



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA**

DOTTORATO DI RICERCA IN  
“COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO – GIURIDICA”

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. Arrigo Manfredini

**LA TUTELA DEL CONSUMATORE  
NELLA FORMAZIONE DEL CONSENSO**

Settore Scientifico Disciplinare JUS/02

**Dottorando**

Dott. Carlo Biasior

---

*(firma)*

**Tutore**

Prof. Alessandro Somma

---

*(firma)*

Anni 2005/2008



# INDICE

CAPITOLO I	
IL CONSUMATORE NEL MERCATO EUROPEO.....	5
1. Il consumatore come mezzo per la realizzazione del mercato comunitario.....	5
2. Le parti del contratto.....	6
CAPITOLO II	
LA PROTEZIONE DEL CONSENSO.....	9
1. La “regola generalissima” .....	9
CAPITOLO III	
LA PONDERAZIONE.....	11
1. La capacità legale e d’intendere e di volere.....	11
2. La sorpresa e la persuasione ambientale .....	12
CAPITOLO IV	
LA LIBERTÀ.....	17
1. La violenza .....	17
1. Lo stato di pericolo e di bisogno.....	18
2. I contratti usurari.....	20
3. I contratti di adesione del consumatore.....	21
4. Le regole antitrust e il Private Antitrust Enforcement .....	23
CAPITOLO V	
IL CONSENSO INFORMATO .....	27
1. L’errore .....	27
2. Il dolo.....	29
3. Il deficit informativo .....	33
CAPITOLO VI	
LE PRASSI COMMERCIALI SLEALI .....	37

## CAPITOLO VII

LE PRINCIPALI NORME ITALIANE CHE IMPONGONO DOVERI INFORMATIVI.....	43
1. Il codice civile .....	43
2. Il codice delle assicurazioni .....	44
3. I prodotti non alimentari .....	45
4. I prodotti pericolosi.....	46
5. I contratti negoziati fuori dai locali commerciali.....	48
6. I contratti a distanza .....	49
7. La vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori.....	52
8. I pacchetti turistici .....	53
9. I contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili.....	56
10. I contratti per la fornitura di energia elettrica e di gas.....	58
11. La vendita di beni di consumo e la presunzione di conformità al contratto.....	62
12. I contratti di credito al consumo .....	64

## CAPITOLO VIII

I RIMEDI .....	67
1. La nullità.....	67
2. L'annullabilità .....	74
3. Il diritto di recesso .....	75
4. La responsabilità precontrattuale e la distinzione tra regole di comportamento-responsabilità e di validità.....	78

## CAPITOLO IX

GLI OBBLIGHI INFORMATIVI E I RIMEDI NEI PRINCIPI <i>ACQUIS</i> .....	87
--	----

## CAPITOLO X

CONCLUSIONI .....	91
1. A mo' di conclusioni: il benessere del consumatore nella politica comunitaria per il mercato.....	91

BIBLIOGRAFIA.....	97
-------------------	----

## CAPITOLO I

### IL CONSUMATORE NEL MERCATO EUROPEO

#### 1. *Il consumatore come mezzo per la realizzazione del mercato comunitario*

L'Europa ha adottato il modello economico dell'economia sociale di mercato<sup>1</sup>, da realizzarsi attraverso politiche economiche condotte conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza<sup>2</sup>. Il mercato assume il ruolo di categoria giuridica<sup>3</sup> e le regole della concorrenza disciplinano le dinamiche dei rapporti tra gli "attori" coinvolti<sup>4</sup>.

Il principio della concorrenza conforma, pertanto, il diritto dei rapporti contrattuali tra i soggetti del mercato, in particolare i contratti con i consumatori, che rappresentano il nucleo originario del diritto contrattuale europeo<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> L'art. 3, (ex articolo 2 del TUE), §3, della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea (in G.U.C.E., C 115, 9 maggio 2008), "l'Unione instaura un mercato interno. si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico". Per un'analisi critica si veda A. Somma, *Scienza giuridica, economia e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, A. Somma (a cura di), Torino, 2007, 227ss.

<sup>2</sup> L'art. 119, (ex articolo 4 del TCE), §1, della versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (in G.U.C.E., C 115, 9 maggio 2008), "Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza".

<sup>3</sup> N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

<sup>4</sup> N. Lipari, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, N. Lipari e I. Musu (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2000, 27-42 e N. Irti, *La concorrenza come statuto normativo, ibidem*, 59-67. Per Luca Di Nella, "la concorrenza indica il dover essere (*Sollen*) del mercato, ossia il tipo di assetto che le dinamiche degli scambi devono assumere nel sistema", in De Cristofaro Giovanni (a cura di), *I principi del diritto comunitario dei contratti, Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009, 26.

<sup>5</sup> A. Somma, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007.

Il paradigma economico comunitario così presupposto, considera il consumatore quale mezzo per la realizzazione del mercato<sup>6</sup>. Attraverso i suoi acquisti (contratti) premia le aziende che offrono prodotti al miglior rapporto qualità-prezzo, ricoprendo, perciò, un ruolo centrale e propulsivo nel mercato unico europeo. Tutelare il consumatore per realizzare il mercato interno, quindi. Attraverso la predisposizione di regole protezionistiche speciali nella materia dei contratti con le aziende si vuole assicurare ai consumatori l'opportunità di far funzionare in maniera efficiente il mercato, limitando gli ostacoli e i fallimenti, con l'obiettivo di realizzare il fine ultimo dell'economia di mercato quale è la massimizzazione dei profitti delle imprese.

Imprescindibile è, pertanto, l'approccio economico alla tutela del consumatore e all'analisi dei loro contratti. Come imprescindibile è la tensione tra le parti del contratto generata dalla competizione, indotta dal modello economico concorrenziale<sup>7</sup>. In particolare, si ritiene che la tensione raggiunga toni particolarmente vibranti nella fase di determinazione della scelta del consumatore: la fase di formazione del suo consenso.

## 2. *Le parti del contratto*

I contratti di cui ci si occupa sono unicamente quelli tra consumatore e professionista<sup>8</sup>.

L'art. 3, co. 1°, lett a), c. cons., definisce consumatore la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Anche la definizione giuridica di consumatore risponde ad esigenze proprie del modello economico, rappresentandone il lato della domanda: alla persona, nella

---

<sup>6</sup> A. Somma, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in *Pol. Dir.*, 1998, 679 ss.

<sup>7</sup> N. Irti, *Op. cit.*, 59.

<sup>8</sup> Si suole distinguere tra diverse tipologie di rapporti contrattuali dal lato soggettivo: professionisti e consumatori abbreviati nella forma B2C dove B sta per *business* e C per *consumer*; gli altri sono B2B e C2C.

propria sfera privata, viene assegnato un “nuovo” compito<sup>9</sup>, di natura prettamente tecnica, che è quello di garantire profitti alle imprese attraverso gli acquisti, attraverso le scelte economiche<sup>10</sup>.

È la scelta a “perfezionare” il comportamento richiesto ai consumatori. I professionisti finalizzano le loro attività al realizzarsi di un unico atto giuridico: l'accettazione della proposta contrattuale.

I consumatori non sono tutti uguali<sup>11</sup>, si distinguono: il consumatore medio<sup>12</sup> e i consumatori svantaggiati<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> S. Rodotà, *La persona*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo e S. Mazzamuto (a cura di), Vol. I, Milano 2007, 21, l'Autore: “Considerando nel suo insieme il sistema giuridico europeo, si continua tuttavia a scorgere una forte dialettica tra riduzionismo economico e tutela della persona in tutta la ricchezza della sua esistenza. La normativa europea ha privilegiato l'attenzione per la persona nella dimensione del consumo, facendo appunto della tutela del consumatore uno degli oggetti primari della sua attenzione. Un obiettivo sicuramente di grande importanza, con effetti decisivi nella legislazione degli Stati membri, ma parziale, perché considera la persona unicamente dal punto di vista del mercato”.

<sup>10</sup> A. Somma, *Mercato liberista e mercato solidale. Riflessioni minime sull'equilibrio economico-sociale nel diritto dei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2002, 625, secondo l'Autore “il diritto dei consumatori si sviluppa attorno al modello umano elaborato dall'analisi economica del diritto, in quanto tale volto a promuovere tensioni di tipo utilitarista ed edonista e che simile circostanza – celebrata come una condizione per il perseguimento del benessere sociale – costituisce un indizio di politiche economiche di stampo liberista”.

<sup>11</sup> L. Di Nella, *Il consumatore*, in *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2009, 39ss.; P. Perlingeri, *La tutela del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, P. Perlingeri e E. Caterini (a cura di), Rende: Edizioni Scientifiche Calabresi, 2004, da 9 a 34. F. Garatti, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno e Resp.*, 2009, 10, 944. V. Carbone, *Servizio sanitario nazionale e consumatore*, in *Corriere Giur.*, 2009, 5, 613. F. Bartolini, *Il consumatore: chi era costui?*, in *Danno e resp.*, 2009, 4, 385. G. Alpa, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Guido Alpa e Vanna Levi, Milano, Giuffrè, 2001, 3-20.

<sup>12</sup> Sull'asimmetria informativa si fonda l'esigenza di tutela del consumatore. I livelli di asimmetria sono differenti a seconda del mercato di riferimento, così il grado di attenzione e di avvedutezza richiesti al consumatore sono differenti a seconda della tipologia di beni o servizi presi in considerazione. La giurisprudenza ha creato la nozione di consumatore medio, presente ora nella Dir. 29/05: Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 1998, causa C-210/96, *Gut Springenbeide GmbH e Rudolf Tusky/Oberkriesdirektor des Kreises Steinfurt*; sentenza 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Estée Lauder/Lancaster*. In Italia, secondo il T.A.R. Lazio (sez. I, 8 novembre 2006, n. 12120) «il consumatore medio è quel soggetto che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, è dotato della capacità cognitiva e che si identifica nel destinatario mediamente intelligente accorto ed informato sui prodotti del settore merceologico di appartenenza, nonché è in grado di orientare il proprio comportamento economico”.

<sup>13</sup> “I principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali devono essere valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili” (art. 52, co. 2, c. cons. in materia di *Informazioni al consumatore* in materia di contratti a distanza). “Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori” (art. 39, c. cons. *Regole nelle attività commerciali*). Nel valutare la *sicurezza di un prodot-*

L'altra parte è il professionista, che l'art. 3, co. 1°, lett c), c. cons., definisce persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario. Il professionista è anche l'ente pubblico, se opera con strumenti privatistici nei confronti dei consumatori<sup>14</sup>.

Le due parti, così definite, hanno differenti livelli di conoscenza della natura del prodotto compravenduto, delle caratteristiche del servizio fornito e dei mercati di riferimento. Il consumatore è la parte disinformata, quindi debole, da tutelare<sup>15</sup>.

La diligenza richiesta al professionista, come disposto dall'art. 1176 del codice civile, è quella del buon padre di famiglia, qualificata, nel caso delle professioni intellettuali.

L'esercizio dell'attività commerciale, ad esempio, per l'art. 39 c. cons. deve essere improntato al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori.

L'art. 18, lett. b), c. cons., in materia di prassi commerciali sleali, definisce la diligenza professionale il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.

---

to si dovranno considerare anche “le categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani” (art. 103, lett. a), n. 4), c. cons.). Per i Principi *Acquis* l'art. 2:203 *Obblighi informativi nei confronti di consumatori svantaggiati* la condizione di svantaggio dipende da un grave deficit informativo a causa del messo tecnico utilizzato per concludere il contratto, della distanza fisica che separa il consumatore dal professionista o della natura del contratto.

<sup>14</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (PS/698 *INPDAP Prestazioni creditizie*).

<sup>15</sup> Sulla natura e sull'evoluzione del concetto di asimmetria tra parti di un contratto: V. Roppo, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, 2, 267; V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, 12 4. 669; E. Minervini, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, 5, 493; G. Gitti – G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008. M.C. Cherubini, *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da F.D. Busnelli-V.Patti-V.Scalisi-P.Zatti, Giappichelli, Torino, 2005



## CAPITOLO II

### LA PROTEZIONE DEL CONSENSO

#### 1. La “regola generalissima”

I vizi del consenso “sono anomalie che influenzano il procedimento di formazione della volontà di uno dei contraenti e lo inducono a manifestare un consenso diverso da quello che egli avrebbe espresso in loro assenza”<sup>16</sup>.

“Differenti elementi soggettivi e oggettivi caratterizzano la fattispecie del vizio del consenso, che al di là del comune epilogo del turbamento della volontà, comportano una molteplicità di soluzioni possibili all’interno di un ordinamento giuridico”<sup>17</sup>.

I vizi del consenso disciplinati dal nostro codice civile sono l’incapacità, l’errore, la violenza e il dolo.

Il diritto europeo fa irruzione negli ordinamenti giuridici nazionali, imponendo le proprie regole, in particolare, per l’argomento che ci occupa, “aggiunge nuovi vizi del consenso a quelli già esistenti. Esso supera la tradizionale rilevanza attribuita unicamente all’incapacità, all’errore, al dolo ed alla violenza, prevedendo regole ulteriori volte a proteggere contro ogni attacco la ponderazione, la libertà e l’informazione del contraente”<sup>18</sup>.

I mercati, europei, inducono a nuove dinamiche tra i consumatori e i professionisti, caratterizzate, solitamente, da spinte poderose di questi ultimi nei confronti dei primi, tali da relegarli ai margini della scena. Si intende dare atto della tendenza, condivisa, di portare al centro del palcoscenico del “gioco” della concorrenza la persona-consumatore, come, del resto, postulato dalla teoria economica, attraverso il rispetto delle sue scelte, garantendo l’integrità del suo consenso.

---

<sup>16</sup> A. Gianola, *L’integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Milano, 2008, 23.

<sup>17</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 23.

<sup>18</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 30.

Diventa, quindi, indispensabile adottare, in partenza, una nozione giuridica di integrità del consenso tale da rappresentare sia il metro di misura che l'obiettivo del presente lavoro. A tal fine si ritiene utile ricorrere alla “regola generalissima”<sup>19</sup> del prof. Rodolfo Sacco secondo la quale “il consenso è valido solo se pienamente informato, adeguatamente ponderato e liberamente espresso”<sup>20</sup>.

Forse è proprio in questa “regola generalissima” che si può cogliere il significato del termine consapevolezza, riferito alle scelte del consumatore<sup>21</sup>.

S'intende utilizzare per il presente lavoro la partizione impiegata da parte della dottrina<sup>22</sup>, che accorpa i vizi in tre grandi aree, ciascuna delle quali rappresenta le circostanze il cui turbamento determina la necessità di tutela:

- ✓ la ponderazione
- ✓ la libertà
- ✓ il consenso informato.

