo formule suggestivamente utilizzate, ma non sempre sufficientemente indagate, il processo in corso dovrebbe segnare: dal lato delle Istituzioni, che trovano nell'Europa il proprio centro, il passaggio dall'episodico delle "regole" alla individuazione del "sistema", dal lato della Persona, che è al centro del sistema, il passaggio dal "consumatore" al "cittadino".

Al fine di cercare di delineare i possibili scenari futuri appare indispensabile un rapido sguardo al passato, sia pure recente.

La Commissione si orienta, in una prima fase, a far procedere in parallelo il CFR e l'*acquis*. Le modalità operative intendono servirsi di una consultazione molto aperta e aderente all'impostazione funzionalistica delle basi giuridiche che legittimano i funzionari di Bruxelles a proporre iniziative legislative.

Ci si avvale di due *pool* di ricercatori i cui testi sono sottoposti all'esame degli *stakeholders* in *workshop* tematici, vengono altresì previste riunioni dei rappresentanti nazionali al fine di indirizzare l'orientamento complessivo del lavoro.

L'ambizioso procedimento di un cammino parallelo si arresta ben presto e cede il passo all'*acquis* consumeristico, il quale, da percorso parallelo, diviene un percorso che sembrerebbe costituire una sorta di tappa del CFR.

Il 18 dicembre 2006 la Commissione pubblica un lavoro coordinato dal Prof. Hans Schulte Note che ricostruisce, attraverso un'analisi comparativa, l'applicazione del diritto comunitario dei consumatori negli Stati membri dell'Unione.

L'8 febbraio 2007 viene pubblicato il Libro verde che delinea orientamenti e opzioni per la revisione dell'*acquis* e propone una consultazione che si è chiusa il 15 maggio 2007.

L'impegno per il più immediato futuro, che dovrebbe partire dai risultati desunti dalle risposte al Libro verde, sembra arrestarsi alla prospettiva di una direttiva quadro che, sia pure in un contesto settoriale, dovrebbe costituire il primo passo di una normativa orizzontale. Questa normativa orizzontale imporrà scelte molto rilevanti e significative, rispetto alle quali dovrebbe costituire compito di tutti tenere alta l'attenzione, almeno al fine di verificare i limiti e le opportunità di una generalizzazione dell'*acquis* in ulteriori ambiti del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Questi brevi cenni sembrano indurci a confermare la constatazione fatta in premessa: per quanto riguarda il primo profilo ancor più che essere lontani da una risposta siamo lontani da un tracciato che ci porti alla risposta e ci sembra di dover condividere le preoccupazioni di chi afferma che si naviga a vista.

2a) La frammentazione delle regole

La frammentazione delle regole rappresenta un problema il quale, più che come tale, si deve considerare come un dato di fatto, data la sua inconfutabile evidenza reale.

Il Libro verde evidenzia questo dato fra le questioni principali al punto 3.2. precisando che di frammentazione si può parlare sotto un duplice aspetto.

In primo luogo, per quanto riguarda il recepimento delle direttive nei singoli Stati, tenendo conto che esso appare assai differenziato in considerazione della clausola di armonizzazione minima, che le ha costantemente accompagnate.

In secondo luogo, per quanto riguarda la stessa U.E., tenendo conto che il contesto normativo frammentato discende dal prevalente uso di un approccio verticale, destinato a fornire soluzioni specifiche a problemi particolari, moltiplicando, in tal modo, interventi del tutto privi di una reciproca correlazione.

Invero, a questo secondo aspetto molti Stati membri hanno già cercato di porre riparo nella disciplina interna. L'esperienza italiana di riordino si colloca, difatti, in questa direzione e giova rilevare che il Codice del consumo, sebbene talora criticato come un mero copia e incolla, rappresenta, di certo, una esperienza ben più ampia e significativa di quella che l'U.E. si propone di fare nel futuro più prossimo.

Il riordino, difatti, si limita solo ad otto direttive e si presenta, pertanto, assai più circoscritto rispetto al riordino operato dal legislatore italiano. Appare, inoltre, palese che esso sarebbe ben lontano anche

dall'*acquis* qualora si limitasse esclusivamente a risolvere le incoerenze, quali quella, sovente richiamata, relativa ai diversi tempi previsti per esercitare il diritto di recesso.