---

<sup>19</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 31, l'Autore parlando della *Crisi della tipicità*, rileva “una disciplina composta e disomogenea alla base della quale una parte della dottrina intravede, al di là della gran messe di norme specifiche, una regola generalissima, ancora priva di un espresso riconoscimento legislativo, ma di cui ogni altra sarebbe una epifania: il consenso è valido solo se pienamente informato, adeguatamente ponderato e liberamente espresso, con citazione di cui alla nota 20.

<sup>20</sup> R. Sacco (e De Nova), *Il contratto*, 3a ed., Torino, 2004, I, 624.

<sup>21</sup> R.Sacco (e De Nova), *Op. cit.*, 617, dove il prof. Rodolfo Sacco afferma “Si rende sempre più palpabile che il possibile contraente è protetto affinché si formi nelle condizioni più vantaggiose la sua scelta: di contrarre; e di contrarre a quelle condizioni. Perché possa deliberare nel modo desiderabile bisogna che egli: - sia libero; - abbia attitudine, capacità, tempo per ponderare; - conosca e sappia (cioè sia informato). Perché possa ottenere le condizioni contrattuali auspicabili, bisogna che egli: - non venga coartato; e abbia accesso al mercato; - possa ponderare; - sia informato”. Di garantire scelte consapevoli del consumatore parla, da ultimo, ad esempio *La strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013* [COM(2007) 99].

<sup>22</sup> R.Sacco (e De Nova), *Op. cit.* A. Gianola, *Op. cit.*

## CAPITOLO III

### LA PONDERAZIONE

Ponderare significa soppesare compiutamente i vantaggi e gli svantaggi dell'affare.

#### *1. La capacità legale e d'intendere e di volere*

Il consumatore deve essere maggiore di età e psichicamente capace d'intendere e di volere.

L'art. 1425 del codice civile dichiara annullabile il contratto se una delle due parti è legalmente incapace di contrarre, cioè minorenni o interdetto, giudiziale o legale.

La disciplina della validità dei contratti conclusi dell'incapace naturale è contenuta nell'articolo 428 del codice civile. L'incapacità naturale è l'incapacità d'intendere e di volere del soggetto che compie l'atto giuridico. Si ha incapacità naturale quando nel momento della conclusione del contratto il consumatore versa in uno stato di "inettitudine psichica"<sup>23</sup> in grado di compromettere la corretta valutazione della scelta. "In tale situazione può trovarsi l'infermo di mente, il malato grave, l'anziano, l'handicappato, il drogato, l'ubriaco, ecc".<sup>24</sup>

Il contratto concluso dall'incapace d'intendere e di volere può essere annullato quando a lui deriva un grave pregiudizio e se la controparte è in *mala fede*, nei casi cioè in cui abbia consapevolmente approfittato dell'incapacità dell'altro contraente.

---

<sup>23</sup> A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1999, 85.

<sup>24</sup> A. Torrente - P. Schlesinger, *Op. cit.*, 85.

## 2. *La sorpresa e la persuasione ambientale*

Grazie al diritto comunitario, all'incapacità naturale intesa quale menomazione psichica "si aggiunge la protezione dell'incapace per qualsivoglia ragione, quindi la protezione del consumatore sprovveduto perché sorpreso oppure vittima di strategie di persuasione ambientale o pubblicitaria idonee a fiaccare la sua capacità critica"<sup>25</sup>, tali da compromettere la sua libertà di autodeterminarsi<sup>26</sup>, e quindi, anche in questi casi, autore di scelte viziate, non volute.

La sorpresa e il condizionamento ambientale sono le circostanze su cui si fonda la tutela dell'integrità del consenso del consumatore nel caso di contratti conclusi fuori dai locali commerciali e a distanza, quantomeno nei casi di *telemarketing*.

La dir. 85/577<sup>27</sup> tutela l'integrità del consenso dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali perché, si legge nei considerando, "la caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali del commerciante è che, di regola, il commerciante prende l'iniziativa delle trattative, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di sorpresa; il consumatore non ha spesso la possibilità di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte e questo elemento di sorpresa è generalmente presente non soltanto nel caso di contratti conclusi a domicilio, ma anche in altre forme di contratti conclusi dal commerciante fuori dai propri locali"; per questi motivi è "opportuno accordare al consumatore", non l'azione di annullabilità del contratto, ma "il diritto di rescissione da esercitarsi entro un termine non inferiore a sette giorni, per permettergli di valutare gli obblighi che derivano dal contratto", prevedendo, inoltre, l'obbligo in capo al venditore di "informare il consumatore del suo diritto a disporre di questo periodo di riflessione", pena il prolungamento del termine di ripensamento. Ora, la disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali è contenuta

---

<sup>25</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 635.

<sup>26</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent., 8 settembre 2009, n. 8395, "In tema di pubblicità ingannevole, il legislatore ha inteso salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore sin dal primo contatto pubblicitario, imponendo al professionista un particolare onere di chiarezza nella propria comunicazione di impresa".

<sup>27</sup> Recepita con d.lgs. 50/92 ora artt. da 45 a 49 c. cons.

nella Sezione I, artt. da 45 a 49 del c. cons. e il termine per il ripensamento è di dieci giorni, come previsto dall'art. 64 c. cons.

Il campo di applicazione è definito dall'articolo 45 c. cons. che definisce quali debbano intendersi i luoghi o le situazioni al di fuori dei locali commerciali in cui il consumatore possa trovarsi destinatario di proposte commerciali inattese, non cercate e senza conoscenza alcuna della natura o del valore di mercato del prodotto o servizio del cui acquisto la proposta commerciale tratta: a) durante la visita del professionista al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura; b) durante una escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali; c) in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata; d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista.

La *ratio*, pertanto, della necessità di accordare un termine di riflessione a seguito della conclusione del contratto è da ricercare nella sorpresa e nella persuasione ambientale.

Se questi sono i presupposti, il problema di un consenso integro alla base di acquisti voluti, a seguito di iniziative del commerciante con forme non tradizionali di contatto, raggiunge acuti slanci critici nel caso dei contratti conclusi a mezzo telefono, nel caso, cioè, dell'impiego della tecnica del c.d. *teleselling* ove è previsto il solo consenso vocale ai fini dell'accettazione della proposta contrattuale. La fattispecie è disciplinata innanzitutto dalla normativa dei contratti a distanza, di cui alla Sezione II, artt. da 50 a 61 c. cons.

L'articolo 50 c. cons. definisce quali siano i contratti a distanza (c.d. contratti *inter absentes*):

- a) "contratto a distanza: il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale

contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso”;

- b) “tecnica di comunicazione a distanza: qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti”;

L’articolo 52 c. cons., co. 1, impone obblighi informativi dettagliati che il consumatore deve ricevere, in caso di utilizzo del telefono, a voce “in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza” e, in forma scritta, “prima od al momento della esecuzione del contratto”.

Il co. 2 si preme di chiarire che “le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili”.

L’utilizzo del c.d. *teleselling* implica sicuramente un’iniziativa propria del commerciante verso il destinatario consumatore, e si può affermare che il mezzo telefonico, rispetto ad altri mezzi di comunicazione a distanza quali il televisore o il computer collegato alla rete, abbia in sé il requisito della sorpresa nel momento in cui il consumatore riceve a casa la telefonata commerciale.

Per cui la sorpresa e il condizionamento ambientale, anche nel caso di contratti conclusi a mezzo del telefono, sono elementi in grado di turbare l’integrità del consenso del consumatore. Non così, forse, per gli altri mezzi di comunicazione a distanza per cui il fondamento della concessione del termine di ripensamento va ricondotto più all’accentuarsi dell’asimmetria informativa a seguito dell’assenza fisica delle parti, del bene e della complessità dei prodotti (ad es. nel caso di commercializzazione di servizi finanziari)<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> G. De Cristofaro, *La disciplina unitaria del “diritto di recesso”*, in *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2009, 354ss.

I contratti a distanza sono disciplinati anche dalla delibera dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 664/06/CONS “Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell’utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza”<sup>29</sup>.

La delibera in sostanza richiama le disposizioni del Codice del Consumo, ad eccezione dell’articolo 3, co. 2, dell’allegato A alla delibera n. 664/06/CONS <sup>30</sup>, che rafforza il divieto di forniture non richieste (nella maggior parte dei casi a causa di violazione di obblighi informativi) di cui all’articolo 57 c. cons. nel prevedere che “in caso di attivazioni o disattivazioni di linee o contratti o di forniture di beni o servizi non richiesti gli operatori non pretendono dagli utenti alcuna prestazione corrispettiva e provvedono, a loro cura e spese, al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali pre-esistenti o al ritiro di detti beni. Tutti i costi, tra i quali quelli derivanti dal ripristino della precedente configurazione, sono a carico dell’operatore che ha disposto l’attivazione o la disattivazione della prestazione non richiesta dall’utente, che, pertanto, non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva”.

Il fenomeno delle telefonate a casa, inoltre, riguarda la riservatezza della vita privata e l’uso dei dati personali (banche dati), trovando compiuta disciplina nel D.Lgs. 196/03 Codice della Privacy<sup>31</sup> e nell’art. 58, c. cons. che richiede il consenso preventivo del consumatore a ricevere telefonate commerciali.

Negli ultimi anni la tecnica del c.d. *teleselling* ha causato numerose “vittime” di contratti non voluti a causa di violazione di obblighi informativi o in generale per consenso viziato<sup>32</sup>. Il fenomeno, si crede, abbia raggiunto livelli tali da compromettere in maniera decisa l’utilità sociale, la libertà e la dignità umana salvaguardati dal co. 2 dell’art. 41 della nostra Costituzione contro l’esondare dell’iniziativa economica, al punto da giustificare, si ritiene, l’introduzione di correttivi nella disciplina dei contratti conclusi a mezzo del telefono: se non il divieto *tot court*, almeno la forma

---

<sup>29</sup> Per la natura delle Autorità Indipendenti e dei relativi poteri regolamentari G. De Minico, *Regole comando e consenso*, Torino, 2005.

<sup>30</sup> Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 299 del 27 dicembre 2006.

<sup>31</sup> Oltre al Codice della Privacy si veda in il provvedimento *Servizi telefonici non richiesti* del 16.2.2006 in G.U. n. 54 del 6-3-2006.

<sup>32</sup> AGCM PS/19 Tele2-Contratti a distanza; PS/463 Tiscali-Attivazione servizi non richiesti; PS/77 Telecom-Connezione Alice non richiesta, PS/243 Findomestic Aura indennitaria plus.

scritta *ad substantiam*. O meglio, considerato che la paternità della disciplina in parola è comunitaria, l'istanza d'intervento correttivo potrebbe trovare fondamento nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE<sup>33</sup>.

Le stesse valutazioni in merito alla sorpresa possono rappresentare la *ratio* anche della vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori nel caso di comunicazioni mediante telefonia vocale.

In questo caso, però, l'art. 67-*undecies*, c. cons., a differenza della disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali o a distanza, specifica che “il fornitore comunica al consumatore tutte le condizioni contrattuali, nonché le informazioni” dovute “su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta”, da cui, si crede, si ricava la possibilità del consumatore di prendere visione del contratto e delle sue condizioni prima di accettare, anche attraverso un consenso vocale, nel caso dell'uso del mezzo telefonico.

Sia la disciplina degli acquisti fuori dai locali commerciali che quella in materia di contratti a distanza, anche per la vendita di servizi finanziari, non si occupano degli aspetti soggettivi dei contraenti.

---

<sup>33</sup> Gazzetta ufficiale delle Comunità europee C 364/1 del 18.12.2000 (2000/C 364/01), adottata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 dai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, rappresenta un impegno politico, senza effetto giuridico vincolante fino a quando nel trattato di Lisbona le è stato conferito un effetto vincolante perché le è stato riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati. A tal fine, la carta è stata proclamata una seconda volta nel dicembre 2007, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee C 303/1 del 14.12.2007 (2007/C 303/01). Riguardano le persone-consumatori in particolare: l'articolo 1 (rispetto e tutela della dignità umana), l'articolo 3 (diritto alla integrità della persona), l'articolo 6 (diritto alla libertà e alla sicurezza), l'articolo 7 (rispetto della vita privata e familiare), l'articolo 8 (rispetto dei dati di carattere personale) e l'articolo 38 che stabilisce che “nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori”.



## CAPITOLO IV

### LA LIBERTÀ

La scelta del consumatore deve essere libera; il consenso è integro se manifestato liberamente.

#### 1. *La violenza*

La violenza si suole distinguere in fisica e psichica.

La prima si ha nei casi in cui materialmente qualcuno con un intervento fisico riesce a coartare la volontà di un altro (“persona che portando materialmente la mano di un’altra, che invano tenta di resistere alla coazione, le fa firmare una dichiarazione pregiudizievole ai suoi interessi”)<sup>34</sup>. In questo caso, non c’è volontà del dichiarante e il contratto è nullo.

In caso di violenza psichica, invece, la volontà c’è, ma è viziata. La violenza psichica rientra, pertanto, nella disciplina dei vizi del consenso del codice civile. Per l’art. 1435 del codice civile “la violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all’età, al sesso e alla condizione delle persone”<sup>35</sup>. Il contratto concluso con un consenso estorto con violenza psichica è annullabile. Dalla violenza psichica va tenuto distinto il timore riverenziale (art. 1437 codice civile), che può essere individuato nel rispetto, nella riconoscenza ecc.

Secondo l’art. 1436 “la violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di un discendente o ascendente di lui. Se il male minacciato riguarda altre persone,

---

<sup>34</sup> Torrente-Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, XVI ed., 1999, 168.

<sup>35</sup> Si ricorda qui la categoria dei consumatori svantaggiati.

l'annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice”.

La minaccia, per rilevare ai fini dell'annullamento del contratto, deve avere ad oggetto un male ingiusto, pertanto, la minaccia di far valere un diritto non è causa di annullamento del contratto (art. 1438 c.c.).

Infine, l'art. 1434 c.c. prevede che sia causa di annullamento anche la violenza psichica esercitata da un terzo e “ciò perfino se l'altro contraente sia ignaro della violenza”<sup>36</sup>.

### 1. *Lo stato di pericolo e di bisogno*

La disciplina del contratto concluso in stato di pericolo e di bisogno è contenuta nel Capo XIII del codice civile dedicato alla rescissione del contratto e non nel Capo XII del codice civile dell'annullabilità del contratto. Stato di pericolo e di bisogno non rientrano per il legislatore italiano nell'ambito dei vizi del consenso, anche se influiscono sulla libera manifestazione del consenso<sup>37</sup>. La disciplina dello stato di pericolo e di bisogno tutela, attraverso il rimedio della rescissione, “non tanto e non solo la libera formazione della volontà, quanto piuttosto l'equilibrio della contrattazione”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Torrente-Schlesinger, *Op. cit.*, 195, l'Autore spiega oltre: “A differenza del dolo che [...] per aver rilevanza nei contratti, deve provenire dall'altro contraente o, quantomeno essergli noto (art. 1439 cod. civ.), la violenza produce l'annullabilità del negozio anche se esercitata da un terzo (art. 1434 cod. civ.). [...] Si giustifica questa differenza tra dolo e violenza del terzo, con la considerazione della maggiore antiggiuridicità della violenza rispetto al dolo. Si ricordi infatti, che il reato di estorsione (art. 629 cod. pen.) è punito più gravemente della truffa (art. 640 cod. pen.); P. Gallo, *I vizi del consenso*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti*, Torino, 2006, I, 526-527: “questa norma costituisce dunque una palese deroga ai principi in materia di tutela dell'affidamento. La repressione della violenza è in altre parole considerata preminente rispetto all'esigenza di tutelare l'affidamento dei soggetti incolpevoli”.

<sup>37</sup> Torrente-Schlesinger, *Op. cit.*, 194, “lo stato di pericolo influisce sulla volontà del soggetto, ma la legge non lo prende in considerazione come vizio della volontà, bensì sotto il profilo dell'ingiusta lesione di una delle parti a cui esso dà luogo, e, cioè, della sopraffazione di un interesse privato che l'ordinamento giuridico non può consentire”.

<sup>38</sup> F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996, 939.

Per l'art. 1447 gli elementi oggettivi sono rappresentati dal pericolo attuale di un danno grave alla persona e dallo squilibrio tra le prestazioni (il codice civile esattamente fa riferimento a "condizioni inique"). Da un punto di vista soggettivo lo stato di pericolo deve essere noto alla controparte. Il pericolo attuale è il pericolo attuale di un danno grave alla persona di cui agli art. 2054 del codice civile e art. 54 del codice penale, in materia di stato di necessità.

Per l'art. 1448 gli elementi oggettivi sono rappresentati dallo stato di bisogno (ad esempio l'indigenza del consumatore) e, anche in questo caso, lo squilibrio delle prestazioni (il codice civile utilizza il termine "sproporzione"). L'elemento soggettivo è rappresentato dall'approfittamento (il codice civile usa la locuzione "per trarne vantaggio") dello stato di bisogno. In questo caso il presupposto per l'azione di rescissione è l'iniquità delle condizioni.

In entrambe i casi, accade che la parte "menomata" conclude un contratto per uscire dallo stato di pericolo o di bisogno, quindi, il contratto cosiddetto "di salvataggio" si può intendere come voluto, "ciò che può non essere voluto è il contenuto (in specie per l'aspetto economico) di tale contratto, cioè a dire non già l'*an* ma il *quomodo* della stipulazione. Ecco dunque che il vizio attiene al profilo dell'iniquità, che rileva in relazione alla assenza di libertà di trattativa"<sup>39</sup>.

Lo stato di bisogno si distingue dallo stato di pericolo perché il primo consiste in una situazione di difficoltà e il secondo di necessità<sup>40</sup>.

Quale sia la natura dell'azione di rescissione è dibattuto. Qui si riporta l'interpretazione di coloro che ritengono che le regole a tutela dello stato di necessità siano regole per la tutela dell'integrità del consenso<sup>41</sup>: in particolare, "nelle ipotesi di stato di pericolo e di bisogno, l'ordinamento giuridico interviene in presenza di una serie di circostanze, stato di necessità, approfittamento e squilibrio contrattuale, reputate idonee a creare una forte presunzione in ordine alla presenza di una patologia della formazione della volontà"<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> F. Gazzoni, *Op. cit.*, 940.

<sup>40</sup> Torrente-Schlesinger, *Op. cit.*, 510.

<sup>41</sup> R. Sacco (De Nova), *Op. cit.*, I, 599.

<sup>42</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 241.

I requisiti per l'esercizio dell'azione di rescissione sono: a) la lesione *ultra dimidium*, la lesione, cioè, deve eccedere la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto (art. 1448, co. 2, codice civile); b) lo stato di bisogno della parte danneggiata. Stato di bisogno non significa situazione di assoluta indigenza ma difficoltà economica. c) l'approfittamento dello stato di bisogno.

L'azione si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto e non ha efficacia retroattiva. La parte nei cui confronti è rivolta l'azione può eliminare l'elemento oggettivo della sproporzione prestando la differenza, riconducendo in tal modo il contratto ad equità.

## 2. *I contratti usurari*

I contratti usurari, prima della novella che ha introdotto l'attuale disciplina, potevano essere dichiarati illeciti e legittimare l'esercizio dell'azione di rescissione sui presupposti dell'esorbitanza degli interessi convenuti, dello stato di bisogno del mutuatario e dell'approfittamento di tale stato da parte del mutuante<sup>43</sup>.

Mutuando, in ambito civilistico, lo schema penale del reato di usura, il legislatore in sede di redazione del codice civile, inquadrava l'invalidità dei contratti di credito con interessi usurari nell'alveo dell'approfittamento dello stato di bisogno con conseguente azione di rescissione per lesione, riconducendo l'invalidità "ad un evento patologico attinente al processo formativo del consenso che non a un vizio riguardante

---

<sup>43</sup> Cass. civ. Sez. III Sent., 3 aprile 2009, n. 8138, Mass. Giur. It., 2009, "In tema di usura, e con riferimento a fattispecie anteriore all'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108, la patuitazione di interessi elevati non costituisce di per sé motivo di illiceità del negozio di mutuo, questa sussistendo nel caso in cui si ravvisino gli estremi del reato di usura, a norma dell'art. 644 cod. pen. (nella previgente formulazione). Conseguentemente, può ritenersi l'illiceità del contratto solo se ricorrano l'esorbitanza degli interessi convenuti, lo stato di bisogno del mutuatario e l'approfittamento di tale stato da parte del mutuante".

la regola negoziale in quanto tale, capace di escludere la liceità dell'assetto di interessi voluto dalle parti"<sup>44</sup>.

Con lo scopo di contrastare il fenomeno dell'usura è stata adottata la legge n. 108/1996. Il reato di usura si configura quando il tasso d'interesse richiesto per un finanziamento superi di oltre 1,5 volte il tasso d'interesse medio rilevato nel trimestre precedente le operazioni similari. I tassi d'interesse trimestrali sono rilevati dal Ministero dell'Economia.

La media dei tassi così rilevati, aumentata del 50%, costituisce la "soglia d'usura" per il trimestre successivo.

Ne deriva che le pattuizioni che prevedano la corresponsione di interessi in misura superiore alla soglia fissata trimestralmente sono contrarie alla legge.

L'art. 1815, co. 2, stabilisce che se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi per il prestito ricevuto<sup>45</sup>.

Il contratto in contrasto con l'art. 644 del codice penale è nullo per contrarietà alla norma penale<sup>46</sup>.

### 3. *I contratti di adesione del consumatore*

Tra i "considerando" della Dir. 93/13 si legge che "gli acquirenti di beni o di servizi devono essere protetti dagli abusi di potere del venditore o del prestatario, in parti-

---

<sup>44</sup> G. Guzzi, *Congruietà dello scambio e contratti di credito*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2002, 442.

<sup>45</sup> Trib. Monza Sez. III Sent., 7 luglio 2009, Massima redazionale 2009, "Ai fini dell'applicazione degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento". Per gli elementi rilevanti ai fini dell'illiceità del contratto di mutuo con interessi esorbitanti relativamente a fattispecie anteriore all'entrata in vigore della legge 108/1996.

<sup>46</sup> G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2002, 8, "Dopo varie incertezze sull'interpretazione della normativa e sul suo coordinamento con gli articoli del codice civile in tema di rescissione, ha prevalso l'idea che il contratto usurario, in caso di contrasto con il nuovo art. 644 c.p., sia nullo per contrarietà alla norma penale ed abbia oggi un trattamento che finisce per svuotare di significato la rescindibilità".

colare dai contratti di adesione e dall' esclusione abusiva di diritti essenziali nei contratti".

La dinamica della contrattazione di massa comporta la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti dal solo proponente; i contenuti, solitamente, non sono oggetto di accordo, ma vengono semplicemente accettati-imposti al consumatore.

Le clausole dei contratti stipulati tra professionisti e consumatori che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, sono considerate vessatorie o abusive.

Il legislatore comunitario irrompe nell'autonomia delle parti con norme imperative introducendo forme di tutela importanti, quali la nullità di protezione, per garantire tutela al consumatore in caso di abusi dei professionisti nei contratti con loro conclusi.

L'art. 33, co. 1, c. cons. considera vessatoria una clausola quando il significativo squilibrio tra le parti è contrario a buona fede.

L'art. 36 c. cons., statuisce che le clausole considerate vessatorie sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto. Il co. 3, art. 36 c. cons., precisa che la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice e il co. 4, art. 36 c. cons., ribadisce il principio dell'inderogabilità *in pejus* delle norme a tutela del consumatore, affermando che è nulla ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

Il comportamento contrario a buona fede determina la nullità parziale del contratto<sup>47</sup>: la violazione di regole comportamentali comporta rimedi invalidanti.

Gli artt. 33, 34 e 35 c. cons., definiscono l'elenco non esaustivo delle clausole da intendersi vessatorie, fissando i criteri per l'accertamento della vessatorietà, i caratteri della forma e il principio del *favor* del consumatore in caso di clausola dubbia.

---

<sup>47</sup> V. Roppo, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2005, 48, dove il criterio della valutazione della vessatorietà e, quindi, dell'invalidità a seguito di contrarietà alla regola di buona fede "testimonia di un legislatore pronto a contaminare il giudizio di validità con parametri che la tradizione colloca nella sfera dei giudizi su comportamenti e responsabilità".

#### 4. *Le regole antitrust e il Private Antitrust Enforcement*

Nei casi di violazione della disciplina antitrust la libertà di scelta del consumatore è fortemente compromessa, in particolare è viziata la libertà di accesso al mercato<sup>48</sup>.

La disciplina comunitaria antitrust è contenuta nel Trattato CE ed in particolare negli art. 81 (intese restrittive della concorrenza) ed art. 82 (abuso di posizione dominante).

In Italia, la disciplina antitrust è contenuta nella legge. 287 del 10 ottobre 1990. Le fattispecie tipiche di illecito antitrust sono individuate dall'art. 2 (intese restrittive della concorrenza) e dall'art. 3 (abuso di posizione dominante).

Le disposizioni nazionali e comunitarie riguardano sostanzialmente le medesime fattispecie<sup>49</sup>.

L'art. 2 della legge n. 287/90, così come l'art. 81 del Trattato CE, vieta le intese tra imprese “che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato”. La norma esemplifica, in modo non esaustivo, le tipiche forme di intese anticoncorrenziali: a) la fissazione dei prezzi o di altre condizioni contrattuali; b) la limitazione della produzione o degli accessi al mercato; c) la compartimentazione del mercato; d) la discriminazione delle condizioni commerciali applicate; e) l'imposizione di prestazioni supplementari estranee all'oggetto del contratto<sup>50</sup>.

L'art. 3 della legge n. 287/90, così come l'art. 82 del Trattato CE, vieta ogni abuso di posizione dominante nel mercato. Le condotte abusive vengono distinte in: a) abusi di sfruttamento, vale a dire comportamenti con cui l'impresa dominante si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre profitti “sopracompetitivi”<sup>51</sup> (fattispecie tipiche di abuso di sfrutta-

---

<sup>48</sup> Sacco (De Nova), *Op. cit.*, 610, l'Autore rileva che “la volontà di chi compra per dieci ciò che secondo una logica normale avrebbe dovuto essere venduto per nove è coartata nello stesso modo in cui è coartata la volontà di colui che conclude un contratto in stato di bisogno. L'abuso di posizione dominante entra dunque a pieno titolo fra i nuovi vizi del consenso”.

<sup>49</sup> G. Benacchio, M. Carpagnano, *Scheda informativa n.1*, Osservatorio Permanente sull'Applicazione delle Regole di Concorrenza (ARC), [osservatorioantitrust.eu](http://osservatorioantitrust.eu), Università degli Studi di Trento, 2009.

<sup>50</sup> G. Benacchio, M. Carpagnano, *Op. cit.*

<sup>51</sup> G. Benacchio, M. Carpagnano, *Op. cit.*

mento sono l'imposizione di prezzi eccessivamente gravosi, ovvero le pratiche discriminatorie nei confronti di controparti commerciali) e b) abusi di esclusione, quelle condotte commerciali finalizzate ad estromettere i concorrenti - o aumentandone i costi di ingresso sul mercato, o addirittura precludendo loro gli sbocchi o gli approvvigionamenti - con l'intento di monopolizzare il mercato ed estrarne rendite monopolistiche a danno dei consumatori.

Per *Private Antitrust Enforcement* si intende "l'applicazione delle regole antitrust in una controversia giudiziale. Si tratta di una modalità di applicazione delle regole antitrust diversa da quella effettuata dalle Autorità di concorrenza (ad es. l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato o la Commissione Europea) (c.d. *Public Antitrust Enforcement*) le quali agiscono a tutela dell'interesse pubblico alla concorrenzialità del mercato. Nel *Private Antitrust Enforcement* l'applicazione delle regole di concorrenza viene invocata da un soggetto (attore o convenuto in un giudizio civile) per la tutela di una situazione giuridica soggettiva che si ritiene lesa da un comportamento anticompetitivo"<sup>52</sup>.

Le intese vietate e l'abuso di posizione dominante, compromettendo il regime concorrenziale del mercato, non consentono al consumatore la libertà di scelta, in suo danno.

Il collegamento tra la violazione delle regole della concorrenza da parte delle imprese e il danno ai consumatori è rappresentato dal fenomeno del *passing on* o della traslazione del danno.

"Il fenomeno della traslazione del danno (c.d. *passing on*) è direttamente imputabile alla struttura del mercato. Le varie relazioni verticali che legano il processo produttivo a quello distributivo e che permettono alle imprese di raggiungere il consumatore finale sono necessariamente collegate tra loro. Di conseguenza, ciò che avviene al livello superiore della catena del valore (ad es. un aumento del prezzo imputabile ad un accordo illecito ai sensi delle regole antitrust) tende a ripercuotersi al li-

---

<sup>52</sup> G. Benacchio, M. Carpagnano, *Op. cit.*



vello successivo della catena distributiva e, almeno astrattamente, fino al consumatore finale”<sup>53</sup>.