2b) *L'approccio orizzontale misto*

In quest'ottica, il primo quesito che la Commissione ha posto è, dunque, quello che riguarda la modalità di avanzamento dei lavori. La Commissione prospetta due possibili approcci: un approccio verticale e un approccio orizzontale misto. Il primo consiste nel rivedere le singole direttive già esistenti o nel proporre nuovi atti normativi riguardanti settori specifici. Il secondo si sostanzia nell'adottare uno o più strumenti quadro riguardanti gli aspetti comuni, senza escludere il ricorso a soluzioni verticali qualora risultino opportune.

Questo secondo strumento, che sembra essere quello che verrà adottato, razionalizzerebbe il quadro normativo e consentirebbe una visione di carattere sistematico.

La consultazione, chiusa il 15 maggio 2007, ha prodotto oltre 300 risposte non solo da parte degli Stati membri, ma anche da parte di numerosi *stakeholders*.

I dati, reperibili sul sito http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm, hanno già consentito di individuare una precisa linea direttrice: la maggioranza risulta favorevole all'approvazione di uno strumento legislativo orizzontale, applicabile sia alle transazioni domestiche che a quelle transfrontaliere.

2c) *L'acquis e i perduranti interrogativi di fondo*

Malgrado questa tranquillizzante apparenza, che sembra indurre ad un cauto ottimismo, la via da intraprendere non risulta, però, così netta. Difatti, ad esempio, non risulta ben chiaro ciò che dovrebbe entrare a far parte della disciplina orizzontale. Ugualmente non risultano sufficientemente chiari i rapporti tra la disciplina orizzontale, qualora questa – come sembra emergere dai quesiti – non si limiti a nozioni e a principi (ad es. la buona fede) e la disciplina verticale, che di certo – come sembra emergere dal contesto di riferimento – non andrebbe abrogata.

I dubbi sorgono, dunque, a monte, e riguardano in primo luogo l'ampiezza e le modalità da utilizzare al fine di "costruire" in concreto lo strumento orizzontale come parte dell'approccio misto. Difatti non sembra che lo strumento orizzontale si possa costruire attraverso una semplice aggregazione, ovvero procedendo alla somma degli elementi statisticamente più ricorrenti e, in ragione di questo elemento esterno e quantitativo, da giudicare più importanti. La costruzione dello strumento orizzontale non è un fatto automatico, non discende automaticamente dall'esistente, come sembra emergere da molte risposte, diversamente e, necessariamente, esso implica delle scelte.

Nell'accumulo c'è qualcosa di più della semplice somma.

Un quadro comune non può prescindere dalla individuazione di uno spazio comune di garanzie, valori, diritti, (su questo aspetto le risposte sono assai variegata nella terminologia, ma sembrano, in prevalenza, concordare). In questo "spazio comune" la specificità di elementi ben individuati potrebbe e dovrebbe determinare una contestualizzazione articolata, che, attraverso il ricorso alla disciplina verticale, risulti attenta agli aspetti multiformi della realtà. Sembra si possa dedurre, come si legge nella risposta del governo inglese, che «*these rights will always need to be proportionate to the circumstances and the types of contracts that consumers have entered into*».

Le perplessità non solo rimangono, ma forse si ampliano nel momento in cui si passa al riesame degli strumenti tecnici. L'esempio emblematico può trarsi proprio dalla mancata ridefinizione di "consumatore".

3b) *Il rilievo delle definizioni*

La definizione di consumatore resta il punto di aggregazione di tutta la disciplina oggetto del riordino.

Invero le definizioni vengono utilizzate dal legislatore europeo non solo e non tanto per razionalizzare il sistema, quanto, piuttosto, per delimitare l'ambito di applicazione di determinate discipline ed è per questa ragione che il dibattito intorno alle definizioni appare sempre particolarmente intenso.

Il consumatore, pertanto, più che una figura, rappresenta uno strumento utile al fine di tracciare i confini applicativi delle diverse aree di intervento. Malgrado l'alto profilo che tale definizione ha assunto, e continuerà ad assumere, la Commissione compie, a tale riguardo, una scelta "minimale". Difatti, l'opera di riassetto non intende affatto tener conto dell'ampiezza dei molteplici interventi settoriali a tutela del

consumatore, limitando l'oggetto della revisione, anche per quanto riguarda la definizione di consumatore, esclusivamente alle otto direttive rigidamente elencate. L'evidenza di questa opzione è tale che molte risposte hanno giustamente censurato il fatto che il riordino non abbia considerato neanche un'altra importante disciplina orizzontale, quella sulle pratiche commerciali sleali, sebbene, con particolare riferimento alla nozione di consumatore, anche questa direttiva risulti allineata alla definizione che potremmo definire "ristretta".