Che la violazione di regole concorrenziali possa comportare un danno al consumatore è ricavabile sia dalla normativa all’art. 33, co. 2, legge 287/90 che dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che con la sentenza S.U. 4 febbraio 2005, n. 2207 ha confermato l’orientamento giurisprudenziale comunitario<sup>54</sup> secondo il quale, tra gli altri aspetti, “il consumatore che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l’effetto di una collusione «a monte», lesiva della struttura concorrenziale del mercato, posta in essere dagli imprenditori aderenti al cartello, ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli autori della collusione, l’azione di nullità e di risarcimento del danno prevista dall’art. 33 della legge antitrust n. 287 del 1990. La competenza per materia a conoscere della relativa controversia appartiene, in un unico grado, alla corte d’appello”<sup>55</sup> e, ancora, “l’intesa vietata ha una possibile valenza plurioffensiva e può pertanto ledere, oltre alla struttura concorrenziale del mercato, anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell’autore o degli autori dell’intesa. La legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo”<sup>56</sup>.

Quindi nel caso di intese restrittive della concorrenza, le intese sono nulle e, il consumatore, potrà agire in giudizio per il risarcimento del danno, che potrà, ad esempio, essere rappresentato dalla differenza di premio pagato in più a seguito di un’intesa volta a concordare le tariffe in ambito assicurativo.

---

<sup>53</sup> G. Benacchio, M. Carpagnano, *Op. cit.*

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 20 settembre 2001 nella Causa C-453/99, *Courage e Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 75, con commenti di Palmieri, Pardolesi; Sentenza della Corte di Giustizia del 13 luglio 2006, nelle Cause Riunite C-295–298/04, Manfredi.

<sup>55</sup> Per approfondimenti: G. Benacchio e M. Carpagnano, *L’azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Trento*, vol. nr. 67, Trento, 2007. G. Benacchio e M. Carpagnano (a cura di), *Il private enforcement nel diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenza dei giudici nazionali*, Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009, Padova, 2009.

<sup>56</sup> In *Corriere Giuridico*, 2005, 3, 333 nota di Pagni, Negri; *Danno e Resp.*, 2005, 5, 495 nota di Inizietari, Libonati.

In questo caso, come in quello dell'abuso di posizione dominante spetta al consumatore l'azione ordinaria di danno extracontrattuale, con alcuni interrogativi<sup>57</sup>.

Il danno subito dal consumatore del “maggior esborso (differenza tra somma pagata e prezzo concorrenziale) si atteggia come perdita di chance (perdita della possibilità di ottenere migliori condizioni nel caso in cui il mercato non fosse stato alterato dalla condotta anticoncorrenziale”<sup>58</sup>.

In ogni caso, per quanto riguarda la configurabilità di un vizio del consenso ogniqualvolta vi siano intese restrittive della concorrenza o abuso di posizione dominante, occorre precisare che “si tratta di una fattispecie sostanzialmente indefinita, ma proprio per questo di più agevole applicazione rispetto alla lesione enorme; non è infatti richiesta la presenza di una lesione *ultra dimidium*, e neppure, della prova dello stato di bisogno”<sup>59</sup>, proprie dell'azione di rescissione.

Non si dimentichi, infine, che l'azione di classe di cui all'art. 140*bis*, c. cons. al co. 1, lett. c), tutela “i diritti dei consumatori al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi da pratiche scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”. L'azione è finalizzata “all'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni” (art. 140*bis*, co. 1).

“L'azione quindi è risarcitoria ma anche *restitutoria* (almeno là dove sia nato un diritto alla restituzione di quanto già versato dal consumatore o utente alla controparte, ovvero là dove si riscontrino prestazioni ripetibili non dovute, o siano da sistemare gli effetti di una pattuizione contrattuale dichiarata nulla)”<sup>60</sup>.

“Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida [...] le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione [...]” (art. 140*bis*, co. 12, c. cons.). Il co. 14, art. 140*bis* c. cons. fa “salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva”.

---

<sup>57</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 390, l'autore riporta gli interrogativi della dottrina “se sia più opportuno applicare all'illecito antitrust le regole generali dettate per la responsabilità extracontrattuale o piuttosto forgiare regole ad hoc, prevedendo per esempio una presunzione del danno nel soggetto che si lamenta di esso” con nota che rimanda a Pallotta, *Illeciti antitrust, contratti a valle e presunzione di danno*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 177.

<sup>58</sup> G. Benacchio e M. Carpagnano, *Op. cit. da ultimo*, 122.

<sup>59</sup> P. Gallo, *I vizi del consenso*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti*, Torino, 2006, I, 531.

<sup>60</sup> G. Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Il Corriere del Merito*, 2008, 7, 765.

## CAPITOLO V

### IL CONSENSO INFORMATO

#### 1. *L'errore*

“L'errore è una falsa conoscenza della realtà”<sup>61</sup>, quindi si può affermare che “l'errore è la conseguenza di un *deficit* informativo”<sup>62</sup>.

L'art. 1428 del codice civile stabilisce che l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente.

L'errore è essenziale, secondo l'art. 1429 del codice civile: 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto (*error in negotio*); 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione (*error in corpore*) ovvero sopra una qualità dello stesso (*error in substantia*) che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso; 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente (*error in persona*), sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto.

Secondo l'art. 1431 del codice civile l'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza (art. 1176 codice civile) avrebbe potuto rilevarlo. “La normale diligenza finisce per porsi in relazione [...] con l'evidenza, nel senso che riconoscibile è, in questa prospettiva, l'errore palese, a maggior tutela dell'affidamento del non errante”<sup>63</sup>.

Si è soliti distinguere tra errore-ostativo (il codice civile all'art. 1433 lo chiama “errore che cade sulla dichiarazione”) ed errore-vizio. Il primo ricorre ogni volta vi

---

<sup>61</sup> Torrente – Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 16 ed., Milano, 1999, 183.

<sup>62</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 396, l'Autore specifica: “e ciò tanto nell'ipotesi in cui esso sia spontaneo quanto nell'ipotesi in cui esso sia stato provocato dalla condotta commissiva od omissiva della controparte”.

<sup>63</sup> F. Gazzoni, *Op. cit.*, 901.

sia divergenza tra volontà e dichiarazione, come nel caso esemplificativo di Tizio che scrive cento per distrazione, ma voleva scrivere mille. Ad esso è equiparata l'ipotesi in cui la dichiarazione è stata trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era incaricato. Dall'errore-vizio va tenuta distinta, perché irrilevante, l'ipotesi della *falsa demonstratio*, “la quale consiste nell'indicazione erronea di una persona (ad esempio con un nome anziché un altro) o di un bene (ad esempio, con un colore anziché un altro) quando, peraltro, non vi è incertezza alcuna in ordine alla sua identificazione. Proprio tale certezza rende l'erronea indicazione del tutto irrilevante”<sup>64</sup>.

L'errore-vizio ricorre invece quanto Tizio è stato indotto all'acquisto credendo l'oggetto d'oro, risultato poi di metallo comune.

In entrambe i casi, con disciplina unitaria (art. 1433 codice civile)<sup>65</sup>, l'errante può proporre l'azione di annullamento del contratto.

L'errore può essere di fatto o di diritto a seconda che riguardi circostanze di fatto o ricada sulla vigenza o meno di una norma giuridica o sulla sua interpretazione<sup>66</sup>.

Il codice civile non richiede la colpa dell'errante, la scusabilità, dunque, non rientra tra i requisiti rilevanti ai fini della configurazione del vizio dell'errore.

---

<sup>64</sup> F. Gazzoni, *op. cit.*, 900.

<sup>65</sup> Torrente – Schlesinger, *Op. cit.*, 183 “Sotto il vigore del codice abrogato la dottrina e la giurisprudenza ritenevano che l'errore ostativo, in quanto elimina del tutto la volontà, producesse la nullità del negozio, mentre l'errore-vizio desse luogo all'annullabilità[...]. Il codice vigente si è preoccupato della gravità delle conseguenze a cui conduceva l'opinione che considerava nullo il negozio affetto da errore ostativo e ne ha equiparato gli effetti a quelli prodotti dall'errore-vizio: entrambi determinano l'annullabilità del contratto [...]; F. Gazzoni, 899, “il legislatore ha accolto il punto di vista della dottrina più moderna, favorevole ad attribuire una sempre più accentuata rilevanza alla dichiarazione nei confronti della volontà, in una prospettiva di tutela dell'affidamento del non errante”.

<sup>66</sup> Torrente – Schlesinger, *Op. cit.*, 185 L'Autore chiarisce la portata dell'errore di diritto ed in particolare della regola del *nemo censetur ignorare legem*, precisando che non può avere rilevanza l'errore sulle conseguenze giuridiche del negozio (non ci si può sottrarre alla legge adducendo la sua ignoranza). L'errore di diritto riguarda piuttosto “l'erronea valutazione di una situazione giuridica” o “l'erronea credenza della liceità di successivi atti giuridici che la legge, invece, vieta”.

## 2. *Il dolo*

Il dolo come vizio del consenso è disciplinato dagli artt. 1439 e 1440 del codice civile ove si trova la disciplina della tutela del contraente errante a causa dei raggiri subiti.

Il dolo-inganno, che qui ci occupa, va tenuto distinto dal dolo-intenzione. Il primo integra un'azione mentre il secondo è un elemento soggettivo o psicologico: l'elemento intenzionale dell'illecito.

Il dolo-inganno vizia il consenso dell'altro contraente facendolo cadere in errore.

È diverso, pertanto, dall'errore spontaneo visto sopra, rappresentandone una fattispecie più grave, con un'importante differenza che non ne è necessaria la riconoscibilità<sup>67</sup>.

“Qualsiasi errore, purché determinante del consenso, può in concreto condurre all'annullamento del contratto. L'errore può pertanto sicuramente concernere il valore, ma anche i motivi, e gli effetti del contratto”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Cass. Civ. Sez. I, Sent. n. 16663 del 19-06-2008 (ud. del 16-04-2008), D.L. c. A.S. (rv. 604050), “La differenza ontologica esistente tra la figura dell'errore, in cui la falsa rappresentazione della realtà che inficia il processo di formazione della volontà è endogena alla volontà stessa, e quella del dolo, in cui essa è esogena, in quanto riconducibile alla condotta dell'altro contraente, non impedisce la coeva deduzione di entrambi i vizi a sostegno della domanda di annullamento del contratto, ma impone l'adozione di distinte modalità nella disamina delle emergenze probatorie acquisite, nel senso che, mentre nel caso dell'errore l'accertamento dev'essere condotto con riferimento alla condotta della parte che ne è vittima, verificando se il vizio abbia inciso sul processo formativo della sua volontà, dando origine ad una falsa rappresentazione che l'ha indotta a concludere il contratto, nel caso del dolo occorre accertare la condotta tenuta dal “deceptor” e le conseguenze da essa prodotte sul “deceptus”, verificando se la condotta commissiva od omissiva del primo abbia procurato la falsa rappresentazione della realtà che ha determinato il secondo alla contrattazione, inducendo nel processo formativo della sua volontà un errore avente carattere essenziale, ferma restando la possibilità per il “deceptor” di provare che la controparte era a conoscenza dei fatti addebitati alla sua condotta maliziosa o che avrebbe potuto conoscerli usando la normale diligenza”.

<sup>68</sup> P. Gallo, *I vizi del consenso*, in *I contratti*, Tomo I, *Trattato dei contratti*, (diretto da) Pietro Rescigno, Torino, UTET, 2006, 504-505. M. Ambrosoli, *Il motivo tra vizi del consenso e causa del contratto*, in *Contratti*, 1995, 4, 362, commento alla sentenza Cass. Civ. Sez. I, 26 gennaio 1995, n. 975: “per sintetizzare il valore da attribuire alla sentenza che si è commentata e il problema della rilevanza del motivo contrattuale, che dalla sentenza stessa è stato trattato, può dirsi: 1) che i motivi sono normalmente irrilevanti; 2) che, in conseguenza, anche l'errore sui motivi è normalmente irrilevante (fatto salvo il problema dell'errore di diritto); 3) che l'errore indotto sui motivi è invece rilevante, laddove l'induzione in errore integri gli estremi del raggio; 4) che il raggio omissivo non assume normalmente rilevanza (tanto nel caso in cui causi un errore sul motivo, quanto nel caso in cui causi un errore più grave), salvo che esso si inserisca in una

Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe concluso il contratto (c.d. dolo *determinante*).

Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio.

Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni (art. 2056 del codice civile). In questo caso si parla di dolo *incidente*.

Al tempo stesso “il dolo è anche un atto illecito in quanto costituisce un’infrazione ad un dovere di condotta [...]. Pertanto nel dolo è da ravvisare, secondo una comune opinione, un fatto illecito, un’infrazione al precetto generale del *ne-minem ledere*, generatrice di responsabilità per danni ai sensi dell’art. 2043, che vieta ogni fatto doloso che cagioni ad altri un danno ingiusto”<sup>69</sup>. Chi esercita l’azione di annullamento per dolo potrà agire per il solo annullamento, per l’annullamento e il risarcimento dei danni o per il solo risarcimento<sup>70</sup>.

I requisiti per l’annullabilità del contratto sono a) il raggiri, b) l’errore del raggirato, c) la provenienza dell’inganno dalla controparte (o anche da terzi purché ricorrano le condizioni di cui all’art. 1439, co. 2 codice civile).

I raggiri in cui si induce in errore la controparte possono consistere sia in azioni (dolo commissivo) che in omissioni (dolo omissivo).

---

condotta maliziosa e articolata; 5) che l’errore sul motivo può assumere rilevanza, quando il motivo sia divenuto parte della struttura causale dell’atto (si pensi, tra le nuove tipologie contrattuali, al mutuo di scopo); 6) che l’errore sul motivo può divenire rilevante facendo ricorso alla teoria della presupposizione (ma in tal caso, il motivo deve vestirsi di qualche connotazione oggettiva); in tal modo, la realtà motivante presupposta dal contratto può assumere rilevanza tanto nel caso in cui sia già difettosa al momento della stipulazione del contratto stesso, quanto nel caso in cui la realtà presupposta venga mutata da circostanze successive alla conclusione del contratto”.