Ne consegue che, malgrado non possa di certo revocarsi in dubbio che la formulazione testuale, adottata dalle direttive oggetto del riesame ed alla quale si continua a far riferimento, abbia dato luogo ad una serie di questioni, queste sembrano destinate a rimanere irrisolte. Difatti, si è privilegiato un intervento burocraticamente ineccepibile, limitandosi a riprendere la definizione presente in 6 delle 8 direttive prese in esame. Invero, l'unica opzione che è stata posta dal quesito formulato dalla Commissione riguarda solo la possibile aggiunta di un «essenzialmente» alla definizione ritenuta ormai "classica". Questa possibilità, peraltro, respinta dalla prevalenza delle risposte, avrebbe, comunque, lasciato per il resto sostanzialmente inalterata l'attuale definizione.

Pertanto, sembrano destinate a permanere le perplessità e le critiche legate alla assoluta mancanza di un benché minimo accenno volto a riconsiderare l'intera definizione di consumatore.

Tuttavia, seppure sembra si possa concordare sulla impossibilità da parte della Commissione di apportare modifiche, dovendosi limitare al riassetto dell'esistente, si ritiene che, pur senza innovare, il riferimento ad una delle otto direttive oggetto del riesame avrebbe potuto e dovuto costituire un utile spunto di rimediazione.

Difatti, non è stata rivolta nessuna attenzione alla definizione di consumatore presente nella direttiva sulla vendita dei pacchetti turistici, mentre appare significativo rilevare che questa definizione, facendo riferimento al fruitore del servizio, sembra rapportarsi, in ultima analisi, a quell'utente finale, al quale si richiamano anche alcune discipline extraeuropee. Appare evidente che l'utente finale – seppure non nel caso dell'utilizzatore del pacchetto turistico, che, in quanto «utilizzatore» di un servizio di carattere peculiare, può essere solo persona fisica – nella sua accezione più ampia avrebbe consentito di aprire, limitatamente alla formula generale e trasversale, un varco alla persona giuridica, nell'ambito della disciplina c.d. consumeristica, prendendo atto, peraltro, che questo varco risulta già aperto nelle ipotesi di commercializzazione di prodotti complessi, quali, ad esempio, la vendita di strumenti finanziari.

Potremmo, dunque, ritenere che si tratta di un'occasione mancata, che testimonia il desiderio di raggiungere un risultato, sia pure solo *necessariamente* condiviso. Questa esigenza sembrerebbe aver indotto la Commissione a evitare ogni apertura senza tenere nel debito conto la forza propulsiva che pure si potrebbe attribuire alla disciplina a tutela del consumatore già nella parte "generale".

L'Europa, tradendo le prime esperienze, sembra voler frenare la spinta iniziale, arretrando rispetto ad una evoluzione che in molti Paesi tende a proteggere gli utenti, anche al di là della definizione "ufficiale" di consumatore.

4b) *L'insufficienza del riferimento al profilo soggettivo*

Invero, ci sembra necessario richiamare l'attenzione sul fatto che la rilevanza della qualità soggettiva, che di certo ha costituito il primo fondamentale elemento che ha condotto alla frantumazione di una visione unitaria e monolitica del contratto, non rappresenta più l'unico elemento da assumere a riferimento per verificare la presunta rottura della unitarietà del contratto, occorre, difatti tener conto anche della rilevanza che assume l'attività alla quale l'atto si riferisce.

Da questa angolazione, potremmo ritenere che le discussioni sono solo rinviate, anche se la Commissione tende a sminuire il rilievo delle perplessità, sia pure manifestate solo da una minoranza e da "*some academics pleads*".

Giova ribadire che in un'opera di riassetto dell'esistente – che non può (e non vuole) operare modifiche sostanziali, qual è quella prospettata dalla Commissione – è possibile condividere una scelta dalla quale emerge la *impossibilità* di prevedere un eventuale allargamento alla *persona "non fisica"*, che il dettato positivo delle direttive esaminate esclude espressamente. Tuttavia, non si può dire altrettanto per quanto riguarda il problema di accedere ad una nozione più chiara con riferimento ai fini immanenti o esclusi dalla propria attività professionale. Questo problema, lasciato aperto dalle "concordanti" e "prevalenti" formule legislative non trova una risposta univoca neanche attraverso una lettura coordinata della disciplina nel suo complesso.

Occorrerebbe riflettere sul fatto che, in considerazione del rilievo “relazionale” che viene attribuito al profilo soggettivo, la figura del “consumatore” si colora di una sua specifica connotazione non solo con riferimento alla controparte, come da sempre si è posto in rilievo, ma anche con riferimento al profilo oggettivo dell’atto di consumo. Ne discende che la nozione di consumatore, per quanto riguarda il suo agire, potrebbe e dovrebbe risultare orientata al sindacato in concreto dello scopo finale perseguito dalla controparte «*non professionnel*» (Civ. Ière 15 marzo 2005 n. 02-13285) del professionista, pur senza ricorrere alla controversa nozione che fa riferimento agli atti della professione e agli atti relativi alla professione.

Porre l’accento non solo sull’attività in astratto, ma anche sull’atto che si va a compiere imporrebbe una maggiore attenzione alle diverse tipologie di contratto guardando anche a questo elemento come fattore agglutinante di una possibile aggregazione. Per passare ad un esempio concreto potremmo osservare che, con particolare riguardo ai beni di consumo, in una prospettiva più attenta alla concezione oggettivistica nulla vieterebbe di ritenere consumatore il titolare di uno studio legale che compra, per lo studio, un distributore di bevande o un altro «bene di consumo», tenendo conto che è la serialità del bene di consumo a imporre una peculiare connotazione tipologica alla vendita.

La necessità di tener conto del profilo oggettivo emerge ancora da un ulteriore angolo visuale. Difatti sul contratto, seppure considerato unitariamente sotto il profilo causale, può incidere non solo la rilevanza della qualità soggettiva, ma anche la rilevanza di quella che, tecnicamente, potremmo definire la qualità dell’oggetto.

Il dibattito futuro non potrà ignorare che rispetto ad alcuni beni già la disciplina vigente prevede specifiche tutele che trovano applicazione in presenza di operazioni particolarmente complesse.

L’esempio paradigmatico può rinvenirsi nelle direttive Mifid (2004/36 e 2006/73), che fanno discendere dal profilo oggettivo una sorta di classificazione dei soggetti che non sono controparti “qualificate”. Questa specifica attenzione alla disuguaglianza dei soggetti è una disuguaglianza che potremmo definire non soggettiva, ma oggettiva, in quanto è determinata dalla peculiarità del prodotto e prevede tutele differenziate non solo in relazione al tipo di cliente, ma anche in relazione al tipo di servizio prestato.

A corollario di questa breve digressione, possiamo rilevare che per quanto riguarda l’*acquis* il legislatore si è reso conto, anche se solo in parte, che le difficoltà determinate dalla ricca normativa di dettaglio impongono la necessità di ricorrere a una disciplina orizzontale basata su principi, in modo da favorire la possibilità di ricorrere, attraverso la disciplina verticale, a strumenti normativi flessibili, tali da consentire un governo della pluralità e delle differenze in un’ottica unitaria e di sistema.

5b) *La preminente rilevanza delle domande rispetto alle risposte*

Qualora si prenda atto della necessità di prevedere strumenti che siano in grado di superare le divergenze in un’ottica di flessibilità utile a governare la complessità acquista una importanza strategica l’esame dei singoli punti che costituiscono la base idonea a costruire uno strumento orizzontale.

In un quadro di sintesi, anziché scendere nella analisi delle varie risposte, appare significativo rilevare che, prima ancora di ragionare sulle risposte, che di certo verranno a connotare i futuri orientamenti, sarebbe stato opportuno, ed è, forse, tuttora opportuno, interrogarsi sui quesiti e sulla loro formulazione.

Da quanto abbiamo appena accennato, appare già palese come, talvolta, alcune rigidità che caratterizzano l’“offerta” di effettuare una risposta sembrano relegare la posizione di chi si impegna a darle nella situazione di un “consumatore” costretto ad una scelta obbligata. Questa sensazione di sudditanza è aggravata dal fatto che il peso delle risposte è collegato al numero, senza tener conto della provenienza, il che rende di gran lunga prevalente la voce dei “*business stakeholders*” rispetto a quella dei consumatori o meglio dei loro enti esponenziali.