<sup>69</sup> Si tratta di Cass. Civ. 29.3.1952, n. 862.in *Foro it*, 1952, c. 1529, la lettura del cui testo è proposta da G. Visintini, *I fatti illeciti*, Padova, 2004, 597.

<sup>70</sup> CM Bianca, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 664, “il dolo costituisce comunque un illecito in quanto lesivo della libertà negoziale, con la conseguenza che anche quando si tratti di dolo-vizio la vittima può limitarsi a chiedere il risarcimento del danno”.

Si ha dolo “omissivo” nel caso di reticenza, nei casi cioè in cui il raggiratore consista nel tacere circostanze, avendo potuto conoscere le quali, la parte vittima del raggiratore non avrebbe concluso il contratto.

“I problemi più ardui, in materia di reticenza, stanno: 1) nel trovare il punto di equilibrio fra dovere di informazione e diritto al riserbo; 2) nel tracciare il confine fra il dovere di informazione gravante su una parte e l’onere di auto informazione incombente sull’altra”<sup>71</sup>.

La Corte di Cassazione: “in tema di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia nell’ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio, devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell’altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l’affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza. (Nella specie in applicazione del riferito principio la Suprema corte ha ritenuto che la sentenza impugnata contenesse adeguata ed espressa motivazione, avendo escluso che l’inganno potesse essere neutralizzato dal “deceptus” con l’uso della normale diligenza sul rilievo che il carattere particolarmente subdolo dei raggiri posti in essere rendeva inutile la media diligenza e l’errore poteva essere evitato solo con l’ausilio di competenze e tecniche straordinarie)”<sup>72</sup>.

Da un punto di vista soggettivo l’annullamento del contratto scatta in presenza dell’agire intenzionale della parte reticente e in caso di colpa, cioè di omissione informativa non intenzionale il problema è disciplinato dall’art. 1338 se gli elementi da comunicare riguardano cause d’invalidità del contratto: “la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”. In questo caso, quindi, la responsabilità per danni sorge solo se l’affidamento è incolpevole<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo I, Terza ed., 1999, Padova, 347.

<sup>72</sup> Cass. civ. Sez. III, 27-10-2004, n. 20792; *Guida al Diritto*, 2004, 47, 57; *I Contratti*, 2005, 6, 566.

<sup>73</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 602.

Negli altri casi, quando cioè le informazioni non riguardano cause d'invalidità la soluzione non è univoca, in altri termini si tratta di affrontare l'annoso problema dell'ignoranza incolpevole, in altro modo detto: quando scatta per il consumatore l'onere di informarsi?

Innanzitutto, la giurisprudenza considera sempre colposa l'ignoranza di una norma imperativa<sup>74</sup>.

Tra i casi di conoscibilità del difetto, nelle norme positive, va citato l'art. 129, co. 3, c. cons. relativo alla garanzia dei beni di consumo, secondo il quale il consumatore non ha diritto alla garanzia e quindi non c'è responsabilità del venditore se, al momento della conclusione del contratto, il consumatore era a conoscenza del difetto o non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza o se il difetto di conformità deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore.

La dottrina individua due elementi principali che incidono sull'obbligo di una parte di rivelare all'altra una determinata informazione: la natura dell'informazione omessa e le caratteristiche delle parti coinvolte nella vicenda<sup>75</sup>.

Nel caso dei contratti con i consumatori la valutazione in merito alla ignoranza incolpevole, non potrà prescindere dall'asimmetria congenita tra le parti.

---

<sup>74</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 603. Si riportano due sentenze riferite alla scusabilità dell'ignoranza Cass. Civ. Sez. II, sent. n. 1987 del 14-03-1985, la C.S. ha confermato la decisione del merito, con cui si è escluso che il privato al quale la Regione aveva venduto un bene del demanio marittimo dello Stato, potesse pretendere il risarcimento del danno conseguente alla nullità della compravendita, giacché l'incommerciabilità della "res", quale causa d'invalidità negoziale, era obiettivamente ed agevolmente riconoscibile). Cass. Sez. Lav., sent. n. 16508 del 21-08-2004, "La responsabilità ex art. 1338, che costituisce una specificazione della responsabilità precontrattuale di cui all'articolo precedente, presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità. (Nella specie, negata l'indennità di disoccupazione speciale ex. *Art 11 legge 223 del 1991* a causa del difetto del requisito del numero dei lavoratori licenziati previsto da una delibera CIPI, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, con riferimento all'accordo sindacale intervenuto nella procedura di licenziamento, aveva respinto la domanda di risarcimento del danno per inadempimento dell'accordo, in quanto il sindacato - non meno della società datrice di lavoro - versava in ignoranza incolpevole).

<sup>75</sup> R. Sacco, *Op. cit.*, 752.



### 3. *Il deficit informativo*

Tra i diritti del consumatore si ricorda il diritto ad essere informato<sup>76</sup>. L'asimmetria informativa, come si è visto, rappresenta il presupposto fondante la debolezza del consumatore e la necessità di approntare le necessarie tutele per garantirne l'effettiva protezione.

Al di là dei casi in cui sia la legge ad imporre obblighi informativi, diventa necessario fissare i criteri che permettano di stabilire quando il contraente professionale ha un dovere di informare e quando il consumatore deve informarsi.

Nei contratti B2C è frequente che il consenso del consumatore sia viziato da errore a causa di un dato da lui ignorato ma noto alla controparte e da questa non comunicato. Se il consumatore avesse saputo del dato non comunicato non avrebbe concluso il contratto. In questi casi si ha un consenso viziato del consumatore e una condotta omissiva della controparte.

Occorre premettere che nel codice civile non esiste una norma espressa che imponga un generale obbligo di informare. È grazie al lavoro degli interpreti che si possono delineare inquadramenti e classificazioni utili agli operatori del mercato.

Oltre ai rilievi fatti più sopra in materia di dolo, la dottrina inquadra la figura del *deficit* informativo secondo tre orientamenti principali: a) l'omissione informativa rientra nelle regole codicistiche del dolo ed in particolare del dolo omissivo; b) l'omissione informativa è contraria all'obbligo di buona fede; c) si ricava dalle disposizioni specifiche a tutela del consumatore una regola generale”.

*Sub lett. a)* l'omissione ingannevole viene inquadrata nella reticenza. “La dottrina prevalente attribuisce rilevanza alla reticenza quando colui che ha taciuto aveva un

---

<sup>76</sup> Nel Trattato, l'Unione Europea, al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare loro un livello elevato di protezione, contribuisce a tutelare [...] gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione [...] [art. 169 (ex art. 153 del TCE)]. Il Codice del consumo al consumatore, all'art. 2, co. 2, “sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) All'esercizio delle politiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza”.

dovere di informazione verso la controparte, la cui esistenza deve essere valutata caso per caso sulla base delle circostanze e delle caratteristiche del singolo contratto”<sup>77</sup>.

Parte della dottrina, di cui *sub lett. b)*, assegna all’articolo 1337 del codice civile natura di regola d’insieme, fondando così l’obbligo di informare la controparte sul principio di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

“Nella sua formulazione elastica, l’art. 1337 consente di reprimere l’abuso o l’appropriamento di qualsiasi processo formativo distorto della volontà contrattuale; consente di penalizzare anzitutto la creazione della distorsione e l’induzione a contrarre sotto lo stimolo della distorsione. Consente di distinguere la controparte che sa della distorsione da quella che non sa ma doveva sapere, e da quella che non poteva sapere”<sup>78</sup>.

La Corte di Cassazione, Sez. I, con la sentenza del 29 settembre 2005 n. 19024, conferma il valore di regola d’insieme dell’art. 1337 in caso di violazione di obblighi d’informazione. Una delle massime precisa infatti che: “la violazione delle disposizioni relative agli obblighi di informazione e correttezza nella formazione dei contratti del mercato finanziario - pur avendo la stessa natura di norme imperative - non incide sulla validità dei negozi in quanto tali disposizioni presidiano la fase delle trattative precontrattuali. Deve quindi escludersi l’applicabilità dell’art. 1418 c.c., in tema di nullità, in quanto la norma postula che l’invalidità investa elementi “intrinseci” della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto. L’art. 1337 c.c. assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l’ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto”.

In questo caso, quindi, il rimedio esperibile è l’azione di risarcimento danni di cui all’art. 1337. Per quanti e quali danni la Corte di Cassazione, con la medesima sen-

---

<sup>77</sup> A. Gianola, *Op. cit.*, 560; R. Sacco (e De Nova), *Op. cit.*, 562; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 817.

<sup>78</sup> R. Sacco (e De Nova), *Op. cit.*, 620.

tenza, statuisce che “quando in presenza di comportamenti precontrattuali od esecutivi illegittimi il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma sconveniente, il risarcimento deve essere ragguagliato al minor vantaggio o al maggiore aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”.

Infine, va citato chi suggerisce la via per “togliere di mezzo” (virgolette mie) il contratto concluso violando regole di comportamento: chiedendo il risarcimento in forma specifica ex art. 2058<sup>79</sup>.

*Sub lett. c)* un contributo recente individua nell’art. 22 co. 1 c. cons. un obbligo generale di informazione, quantomeno nei contratti tra impresa e consumatori<sup>80</sup>.

L’art. 22, co. 1, c. cons. dedicato alle *Omissioni ingannevoli*, considera ingannevole una pratica commerciale “che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

L’autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nello svolgimento del suo ruolo di interprete, definisce chiaramente quando si sia in presenza di un’offerta incompleta: “in proposito, merita innanzitutto richiamare il costante orientamento

---

<sup>79</sup> R. Sacco (e De Nova), *Op. cit.*, 621 “L’art. 2058 sviluppa la protezione giuridica, prevista dagli artt. 1337-2043 come diritto al risarcimento dei danni, trasformandola in un diritto alla rimozione dell’evento dannoso, cioè in un diritto alla cancellazione del contratto”. P. Gallo, *I vizi del consenso*, in Gabrielli E. (a cura di), *I contratti*, Torino, 2006, I, 516 “Si consideri tuttavia che ai fini dello scioglimento del contratto è sufficiente chiedere il risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell’art. 2058 c.c., con conseguente ripristino dello *status quo ante* e caducazione del contratto”.

<sup>80</sup> C. Granelli, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, n. 10, 776: “anche chi nega che l’esistenza di un generale obbligo precontrattuale di informazione possa desumersi dalla clausola generale di buona fede di cui all’art. 1337 c.c., non dovrebbe nutrire soverchi dubbi in ordine al fatto che, quanto meno con riferimento ai contratti tra professionista e consumatore, un generale obbligo di informazione trovi oggi fondamento proprio nel disposto del nuovo art. 22, 1° co., c. cons. e, conseguentemente, in ordine al fatto che, in ipotesi di violazione di tale obbligo, trovino applicazione i rimedi - invalidante e risarcitorio - di cui, rispettivamente, all’art. 1439 c.c. ed agli artt. 1337 e 1440 c.c.”.

dell'Istituzione in tema di trasparenza delle indicazioni che l'offerta di un bene o servizio ai consumatori deve contenere. Sul punto l'Autorità ha ribadito che affinché un messaggio possa dirsi completo (e dunque privo di qualsiasi profilo omissivo) e trasparente, è necessaria l'esatta descrizione del prodotto proposto e che l'idoneità ingannatoria del messaggio non può essere esclusa dalla circostanza che il consumatore sia in grado di apprendere informazioni essenziali (...) in un momento immediatamente successivo alla consultazione del messaggio, quale la fase precontrattuale, da fonti esterne al messaggio medesimo. Infatti, il Codice del consumo intende salvaguardare la libertà di autodeterminazione del consumatore da ogni interferenza ingiusta fin dal primo contatto pubblicitario, imponendo dunque all'operatore commerciale un preciso onere di completezza e chiarezza nella redazione della propria comunicazione d'impresa"<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> AGCM, *Relazione sull'attività svolta nel 2008, 2009*, 256.

## CAPITOLO VI

### LE PRASSI COMMERCIALI SLEALI

Il Titolo III del Codice del consumo, reca la disciplina di *Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali* agli artt. da 18 a 27-*quater*<sup>82</sup>.

La normativa sulle prassi commerciali sleali, in cui è ora confluita la disciplina sulla pubblicità ingannevole è una normativa a tutela della concorrenza. Si applica solo ai rapporti tra consumatore e professionista. Le prassi commerciali sleali sono in grado di alterare ciascuna delle circostanze sinora considerate per valutare l'integrità del consenso: la ponderazione, la libertà e il consenso informato.

“Il d.lgs. 2-8-2007 n. 146 ha dato attuazione agli artt. 1-13 e 15-16 della dir. 2005/29/CE, che a tal fine ha fra l'altro integralmente sostituito gli artt. 18-27 cod. cons., nonché introdotto nel cod. cons. i nuovi artt. 27 bis-27 quater”<sup>83</sup>.

Il d.lgs. D.Lgs. 2-8-2007 n. 145 “ospita la disciplina “generale” della pubblicità commerciale, ed in particolare (ma non solo) l'insieme delle disposizioni attraverso le quali viene data attuazione nell'ordinamento italiano alla dir. 2006/114/CE, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa”, tra professionisti<sup>84</sup>.

“Ad oggi si può dire che esista un doppio binario di tutela costituito da: 1) il divieto di pratiche commerciali scorrette rilevante esclusivamente nei rapporti fra imprese e consumatori e regolato dal d.lgs. 146/2007 che sostituisce in blocco gli artt. da 18 a 27 del Codice del Consumo; 2) il divieto di pubblicità ingannevole e comparativa illecita rilevante nei rapporti fra imprese disciplinato dal d.lgs. 145/2007; questo

---

<sup>82</sup> La disciplina attuale è stata introdotta con i d.lgs. 2-8-2007 n. 146 in 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 nella Gazz. Uff. 6 settembre 2007, n. 207) e il d.lgs. 2-8-2007 n. 145 in attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole, (Pubblicato nella Gazz. Uff. 6 settembre 2007, n. 207).

<sup>83</sup> G. De Cristofaro, *Il regime normativo “generale” della pubblicità*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, 2-3, 295.

<sup>84</sup> G. De Cristofaro, *Op. cit.*

abroga in pratica la precedente normativa (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 2006) espungendo le norme sulla pubblicità ingannevole e comparativa dal Codice del Consumo (artt. 19-27 *quater*)<sup>85</sup>.

L'art. 18, co. 1, lett *d*), c. cons. definisce le “pratiche commerciali tra professionisti e consumatori” qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere (prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto art. 19, co. 1, c. cons.) da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Il primo contatto con il consumatore, il primo “aggancio”<sup>86</sup> con il cliente in qualsiasi forma o modo avvenuto rientra nella disciplina *de quo*.