Passando ad aspetti meno “politici” e più “tecnici”, a nostro parere da una lettura complessiva emerge con chiarezza che sovente i quesiti destano gravi perplessità anche in ragione delle scelte multiple che necessariamente condizionano le risposte.

Invero, i quesiti riguardano ventotto *proposte concrete* di intervento, che, come abbiamo detto, si pongono nell’ambito di una prospettiva di “riordino” di otto direttive. Questi quesiti si propongono, dunque, una finalità molto concreta, chiaramente espressa dal nuovo Commissario europeo responsabile della politica dei consumatori e che, assai più e assai prima di appagare una esigenza sistematica, ancora una volta privilegia una opzione concreta e pragmatica. La Kuneva, difatti, fin dalla sua prima conferenza stampa, e sia pure con riferimento ad uno specifico profilo, ha dichiarato: «Dobbiamo fare in modo che i consumatori possano fidarsi degli acquisti online. Le regole del gioco sono cambiate, ed è tempo che la politica dei consumatori

trovi risposte adeguate». I quesiti, dunque, nell'ottica confermata dalla Commissaria, appaiono mirati al raggiungimento di una finalità specifica: individuare un punto di equilibrio tra domanda ed offerta.

La «certezza giuridica», che si fonda sulle «regole del mercato», appare determinante come mezzo per raggiungere l'obiettivo designato.

Regole del gioco puntuali e determinate appaiono, nel contempo, una risposta adeguata e uno strumento indispensabile in grado di accrescere, sia la "sicurezza" della impresa, alla quale viene garantita la espansione di un mercato unico, concorrenziale e sempre più ampio, sia la "fiducia" del consumatore, posta su basi "sostanzialmente" più solide, le quali, peraltro, non dovrebbero prescindere dal rispetto della "persona".

Ancora una volta siamo ricorsi a rapidi cenni; questi, però, ci sono apparsi ineludibili allo scopo di spiegare il perché l'attenzione va spostata sui quesiti più che sulle risposte, tenendo conto, peraltro, che gli interventi – che le risposte dovrebbero indirizzare – si collegano ad importanti scelte di politica legislativa.

Da questa angolazione, i quesiti, letti complessivamente, destano non poche perplessità. Spesso, difatti, come abbiamo avuto modo di accennare, essi sono a *risposta*, per così dire, *obbligata*; altre volte sono corredati da risposte che potremmo definire *inappaganti*, in quanto pongono, in coloro che devono optare, più dubbi che certezze, data l'impossibilità di conoscere l'effettivo contesto nel quale l'intervento verrà a collocarsi; altre volte ancora, i quesiti mancano del tutto, sono, per così dire, quesiti *assenti*.

Ci siamo già soffermati su di un esempio di risposta "obbligata", per quanto riguarda quello che potremmo ritenere il quesito dei quesiti, in quanto si riferisce al profilo cardine: l'ambito di applicazione della normativa. Abbiamo già evidenziato che dalle risposte viene esclusa ogni valutazione su di una possibile ridefinizione della nozione di consumatore.

Una opzione così limitata, quale è quella su cui la risposta è stata "incentrata" induce a chiedersi se non sarebbe risultata quasi preferibile una scelta di non inserimento del quesito, posta la scarsa rilevanza dell'eventuale chiarimento.

Invero, non occorre attendere il futuro al fine di immaginare o prospettare discussioni su questo aspetto in quanto esso è già, al presente, oggetto di un acceso dibattito.

6b) *I quesiti assenti*

La scelta di non inserimento del quesito, non sarebbe di certo risultata "anomala", posto che è stata fatta per altre definizioni importanti, quale, ad esempio, quella dei «beni di consumo».

Emerge, al riguardo, il problema dei quesiti assenti.

La mancanza di questa definizione, ancor più di altre, risulta particolarmente importante, poiché essa impedisce di porre la necessaria attenzione anche sul profilo oggettivo e non più solo sul profilo soggettivo. Questa definizione, quindi, avrebbe dovuto assumere una rilevanza quasi pari a quella di consumatore, essenzialmente nell'intento, che pur timidamente traspare (visto il possibile allargamento che già il quesito H1 lascia intravedere), di non limitare la tutela al solo "consumatore di prodotti", dovendo allargare la tutela anche al fruitore dei servizi. Il problema risulta aggravato dalla difficoltà di utilizzare, in questo quadro, una definizione ampia di prodotti, posto che manca anche un riferimento alla definizione di prodotto e che, attualmente, le definizioni di prodotto, che discendono da altre direttive, sono molteplici e discordanti.