Il Codice del consumo individua “in particolare” due tipologie di pratiche commerciali sleali (art. 20, co. 4., c. cons.): quelle ingannevoli (in caso di informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corrette, in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, in grado di indurre o idonee ad indurre in errore il consumatore medio, art. 21, co. 1, c. cons.) e quelle aggressive (quando nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, art. 24, co. 1, c. cons.), ma non sono le uniche.

Le prassi commerciali sleali sono vietate (art. 20, co. 1, c. cons.).

Una pratica commerciale è sleale (d'ora in avanti, per brevità PCS) se è a) contraria alla diligenza professionale, ed è b) falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge [...]:

- a. il codice del consumo definisce la diligenza professionale quale grado di specifica competenza ed attenzione che il consumatore medio può ragionevolmente

---

<sup>85</sup> Leone Arturo, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. Industriale*, 2008, 3, 255.

<sup>86</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 08-09-2009, n. 8402.

attendarsi dal professionista avendo come riferimento i principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.

Il T.A.R. Lazio<sup>87</sup> a proposito chiarisce che “le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai “professionisti” l’adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da siffatte norme” (settoriali, quali le delibere dell’AEEG, la sentenza giudica di PCS in materia di offerte commerciali di fornitura di energia elettrica e relativi doveri informativi), “ove esistenti, in parte dall’esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice, purché, ovviamente, siffatte condotte siano loro concretamente esigibili in un quadro di bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l’esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale (in tal senso, opera soprattutto il modello, di derivazione comunitaria, del c.d. consumatore medio)”.

- b. il codice del consumo definisce anche il pregiudizio economico del consumatore, quando l’impiego di una pratica commerciale sia idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

E, ancora, il T.A.R. Lazio<sup>88</sup>, precisa che il pregiudizio al consumatore richiesto per qualificare una prassi commerciale sleale è solo potenziale, infatti, “quanto all’idoneità del messaggio a pregiudicare il comportamento economico dei consumatori, ai sensi del Codice del Consumo, l’Autorità ricorda che la nozione di “pregiudizio economico dei consumatori” è del tutto svincolata dalla presenza di un danno valutabile in termini monetari e non coincide con la nozione civilistica di danno patrimoniale, economicamente valutabile e qualificabile. In altre parole, “la ratio dell’articolo 20 del Codice del Consumo è quella di proteggere non già l’integrità del patrimonio del consumatore, bensì la sua libertà di autodeterminarsi, di scegliere con

---

<sup>87</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 08-09-2009, n. 8402.

<sup>88</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 08-09-2009, n. 8402.

“cognizione di causa, ovvero di prendere decisioni “informate” e determinare la sua volontà negoziale o prenegoziale senza dover subire alcun tipo di influenza esterna, anche indiretta a causa del carattere decettivo del messaggio pubblicitario”.

In particolare sono ingannevoli le prassi commerciali di cui agli artt. 21, 22, 23 c. cons. e aggressive quelle di cui agli artt. 24, 25, 26 c. cons.

Agli artt. 23 e 26 sono elencate le pratiche in ogni caso ingannevoli e in ogni caso aggressive.

L'art. 20, co. 3, c. cons. fa salva la pratica pubblicitaria comune e legittima<sup>89</sup> consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera. Fa salvo, quindi, il c.d. *dolus bonus* che altro non è che l'esaltazione dei prodotti fatta da parte del commerciante ma che tuttavia resta pienamente lecita e ammessa come pratica commerciale.

La tutela dei consumatori dalle prassi commerciali sleali si attua in via collettiva attraverso: a) L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti attraverso un procedimento amministrativo (art. 27 c. cons.). La violazione è punita con sanzione amministrativa pecuniaria. La competenza a decidere delle impugnazioni delle delibere dell'AGCM spetta al T.A.R. Lazio; b) l'azione inibitoria di cui all'art. 140 c. cons. per “inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti e adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate”; c) l'azione di classe di cui all'art. 140**bis**, c. cons.<sup>90</sup>.

La dir. 2005/29/CE, purtroppo, non parla della sorte dei singoli contratti conclusi dai consumatori a causa e per effetto di una prassi commerciale sleale, ad eccezione della previsione dell'art. 27, co. 15<sup>91</sup>, rendendo ancora una volta complicato il la-

---

<sup>89</sup> G. De Cristofaro, *Il regime normativo “generale” della pubblicità*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, 2-3, 295.

<sup>90</sup> Si veda il paragrafo dedicato alla *Violazione delle regole antitrust e il private antitrust enforcement*.

<sup>91</sup> È fatta salva “la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'articolo 2598 del codice civile, nonché, per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, e dei marchi d'impresa protetto a norma del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni, nonché delle de-



voro degli interpreti nel cercare di definire, quali rimedi il consumatore possa esperire (recesso, annullabilità o risarcimento del danno come nel caso del dolo, nullità del contratto).

Innanzitutto, l'art. 19, co. 2, c. cons. specifica che “il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto”.

Occorre dar conto di seguito dei tentativi interpretativi fatti dalla dottrina per giungere a soluzioni praticabili: a) annullabilità del contratto per dolo o violenza, specificando che la disciplina comunitaria “tipizzando determinati comportamenti che assumono, in tal modo, una propria autonoma rilevanza, [...] sembra permettere al consumatore di ottenere l'annullamento del contratto anche in assenza di prove in merito alla rilevanza del comportamento nella sua sfera individuale, oltre che agli elementi configurativi della ingannevolezza o della violenza del protagonista”<sup>92</sup>; b) annullabilità attraverso l'estensione della disciplina dei vizi della volontà e risarcimento del danno per violazione della buona fede precontrattuale o contrattuale<sup>93</sup>; c) nullità di protezione per via analogica delle tecniche proprie del codice de consumo<sup>94</sup>; d) il solo rimedio risarcitorio, traendo origine dalle conseguenze della violazione della normativa antitrust<sup>95</sup>; e) nullità o annullamento oltre al risarcimento del danno<sup>96</sup>; f) nullità, non già per violazione della disciplina delle prassi commerciali

---

nominationi di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti”. G. Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Il Corriere del Merito*, 2008, 7, 765, “L'azione esperibile ha natura risarcitoria e restitutoria”, l'Autore riferisce anche che “il testo del disegno di legge approvato dal Senato prevedeva una disposizione autonoma che sanciva la nullità dei contratti conclusi per effetto di pratiche commerciali sleali. Le reazioni critiche suscitate da questa proposta hanno convinto i Deputati a far cadere la disposizione”.

<sup>92</sup> L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, 455.

<sup>93</sup> G. De Cristofaro, in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. 146 del 2 agosto 2007 attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007, 1194: L'Autore auspica che i “raggiri” le “menzogne” della disciplina generale vengano letti e interpretati alla luce degli artt. 21-26 c. cons. e il “dolo omissivo” coordinato con l'art. 22 c. cons.

<sup>94</sup> A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 171.

<sup>95</sup> A. Mirone, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 309-335.

<sup>96</sup> A. Gianola, Op. cit. 703, l'Autore fa discendere dall'impegno imposto dall'art. 27 c. cons. all'AGCM di eliminare gli effetti delle pratiche sleali i rimedi della nullità o annullabilità e del risarcimento del danno riferendo che i rimedi, anche se non espressamente previsti dal legislatore

sleali in generale ma per violazione delle singole specifiche fattispecie tipizzate di prassi commerciali sleali<sup>97</sup>;

---

re nazionale, “si moduleranno in maniera tale da permettere nel caso concreto il pieno raggiungimento dello scopo indicato”.

<sup>97</sup> C. Granelli, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 10, 776, “Se pare dunque da escludere che, nell’ambito del nostro sistema, il contratto che consegue all’adozione, da parte del professionista, di una “pratica commerciale scorretta” sia per ciò solo nullo, non è tuttavia da escludere che esso possa esserlo per altre - autonome - ragioni: così, ad es., se il “prodotto” oggetto di vendita al consumatore dovesse rivelarsi “inesistente”, il relativo contratto sarà nullo non (*ex art.* 1418, 1° co., c.c.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 21, 1° co., lett. a, c. cons.) abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì (*ex art.* 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui il suo “oggetto” dovesse risultare carente del requisito della “possibilità” (art. 1346); se la vendita del “prodotto” dovesse rivelarsi “illecita”, il relativo contratto sarà nullo non (*ex art.* 1418, 1° co., c.c.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 23, 1° co., lett. i, c. cons.) abbia falsamente affermato o generato comunque l’impressione che detta vendita fosse lecita, bensì (*ex art.* 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui “illeciti” dovessero risultare la sua “causa” o il suo “oggetto” (art. 1343 e 1346 c.c.); se l’acquisto effettuato dal consumatore dovesse rivelarsi frutto di una violenza fisica che ne abbia annientato la volontà, al punto di rendere solo apparentemente a lui riferibile la dichiarazione negoziale, il relativo contratto sarà nullo non (*ex art.* 1418, 1° co., c.c.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 24 c. cons.) abbia posto in essere una “pratica commerciale aggressiva” in danno del consumatore, bensì (*ex art.* 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui detta “pratica” dovesse aver determinato il difetto di quel “requisito essenziale” del contratto costituito dal “consenso” (art. 1325, 1° co., n. 1, c.c.); ecc.”. Stesso percorso è compiuto da A. Mirone, *Op. cit.*, il quale ipotizza la nullità per illiceità dell’oggetto (1418, co. 2, c.c.) nel caso dell’art. 23, lett i) o nullità per espressa previsione dell’art. 67 *septies-decies*, co. 4, nel caso dell’art. 22, co. 4, lett. e); di annullabilità per dolo nel caso dell’art. 23, lett. s) e per violenza nel caso dell’art. 26, lett a).

CAPITOLO VII  
LE PRINCIPALI NORME ITALIANE  
CHE IMPONGONO DOVERI INFORMATIVI

1. *Il codice civile*

L'art. 1338 del codice civile stabilisce che la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (di cui all'art. 1418 del codice civile), non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto (con conseguenze possibili sia sul piano della responsabilità precontrattuale ex artt. 1175, 1337 che del dolo ex art. 1439).

“A contrario se ne desume un obbligo di comunicare tutte le circostanze non solo note, ma anche conoscibili, che possono determinare l'invalidità del contratto”<sup>98</sup>.

L'art. 1892 del codice civile, in materia di assicurazioni, disciplina le dichiarazioni inesatte e le reticenze con dolo o colpa grave e statuisce che “le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave” (co. 1).

“L'assicuratore decade dal diritto d'impugnare il contratto se, entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza, non dichiara al contraente di volere esercitare l'impugnazione” (co. 2).

“L'assicuratore ha diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l'annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno. Se il sinistro si verifica prima che sia decorso il termine indicato dal comma precedente, egli non è tenuto a pagare la somma assicurata” (co. 3).

---

<sup>98</sup> P. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri d'informazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 53, 5, 654.

“Se l’assicurazione riguarda più persone o più cose, il contratto è valido per quelle persone o per quelle cose alle quali non si riferisce la dichiarazione inesatta o la reticenza” (co. 4).

La Corte di Cassazione individua i presupposti per l’operare dell’annullabilità del contratto in caso di reticenza dell’assicurato: “quando si verificano all’atto della conclusione del contratto, simultaneamente, tre condizioni: che la dichiarazione sia inesatta o reticente; che l’assicurato abbia reso la dichiarazione con dolo o colpa grave; che la reticenza sia stata determinante ai fini della formazione del consenso dell’assicuratore”<sup>99</sup>.

## 2. *Il codice delle assicurazioni*

L’art. 185 stabilisce che “le imprese di assicurazione italiane e quelle estere operanti nel territorio della Repubblica, sia in regime di stabilimento che in regime di libertà di prestazione di servizi, consegnano al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Cassazione Civile Sez. III, sent. n. 7245 del 29-03-2006 (ud. del 21-02-2006), C.S.M. c. Bayerische Assicurazioni S.p.A. (rv. 588953).

<sup>100</sup> Art. 185 Codice delle Assicurazioni, co. 2, la nota informativa contiene le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell’impresa di assicurazione, affinché il contraente e l’assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell’impresa; co. 3, l’ISVAP disciplina, con regolamento, il contenuto e lo schema della nota, informativa in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all’impresa, le informazioni sul contratto con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall’impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e alle limitazioni della garanzia e alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro, alla legge applicabile ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all’organismo o all’autorità eventualmente competente; co. 4, nelle assicurazioni di cui ai rami I, II, III, IV e V dell’articolo 2, comma 1, l’ISVAP determina, con regolamento, le informazioni supplementari che sono necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo ai costi ed ai rischi del contratto ed alle operazioni in conflitto di interesse. Al contraente di un’assicurazione sulla vita sono altresì comunicate, per tutto il periodo di durata del contratto, le informazioni indicate nel regolamento adottato dall’ISVAP con particolare riguardo alle spese, alla composizione ed ai risultati della gestione delle attività nelle quali è investito il premio o il capitale assicurato”.

### 3. *I prodotti non alimentari*

È vietata la commercializzazione di qualsiasi prodotto o confezione di prodotto che non riporti le informazioni minime di cui all'art. 6, co. 1, c. cons.: “i prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore, commercializzati sul territorio nazionale, riportano, chiaramente visibili e leggibili, almeno le indicazioni relative: *a*) alla denominazione legale o merceologica del prodotto; *b*) al nome o ragione sociale o marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea; *c*) al Paese di origine se situato fuori dell'Unione europea<sup>101</sup>; *d*) all'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente; *e*) ai materiali impiegati ed ai metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto; *f*) alle istruzioni, alle eventuali precauzioni e alla destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto.

Gli obblighi informativi di cui all'art. 6, c. cons. “rivestono un ambito di applicazione generale [...] disponendo in via sussidiaria e complementare”<sup>102</sup>.

L'art. 7, c. cons. specifica che “le indicazioni di cui all'articolo 6 devono figurare sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti nel momento in cui sono posti in vendita al consumatore. Le indicazioni di cui al comma 1, lettera *f*), dell'articolo 6 possono essere riportate, anziché sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti, su altra documentazione illustrativa che viene fornita in accompagnamento dei prodotti stessi”.

“Tutte le informazioni destinate ai consumatori e agli utenti devono essere rese almeno in lingua italiana. Qualora le indicazioni di cui al presente titolo siano apposte in più lingue, le medesime sono apposte anche in lingua italiana e con caratteri di visibilità e leggibilità non inferiori a quelli usati per le altre lingue. Sono consentite

---

<sup>101</sup> L'art. 31-bis del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv., nella l. 23 febbraio 2006, n. 51, così stabilisce «L'efficacia delle disposizioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. c), del codice del consumo di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, decorre dal 1° gennaio 2007 e, comunque, a partire dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'art. 10 del predetto codice», non ancora adottato.