In ultima analisi, possiamo rilevare che, malgrado la nominalistica assimilazione fra prodotto e servizio, la disciplina di matrice europea appare tuttora troppo appiattita sul bene e poco attenta al servizio. In questo quadro appare, dunque, grave la mancanza di un quesito che faccia riferimento a una definizione di prodotto e/o di bene, anche se il quesito H1 aveva lasciato intravedere un timido allargamento al servizio, che sembra dover subire un'ulteriore battuta di arresto per l'opposizione dei "*business stakeholders*".

Ancora una volta occorre ribadire che manca una chiara scelta politica attenta ai nuovi consumi. Non si registra una sensibilità al passaggio dal possesso all'accesso, che rappresenta una costante significativa del nuovo mondo del consumo e che imporrebbe, se non un mutamento radicale, almeno un adeguamento della disciplina.

7b) *Quesiti inappaganti*

Numerosi potrebbero essere, infine, gli esempi delle risposte e, dunque, dei possibili interventi, che ci sono apparsi inappaganti. Abbiamo già fatto cenno al quesito H1 che riguarda le tipologie di contratti che potrebbero rientrare nella disciplina della vendita dei beni di consumo.

Questo quesito, seppure si pone il problema di estendere le regole relative al contratto di «vendita» ad «ulteriori tipi di contratti in base ai quali ai consumatori vengono fornite merci o vengono prestati servizi digitali», non osa, tuttavia, proporre un doveroso mutamento: la sostituzione del termine vendita con quello più generale di contratti traslativi o, ancor meglio, di contratti di scambio e prestazione di servizi.

Se ne può trarre una ulteriore testimonianza dalla limitatezza di una disciplina la quale, seppure si riferisce all'attività più che all'atto, in alcune sue parti (come si evince dal modo in cui è formulato il quesito H1), persevera nel prendere in considerazione esclusivamente il profilo statico legato alla configurazione del tipo contrattuale; anche per questa ragione, dunque, il quesito sembra prospettare un allargamento inappagante, legato ad una tecnica legislativa che non è chiara né è armonizzata. Difatti, ai fini della concreta applicabilità dell'allargamento (è d'obbligo utilizzare ancora il) *sembra* debbano essere espressamente richiamati gli ulteriori tipi, fra i quali, in ogni caso, non è chiaro se possano essere inseriti i contratti di prestazione d'opera. Il quesito, pertanto, così come è posto, appare foriero di future discussioni principalmente in ragione del perdurante richiamo al contratto di vendita. Il riferimento alla vendita – che peraltro non sembra utilizzata in senso tecnico, posto che sotto il nome “vendita” sembra che si possa ricomprendere qualsiasi *tipo contrattuale* volto a determinare uno scambio di beni o di servizi – lascia aperto il dubbio se l'*acquis* relativo alla “vendita” possa assumere una valenza trans tipica, di carattere orizzontale (come traspare dalla nostra disciplina), o se il contratto di vendita rientri nell'ambito di una disciplina verticale, limitata al prodotto (come sembrerebbe emergere dalla scelta offerta dalle risposte multiple).

Ulteriori esempi di quesiti inappaganti possono rinvenirsi, fra gli altri, nel quesito K1 (che riguarda l'ordine e la eventuale gerarchia dei rimedi per le diverse forme di inadempimento in caso di vendita dei beni di consumo) e nel quesito L (che riguarda la responsabilità diretta del produttore in caso di non conformità dei beni venduti ai consumatori). La critica nasce essenzialmente in ragione del fatto che la proposta di intervento risulta, in realtà, fortemente condizionata dalla effettiva configurazione del modello che verrà a realizzare l'intervento stesso.

Giova osservare, in proposito, che le risposte a quesiti, apparentemente tecnici, non possono che essere interlocutorie, posta la impossibilità di valutarle al di fuori del contesto nel quale verranno inserite.

Di certo, il linguaggio dei rimedi è quello che desta maggiori preoccupazioni, anche perché è quello rispetto al quale si riscontrano le diversità maggiori nell'ambito delle discipline vigenti nei Paesi membri.

In via di prima approssimazione, come spunto per le future discussioni, si potrebbe osservare che le risposte al quesito K1, così come sono formulate, allontanano dalla speranza di vedere presto realizzata la previsione di uno strumento orizzontale per il difetto di non conformità che vada al di là della ipotesi della vendita di beni di consumo. Riemerge, quindi, una attenzione limitata al prodotto, o, meglio, ad alcuni tipi di prodotti, quali quelli fatti in serie.

Il quesito L rappresenta un ulteriore esempio di quesito al quale seguono risposte inappaganti, se non altro per il fatto che le risposte a questo quesito andrebbero collegate con le risposte che sono state date al questionario del 15 settembre 2006 sulla responsabilità diretta del produttore. Peraltro, riemerge anche a tale proposito il problema delle definizioni, visto che non è chiara la eventuale responsabilità degli «intermediari» e dei diversi soggetti che entrano a far parte della catena di distribuzione.

Obiettivo 2: la ricerca dell'armonizzazione massima

La Commissione sembra spingere con decisione sulla scelta dell'armonizzazione massima, peraltro già attuata, seppure con ampi spazi lasciati al di fuori dell'armonizzazione, dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali/scorrette.

Pertanto, merita un cenno autonomo il quesito A3 sul grado di armonizzazione del nuovo strumento.

Le risposte a tale riguardo sono estremamente variegata e le incertezze manifestate sono molteplici.

Si tratta di operare una scelta di politica legislativa, che, a dire il vero, sembra sia stata già effettuata dalla Commissione, non solo perché è quella che contraddistingue la direttiva sulle pratiche commerciali sleali (coeva al Libro verde), ma principalmente perché l'orientamento traspare con estrema chiarezza dal punto 4.5 del Libro verde sulla revisione.

Invero, il quesito A3 è quello che ha suscitato maggiore dibattito, tanto che, a differenza di altri quesiti, rispetto ai quali pur in presenza di risposte che hanno chiaramente denunciato opzioni e scelte differenziate, si è tuttavia, ritenuto, sia pure nella diversità, di poter operare, comunque, una scelta, per quanto riguarda questo intervento molti degli interlocutori hanno ritenuto di non poter e di non dover rispondere.

L'armonizzazione piena operata dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali

Il passaggio dall'armonizzazione minimale, che ha storicamente rappresentato una costante nel dare attuazione alle precedenti direttive a tutela dei consumatori, a un'armonizzazione piena, volta ad eliminare divergenze normative in modo da offrire un quadro certo e stabile che, in un'ottica di mercato unico, sia in grado di eliminare gli effetti distorsivi della concorrenza, è stata fortemente voluto dalla direttiva 2005/29/CE, tanto da poter affermare che questo cambiamento ne costituisce, forse, il punto maggiormente caratterizzante.

Risulta un dato comunemente acquisito che l'U.E., nel quadro delle azioni volte a consolidare il mercato interno, attribuisce un ruolo molto importante alla «uni-formità» e alla tecno-economia. Difatti, fra le molti e concordi osservazioni in tal senso, ci piace riportare testualmente quanto di recente ha ribadito una autorevole dottrina, evidenziando che le differenze vengono viste come «attriti fastidiosi e dispendiosi, riducono il grado di produttività, inceppano scioltezza e rapidità negli scambi» (N. Irti, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, I, p. 59).

Ripercorrendo il lungo e travagliato *iter* che ha accompagnato la c.d. “europeizzazione” della normazione tecnica, intorno alla quale sembrerebbe assai utile condurre una più attenta rimediazione al fine di intravedere un analogico cammino verso una armonizzazione massima, emerge con chiarezza che la linea di tendenza fortemente voluta sembra ormai segnata dalla “omologazione”.

Appare, pertanto, significativo tener conto che, seppure nel concreto, l'armonizzazione massima introdotta dalla direttiva lascia aperti una pluralità di varchi, ciò malgrado la novità, introdotta quasi silenziosamente, è politicamente assai rilevante. Essa sta a testimoniare che, nella graduale opera di costruzione del mercato interno, la via giurisprudenziale, inaugurata con la sentenza *Cassis de Dijon*, la quale passa attraverso il mutuo riconoscimento, si ritiene ormai insufficiente e si tende a privilegiare la via legislativa.

A dire il vero, non sono mancate – e non mancano – annose discussioni e fondati interrogativi che guardano essenzialmente alle (insufficienti) basi tecniche sulle quali il legislatore europeo si sarebbe fondato nell'introdurre, attraverso una disciplina a tutela del consumatore, una così forte limitazione alla sovranità degli Stati membri, introducendo una vera e propria preclusione ai legislatori nazionali che non possono prevedere una disciplina di maggior favore a tutela del consumatore.