<sup>102</sup> Circolare del Ministero delle Attività Produttive 24 gennaio 2006, n. 1 (G.U. 31 gennaio 2006, n. 25).

indicazioni che utilizzino espressioni non in lingua italiana divenute di uso comune” (art. 9, c. cons.).

L'inosservanza degli obblighi informativi come specificati dagli artt. 6, 7, 9 c. cons. è punita con sanzione amministrativa pecuniaria (art. 12, c. cons.).

#### 4. *I prodotti pericolosi*

Nei casi, più rigorosi, di prodotti non alimentari rischiosi per la salute dei consumatori, la sicurezza viene valutata, anche, in funzione “della presentazione del prodotto, della sua etichettatura, delle eventuali avvertenze e istruzioni per il suo uso e la sua eliminazione, nonché di qualsiasi altra indicazione o informazione relativa al prodotto” [art. 103, co. 1, lett. a), 3), c. cons.].

In particolare il produttore ha l'obbligo, tra gli altri, di fornire “al consumatore tutte le informazioni utili alla valutazione e alla prevenzione dei rischi derivanti dall'uso normale o ragionevolmente prevedibile del prodotto, se non sono immediatamente percettibili senza adeguate avvertenze, e alla prevenzione contro detti rischi” (art. 104, co. 2, c. cons.) e il distributore, che “deve agire con diligenza nell'esercizio della sua attività per contribuire a garantire l'immissione sul mercato di prodotti sicuri” è tenuto “a non fornire prodotti di cui conosce o avrebbe dovuto conoscere la pericolosità in base alle informazioni in suo possesso e nella sua qualità di operatore professionale” [art. 104, co. 6, lett. a)].

L'immissione sul mercato di prodotti non alimentari pericolosi, in violazione degli obblighi informativi, prevede sanzioni penali e amministrative pecuniarie differenti per il produttore e il distributore (art. 112, c. cons.), distinguendone il diverso ruolo nella catena di commercializzazione, salvo il caso di cui all'art. 103, co. 1 lett. d), c. cons., per cui “deve qualificarsi come “produttore” il commerciante, anche al

minuto, di prodotti pericolosi quando la sua attività può incidere sulle caratteristiche di sicurezza del prodotto.”<sup>103</sup>.

Il legislatore comunitario tutela la salute dei consumatori europei attraverso l'immissione nel mercato di prodotti sicuri, affidando ad uno strumento di normazione orizzontale la disciplina generale della sicurezza dei prodotti<sup>104</sup>, a direttive la disciplina specifica per le singole categorie merceologiche<sup>105</sup>, e a norme tecniche la definizione dei requisiti di sicurezza<sup>106</sup>.

In particolare, la marcatura CE, apponibile su di un elenco tassativo di prodotti e solo ove siano rispettati i requisiti di sicurezza fissati nelle norme tecniche e con caratteristiche grafiche normativamente definite: al di fuori di questi casi l'apposizione è vietata.

In casi di indebita apposizione (ossia senza il rispetto delle regole tecniche di sicurezza) la marcatura CE attesterebbe una qualità non esistente nel prodotto immesso in commercio, idonea pertanto a trarre in inganno il consumatore.

In questi casi le violazioni potrebbero trovare tutela nell'art. 474 del codice penale che vieta “l'introduzione nello stato e commercio di prodotti con segni falsi” e l'art. 517 codice penale che vieta “la vendita di prodotti industriali con segni mendaci”.

---

<sup>103</sup> Cass. Pen., Sez. III, Sent., 4 dicembre 2007, n. 6787.

<sup>104</sup> Si tratta della Dir. 2001/95/CE relativa alla sicurezza generale dei prodotti e il suo Considerando (4) “Per garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, la Comunità deve contribuire alla protezione della salute e della sicurezza degli stessi. Una normativa comunitaria orizzontale che introduca un requisito generale di sicurezza dei prodotti e contenente disposizioni in materia di obblighi generali di fabbricanti e distributori, in materia di controllo dell'applicazione dei requisiti comunitari di sicurezza dei prodotti e in materia di scambio rapido di informazioni e, in alcuni casi, in materia di azioni a livello comunitario, dovrebbe contribuire a tale scopo”. La disciplina è ora riportata negli artt. da 102 a 113 del codice del consumo.

<sup>105</sup> Attualmente sono 26 le categorie di prodotti su cui deve essere apposta la marcatura CE: Giocattoli Direttiva 88/378/CEE, modificata dalla direttiva 93/68/CEE; Materiale elettrico in bassa tensione Direttiva 73/23/CEE, modificata dalla direttiva 93/68/CEE (NB: la direttiva 73/23/CEE con le successive modifiche è stata codificata in un nuovo provvedimento, la direttiva 2006/95/CE); Dispositivi di protezione individuali Direttiva 89/686/CEE, modificata dalle direttive 93/68/CEE, 93/95/CEE e 96/58/CEE; Dispositivi medici Direttiva 93/42/CE, modificata dalle direttive 98/79/CE, 2000/70/CE e 2001/104/CE; Articoli pirotecnici Direttiva 2007/23/CE.

<sup>106</sup> Norme tecniche elaborate dagli organismi di normalizzazione europei CEN e CENELEC, nazionali UNI o CEI.

La violazione delle norme penali citate dovrebbe consentire ex art. 1418, co. 1, codice civile di far dichiarare nullo l'eventuale contratto di compravendita del prodotto.

Non dovesse ritenersi sufficiente il carattere imperativo della norma penale al fine dell'operatività del co. 1, art. 1418 codice civile<sup>107</sup>, si dovrà fare riferimento agli "interessi pubblici generali" a presidio dei quali le norme penali violate sono poste: la tutela della fede pubblica per l'art. 474 del codice penale e la tutela dell'ordine economico per l'art. 517 del codice penale<sup>108</sup>.

Oltre a ciò, si consideri che l'indebita apposizione della marcatura CE viola, ove esistenti, norme speciali che disciplinano singole categorie merceologiche poste a tutela della sicurezza e, quindi, della salute delle persone, diritto costituzionalmente garantito<sup>109</sup>.

Altrimenti, sarà esercitabile l'azione di risoluzione del contratto potendosi configurare la vendita di *aliud pro alio*, nel caso di mancato rispetto dei requisiti tecnici di sicurezza.

## 5. *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*

Nel caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali gli obblighi informativi riguardano unicamente il diritto di recesso del consumatore.

Sorpresa, impossibilità di valutare il rapporto qualità prezzo del prodotto non potendo compararlo con prodotti del medesimo genere, pressioni psicologiche giustifi-

---

<sup>107</sup> G. Passagnoli, *Op. cit.*, 447ss.

<sup>108</sup> Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 1104 del 07-02-1984, "A differenza del reato previsto dall'art. 474 cod. pen., che ha per oggetto la tutela della fede pubblica e richiede la contraffazione o l'alterazione del marchio, protetto e riconosciuto nello Stato o all'estero, il reato di cui all'art. 517 cod. pen., sussidiario rispetto al primo, ha per oggetto la tutela dell'ordine economico e richiede la semplice imitazione del marchio (non necessariamente registrato o riconosciuto), purché sia idonea a trarre in inganno l'acquirente".

<sup>109</sup> È il caso ad esempio dei giocattoli e del co. 2, del d.lgs. 313/1991 che prevede che "il fabbricante o il mandatario stabilito nella Comunità che appone indebitamente la marcatura CE è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con l'arresto fino a sei mesi e l'ammenda da lire cinque milioni a lire trenta milioni".



cano il diritto del consumatore, una volta concluso il contratto, a riflettere/comprendere l'opportunità dell'affare ed eventualmente sciogliere il vincolo.

Il professionista deve informare il consumatore del suo diritto di sciogliere il contratto concluso.

“L'informazione deve essere fornita per iscritto, separatamente da altre clausole e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento e deve contenere: a) l'indicazione dei termini, delle modalità e delle eventuali condizioni per l'esercizio del diritto di recesso; b) l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato, se diverso” (art. 47, co. 1, c. cons.).

Il professionista che non fornisce l'informazione al consumatore o la fornisce incompleta è punito con sanzione amministrativa pecuniaria e il termine per l'esercizio del diritto di recesso passa a sessanta giorni, rispetto i dieci originari.

## 6. *I contratti a distanza*

Il consumatore deve essere informato “in tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza” su: “a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del professionista; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte; d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'articolo 55, comma 2<sup>110</sup>; g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene

---

<sup>110</sup> Art. 55, co. 2., c. cons. “salvo diverso accordo tra le parti, il consumatore non può esercitare il diritto di recesso [...] nei casi: a) di fornitura di servizi la cui esecuzione sia iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 64, comma 1; b) di fornitura di beni o servizi il cui prezzo è legato a fluttuazioni dei tassi del mercato fi-

in caso di esercizio del diritto di recesso; h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i) durata della validità dell'offerta e del prezzo; l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica” (art. 55, co. 1, c. cons.).

Le informazioni così elencate, “il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile [...] osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili”(art. 55, co. 2, c. cons.).

“In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto”(art. 55, co. 2, c. cons.).

In caso di comunicazioni commerciali non sollecitate inviate a mezzo posta elettronica il consumatore deve essere informato da subito in modo inequivocabile che può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni<sup>111</sup>.

“In caso di commercio elettronico gli obblighi informativi dovuti dal professionista vanno integrati con le informazioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70” in materia di “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno “<sup>112</sup>.

---

nanziario che il professionista non è in grado di controllare; d) di fornitura di beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati o che, per loro natura, non possono essere rispediti o rischiano di deteriorarsi o alterarsi rapidamente; d) di fornitura di prodotti audiovisivi o di software informatici sigillati, aperti dal consumatore; e) di fornitura di giornali, periodici e riviste; f) di servizi di scommesse e lotterie”.

<sup>111</sup> Art. 9, Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

<sup>112</sup> Art. 12 (Informazioni dirette alla conclusione del contratto). 1. Oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni: a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le

Prima od al momento della esecuzione del contratto il consumatore deve ricevere conferma scritta o, a sua scelta, su altro supporto duraturo a sua disposizione ed a lui accessibile di tutte le informazioni su elencate oltre alle seguenti: a) un'informazione sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso [...]” riportate nella sezione IV del capo I, c. cons.; b) l'indirizzo geografico della sede del professionista a cui il consumatore può presentare reclami; c) le informazioni sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti; d) le condizioni di recesso dal contratto in caso di durata indeterminata o superiore ad un anno”.

Pertanto, la violazione dei doveri informativi nei contratti a distanza prevede come rimedio la nullità del contratto eventualmente concluso, solamente nel caso in cui all'inizio della comunicazione telefonica commerciale non vengano fornite in modo inequivocabile le informazioni sull'identità del professionista e la finalità commerciale del contatto.

Negli altri casi, la violazione del dovere di informazione comporta, come nel caso dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, una sanzione amministrativa e il prolungamento del termine per l'esercizio del consumatore del diritto di recesso del consumatore a novanta giorni, rispetto gli ordinari dieci.

Le televendite<sup>113</sup> non devono contenere dichiarazioni o rappresentazioni che possono indurre in errore gli utenti o i consumatori, anche per mezzo di omissioni, ambiguità o esagerazioni, in particolare per ciò che riguarda le caratteristiche e gli effetti del servizio, il prezzo, le condizioni di vendita o di pagamento, le modalità della fornitura, gli eventuali premi, l'identità delle persone rappresentate (art. 30, c. cons).

L'art. 59 c. cons. prevede che “per i contratti negoziati sulla base di una offerta effettuata tramite il mezzo televisivo l'informazione” sul diritto di recesso “deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale sono contenute le of-

---

relative modalità di accesso; c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore; d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica; e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano; f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie. 2. Il comma 1, non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti. 3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione.

<sup>113</sup> *Regolamento in materia di pubblicità radiotelevisiva e televendite*, Delibera AGCOM n. 538/01/CSP.

ferte. L'informazione sul diritto di recesso deve essere altresì fornita per iscritto, con le modalità previste dall'articolo 52 c. cons., non oltre il momento in cui viene effettuata la consegna della merce”.

## 7. *La vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori*

Nel caso di vendita di servizi finanziari il problema dell'asimmetria tra le parti si acuisce. Senza che le parti si vedano si può acquistare qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale.

Le disposizioni della Sezione IV-*bis* si applicano alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale), anche quando una delle fasi della commercializzazione comporta la partecipazione, indipendentemente dalla sua natura giuridica, di un soggetto diverso dal fornitore.

In questo caso il professionista nel fornire le informazioni al consumatore prima della conclusione del contratto a distanza dovrà comportarsi secondo i “doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale e dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori” (art. 67-*quater*, co. 2).

Nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta, gli sono fornite le informazioni riguardanti: a) il fornitore (67-*quinquies*. *Informazioni relative al fornitore*); b) il servizio finanziario (67-*sexies*. *Informazioni relative al servizio finanziario*); c) il contratto a distanza (67-*septies*. *Informazioni relative al contratto a distanza*); d) il ricorso (67-*octies*. *Informazioni relative al ricorso*).

Informazioni particolareggiate sono previste in caso di comunicazioni telefoniche (67-*novies*. *Comunicazioni mediante telefonia vocale*) e sono applicabili le disposizioni più rigorose previste dalla normativa di settore che disciplina l'offerta del servizio o del prodotto interessato (67-*decies*. *Requisiti aggiuntivi in materia di informazioni*).

Le informazioni di cui agli articoli 67-quater, 67-quinquies, 67-sexies, 67-septies, 67-octies, 67-novies e 67-decies, oltre a tutte le condizioni contrattuali devono essere comunicate su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, disponibile e accessibile per il consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta (art. 67-*undecies*).

Il consumatore dispone di un termine di quattordici giorni per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo (art. 67-*duodecies*).

L'art. 67-*septies decies*, c. cons., punisce il professionista che non ottempera agli obblighi informativi con una sanzione amministrativa pecuniaria e il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. Il co. 5, specifica che trattasi di nullità relativa, che può essere fatta valere solo dal consumatore e ha come effetto di obbligare le parti alla restituzione di quanto ricevuto.