Queste discussioni, seppure hanno un sapore puramente accademico per quanto riguarda la direttiva, che, forse anche per questo, non è stata ancora recepita in molti Stati membri, acquistano una forte rilevanza per quanto riguarda le risposte al quesito A3.

L'armonizzazione piena mirata

Invero, dalle risposte al quesito, anche da quelle a prima vista favorevoli alla armonizzazione, quali quelle delle “*business associations*”, emerge con evidenza – ed appare interessante evidenziarlo – una visione più riduttiva rispetto alla potenziale ampiezza prospettata dalla domande. Le risposte, difatti, seppure favorevoli alla armonizzazione, guardano, tuttavia, con attenzione, al “grado di armonizzazione” e cercano di incidere, in maniera assai decisa, sul modo di intendere il “piena” o “completa” che dovrebbe qualificare, appunto, l'armonizzazione stessa.

Non si parla di armonizzazione piena, ma di armonizzazione mirata: essa potrebbe riguardare esclusivamente alcune “*key issue*”, come il diritto di ripensamento o la nozione di consumatore e professionista.

Appare, ancora, importante notare come le stesse “*business associations*”, seppure in linea di principio favorevoli a una armonizzazione massima, considerata un pilastro fondamentale per la costruzione «di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 14, comma 2, e 4, comma 1, Trattato CE), temono, tuttavia, che essa, qualora venga intesa in senso troppo ampio, possa determinare nuovi vincoli per le imprese, e – timore in concreto assai maggiore – possa favorire la realizzazione di un codice dei contratti europeo, al quale le “*business associations*” sono contrarie.

Diversamente, la prevalenza delle “*consumer associations*” risultano, nella maggior parte delle risposte, favorevoli a mantenere l'armonizzazione minima, evidenziando essenzialmente il timore di un pericoloso abbassamento della «elevata» tutela a favore del consumatore. Difatti, si ritiene impossibile revocare in dubbio che un'armonizzazione massima non potrebbe perseguire un elevato livello di tutela del consumatore, dovendo, necessariamente, limitarsi ad un livello medio, perseguibile nelle diverse realtà dell'Unione allargata.

La discussione si sposta, quindi, sulla possibilità di introdurre la clausola del mutuo riconoscimento, rispetto alla quale, comunque, non sembrano emergere con la dovuta forza i limiti che comporterebbe una integrazione in negativo.

Occorrerebbe, difatti, guardare a una valutazione esaustiva dell'impatto che l'introduzione della clausola ha già avuto a seguito delle numerose pronunce giurisprudenziali che, dalla ben nota *Cassis de Dijon*, hanno finito con l'introdurre una sorta di discriminazione alla rovescia laddove si è realizzata, in particolare con riferimento agli standard produttivi (basterebbe ricordare la pasta o il cioccolato).

Del resto, già nel testo del Libro verde (p. 11 e 12) emerge un chiaro disfavore per la armonizzazione minima combinata con il principio del mutuo riconoscimento o del Paese d'origine, posto che «queste opzioni (...) non semplificherebbero né razionalizzerebbero il contesto normativo».

La scelta sul “come” e sul “quanto” dell'armonizzazione, che pure rappresenta un aspetto ineludibile al fine di superare la frammentazione esistente, sembra condurci di nuovo al punto dal quale siamo partiti: la necessità di tener conto della legislazione europea senza, tuttavia, mortificare le differenze legate alle tradizioni legali di ogni nazione, il che implica anche la necessità di guardare al futuro tenendo conto dell'impatto che la disciplina a tutela dei consumatori ha avuto sulle regole del diritto privato nei diversi Stati membri.

A conclusione di questa digressione sul futuro, che si è voluta fare in un rapporto, che, in quanto tale, dovrebbe limitarsi a dar conto dell'esistente, ci sembra che emerga con chiarezza un invito: quello di renderci “tutti” attenti, come *stakeholders*, a un processo che deve vederci più attivi e partecipi nella costruzione del diritto dei consumatori europeo.

Questo diritto deve perpetuare, nelle sue inevitabili trasformazioni, principi e valori. Occorre, quindi, uno sforzo che ci renda consapevoli del presente con uno sguardo aperto al futuro, ed il rapporto si propone, nel suo piccolo, di concorrere a realizzare.