## 8. *I pacchetti turistici*

“I pacchetti turistici hanno ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfetario, e di durata superiore alle ventiquattro ore ovvero comprendente almeno una notte: a) trasporto; b) alloggio; c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio [...] che costituiscano parte significativa del pacchetto turistico (esempio gli itinerari, le visite, le escursioni, ecc.” (art. 84, co. 1, c. cons).

Il contratto di vendita di pacchetti turistici deve essere redatto in forma scritta in termini chiari e precisi e deve contenere gli elementi elencati dall'art. 86 c. cons. Al consumatore deve essere rilasciata una copia del contratto stipulato, sottoscritto o timbrato dall'organizzatore o venditore (art. 85, c. cons.).

Nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto, il venditore o l'organizzatore forniscono per iscritto informazioni di carattere generale concernenti le condizioni applicabili ai cittadini dello Stato membro dell'Unione europea in materia di passaporto e visto con l'indicazione dei termini per il rilascio, nonché gli obblighi sanitari e le relative formalità per l'effettuazione del viaggio e del soggiorno (art. 87, co. 1, c. cons.).

Prima dell'inizio del viaggio l'organizzatore ed il venditore comunicano al consumatore per iscritto le seguenti informazioni: a) orari, località di sosta intermedia e coincidenze; b) generalità e recapito telefonico di eventuali rappresentanti locali dell'organizzatore o venditore ovvero di uffici locali contattabili dal viaggiatore in caso di difficoltà; c) recapito telefonico dell'organizzatore o venditore utilizzabile in caso di difficoltà in assenza di rappresentanti locali; d) per i viaggi ed i soggiorni di minorenne all'estero, recapiti telefonici per stabilire un contatto diretto con questi o con il responsabile locale del suo soggiorno; e) circa la sottoscrizione facoltativa di un contratto di assicurazione a copertura delle spese sostenute dal consumatore per l'annullamento del contratto o per il rimpatrio in caso di incidente o malattia (art. 87, co. 2, c. cons.). Il co. 3, art. 87 c. cons. specifica che se il contratto è stipulato nell'imminenza della partenza, le indicazioni contenute nel comma 1 devono essere fornite contestualmente alla stipula del contratto.

Tra gli obblighi informativi rientra la consegna dell'opuscolo di cui all'art. 88 c. cons. che, dall'elencazione di cui al co. 1, si comprende contenere parte degli elementi del contratto ex art. 86 c. cons. e la cui funzione è quella di agevolare la comprensione delle informazioni di più immediata utilità.

L'art. 88 non specifica quando deve essere consegnato l'opuscolo informativo ma dal co. 2<sup>114</sup> si ricava che può essere messo a disposizione anche prima della conclusione del contratto, di sicuro prima della partenza.

---

<sup>114</sup> Il co. 2, dell'art. 88 c. cons. specifica che le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e il venditore in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni ivi indicate non siano comunicate per iscritto al consumatore prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione.

In caso di revisione del prezzo, alle condizioni e limitatamente ai casi di cui all'art. 90 c. cons., superiore al dieci per cento del suo originario ammontare o di modifiche ad uno o più elementi del contratto prima della partenza, il consumatore può recedere dal contratto entro due giorni dal ricevimento della comunicazione da parte del professionista.

In questo caso il recesso non si configura come rimedio alle circostanze quali la sorpresa, l'asimmetria informativa, il condizionamento ambientale ecc. tali da compromettere l'integrità del consenso del consumatore. Non è, pertanto, un diritto di ripensamento (*ius poenitendi*), non è un diritto di recesso “*straordinario*”<sup>115</sup>, quanto piuttosto un recesso “*ordinario*” ex art. 1373 del codice civile riconosciuto alla parte consumatore dalla legge.

Recentemente la Corte di Cassazione, Sez. III, con la sentenza n. 15798 del 6 luglio 2009, chiarisce la portata della diligenza richiesta al tour operator in materia di obblighi informativi: “In virtù della disciplina del contratto di viaggio turistico introdotta nell'ordinamento nazionale per effetto della Convenzione di Bruxelles 23 aprile 1970, ratificata in Italia con la legge n. 1084 del 1997, l'organizzatore del viaggio deve adottare tutte le misure idonee ad evitare danni a coloro che vi partecipano, senza superare il livello medio di diligenza. Pertanto, una volta informato il viaggiatore delle prestazioni promesse (inerenti al trasporto, all'alloggio, alle attività sportive, alle escursioni e alle altre attività correlate) e messo a disposizione di questi il c.d. opuscolo informativo menzionato dall'art. 9 del d.lgs.17 marzo 1995, n.111, che prevede tra le informazioni generali le sole notizie, di carattere essenzialmente amministrativo, necessarie per recarsi all'estero, e l'indicazione nel documento di viaggio dei servizi forniti e delle condizioni idonee a giustificare l'annullamento, egli si deve considerare adempiente con sufficiente diligenza alle sue obbligazioni. (Nella specie, rigettando il ricorso proposto, la S.C. ha ritenuto che non poteva essere riconducibile a mancanza di diligenza dell'organizzatore del viaggio l'omessa informazione circa la presenza nei luoghi da visitare della bassa marea, quale situazione favorevole all'azione nociva di eventuali microrganismi acquatici, non rientrando tale

---

<sup>115</sup> La distinzione tra recesso “ordinario” e “straordinario” è utilizzata da G. De Cristofaro, *Ius poenitendi del consumatore e contratti di credito nella dir. 2008/48/CE*, in *Giur. It.*, 2010, 1.

notizia tra le obbligatorie informazioni di carattere generale da mettere a disposizione del “consumatore”<sup>116</sup>.

## 9. *I contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili*

I contratti relativi all’acquisto della c.d. multiproprietà si sono da sempre, o quantomeno, fino a quando l’Europa non se ne è occupata regolamentandone la vendita<sup>117</sup>, caratterizzati per un alto livello di criticità riassumibile in ciò: a) comprensione della natura e del godimento del diritto d’acquisto; b) reale esistenza dell’immobile; c) validità dei titoli d’acquisto in relazione alla legislazione di Paesi in cui si trova l’immobile, anche extraUe; d) elevato costo. A questo, si aggiunga che la multiproprietà per lungo tempo è stata venduta fuori dai locali commerciali, in occasione di incontri *ad hoc* a cui partecipavano consumatori “agganciati” dalla promessa di vacanze omaggio; con questo aggiungendo ulteriori elementi “anomali” alla fase di formazione del consenso quali la sorpresa e il condizionamento ambientale.

La disciplina è contenuta negli artt. da 69 a 81 c. cons., che ricalcano le regole del D.Lgs. 427/98 che ha recepito in Italia la dir. 94/47/CE. Per multiproprietà si intende “uno o più contratti della durata di almeno tre anni con i quali, verso pagamento di un prezzo globale, si costituisce, si trasferisce o si promette di costituire o

---

<sup>116</sup> V. Carbone, *Corriere Giur.*, 2009, 10, 1337, “In particolare, per adempiere agli obblighi informativi, è sufficiente che l’organizzatore informi il viaggiatore delle prestazioni promesse (trasporto, alloggio, attività sportive, escursioni) e che metta a sua disposizione l’opuscolo informativo previsto dall’articolo 9 del decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 111 (ora trasfuso nell’articolo 88 del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, recante il codice del consumo), il quale contempla notizie (per lo più di carattere amministrativo) necessarie per recarsi all’estero, i servizi forniti e le condizioni atte a giustificare l’annullamento del pacchetto turistico. Nulla più incombe al detto organizzatore per dimostrare di aver adempiuto con la dovuta diligenza ai suoi obblighi”.

<sup>117</sup> Dir. 94/47/CE (G.U. L. 280 del 29.10.1994) concernente la tutela dell’acquirente per taluni aspetti nei contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili. Ora abrogata dalla Dir. 2008/122/CE (G.U. L. 33/10 del 3.2.2009) sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio.



trasferire, direttamente o indirettamente, un diritto reale ovvero un altro diritto avente ad oggetto il godimento di uno o più beni immobili, per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana”.

Si dà atto che la dir. 2008/122/CE ha abrogato la precedente dir. 94/47/CE rendendo necessario il recepimento nazionale non ancora avvenuto e il successivo aggiornamento degli articoli in parola.

Gli obblighi informativi sono demandati ad un documento informativo i cui contenuti sono elencati nell'art. 70 c. cons. da consegnare “ad ogni persona che richiede informazioni”.

Il contratto deve essere redatto per iscritto a pena di nullità (art. 71 c. cons.).

Il consumatore ha il diritto di recedere entro dieci giorni dalla conclusione del contratto (art. 73 c. cons.).

Per la violazione dei doveri d'informazione, anche in questo caso, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria al professionista inottemperante (art. 81 c. cons.) e il prolungamento del termine per l'esercizio del diritto di recesso passando da dieci giorni a tre mesi (art. 73, co. 2, c. cons.).

La dir. 2008/122/CE affida il rispetto degli obblighi informativi precontrattuali a formulari informativi, i cui contenuti sono definiti dalla direttiva stessa, da consegnare “in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta” (art. 4, co. 1).

I formulari informativi devono essere conformi ai modelli di cui agli all.ti I, II, III, IV della dir. 2008/122/CE, a seconda che il contratto riguardi: lett. a) la multiproprietà, b) le vacanze di lungo termine, c) la rivendita o d) lo scambio. Al fine di agevolare l'esercizio del diritto di recesso è predisposto anche un formulario separato, che dev'essere conforme al modello di cui all'allegato V della direttiva (art. 5), da consegnare prima della conclusione del contratto.

In calce a ciascun formulario è prevista la firma del consumatore per “conferma della ricezione delle informazioni”.

Anche la nuova direttiva prevede sanzioni amministrative pecuniarie a carico del professionista che non ottempera agli obblighi informativi e il prolungamento del

termine per l'esercizio del diritto di recesso che passa da quattordici (art. 6, co. 1) a: "a) un anno e quattordici giorni se il formulario di recesso separato non è stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole; b) dopo tre mesi e quattordici giorni [...] se le informazioni [...] non sono state fornite al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole" (art. 6, co. 3).

Inoltre, la nuova disciplina comunitaria si occupa di regolare anche la pubblicità (art. 3), specificando che già al primo contatto con il consumatore (eventi, incontri, pubblicità ecc.) il professionista deve dare le informazioni dettagliate di cui all'art. 4, co. 1. Non più quindi ad ogni persona che ne faccia richiesta (art. 70, c. cons.).

È vietato commercializzare o vendere come investimenti una multiproprietà o un prodotto per le vacanze di lungo termine (art. 3, co. 4, c. cons.).

## *10. I contratti per la fornitura di energia elettrica e di gas*

Il problema della completezza delle informazioni precontrattuali (offerte commerciali) nel mercato dell'energia e del gas si caratterizza per la complessità degli elementi che compongono le tariffe dell'elettricità e del gas, tali da compromettere la capacità di comprensione e di scelta (comparazione) del consumatore tra le offerte del libero mercato<sup>118</sup>.

Infatti, "nei mercati della vendita di energia elettrica e di gas, la concorrenza degli operatori si svolge principalmente intorno alla variabile prezzo. Di qui la centralità, nella comunicazione pubblicitaria, dell'offerta economica, con la conseguenza che

---

<sup>118</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent., 8 settembre 2009, n. 8394: "Nel settore dell'energia, in cui sempre più stanno proliferando le offerte pubblicitarie degli operatori riguardanti profili tariffari molto articolati e in cui il prezzo finale del servizio è composto da una serie di voci (di difficile comprensione segnatamente per un consumatore medio), la completezza delle informazioni si qualifica come un onere minimo dell'operatore pubblicitario, al fine di far percepire all'utente l'effettiva convenienza dell'offerta". Per approfondimenti: G. Bellantuono, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009; sia permesso C. Biasior, *La regolazione dell'utenza domestica in 9 Paesi europei*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, Altroconsumo Edizioni, Milano, n. 1, 2008.

qualunque omissione informativa o inesattezza nella percezione della convenienza economica dell'offerta, assume una rilevanza particolarmente significativa"<sup>119</sup>.

L'Autorità per l'Energie Elettrica e il Gas (AEEG) è l'Autorità indipendente di regolazione del mercato dell'energia elettrica e del gas, istituita con legge 14 novembre 1995, n. 481<sup>120</sup>.

Per il mercato elettrico gli obblighi informativi sono contenuti in normative settoriali ed, in particolare, nel Codice di condotta commerciale (adottato con delibera AEEG n. 105/06, all. A) che regola i rapporti tra gli esercenti l'attività di vendita di energia elettrica e i clienti finali. L'art. 3 impone un obbligo generale di comunicare al consumatore in "modo trasparente, completo e non discriminatorio le informazioni relative alle proprie offerte contrattuali" adottando "ogni ragionevole misura per soddisfare le esigenze di informazione e assistenza dei clienti nella valutazione di tali offerte".

L'art. 4 nel fissare alcuni principi generali nella redazione dei contratti standard fa espresso riferimento a "carattere di stampa leggibile e un linguaggio chiaro e comprensibile per tutti i clienti" e "nel caso in cui nel contratto vengano citate fonti normative di qualsiasi specie, la citazione deve essere accompagnata dall'indicazione del titolo della norma e dei riferimenti di pubblicazione, in modo che il cliente ne possa agevolmente prendere visione".

L'art. 5 impone agli esercenti obblighi formativi del personale commerciale, quindi anche degli operatori addetti al *call center*, "tale da garantire la conoscenza delle caratteristiche delle offerte, del contenuto del Codice di condotta commerciale e dei diritti riconosciuti ai clienti", garantendone l'aggiornamento<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Orientamento dell'AGCM richiamato in motivazione da T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 08-09-2009, n. 8400.

<sup>120</sup> Sulla natura degli atti delle Autorità Indipendenti di Regolazione, G. De Minico, *Regole comando e consenso*, Torino, 2005, 1, "L'esperienza italiana recente mostra significative novità nei modi di produzione delle regole giuridiche in settori rilevanti. L'elemento comune è dato dalla parziale dissociazione dello Stato dalla titolarità esclusiva delle funzioni di regolazione, non più riservata alla sua solitaria volontà, perchè condivisa con autori inediti, pubblici o privati. Le autorità indipendenti giocano un ruolo di primo piano, creando regole di diritto oggettivo secondo logiche presuntivamente endogene, cioè obbedienti, da un lato, alla razionalità intrinseca della materia, dall'altro, insensibili al comando politico".

<sup>121</sup> Agcm *PS/91 Enel Energia richiesta cambio fornitore*; dalla Relazione dell'attività svolta dall'AGCM nell'anno 2008, 264, "Una seconda area di applicazione della normativa in materia di pratiche

Gli artt. 6 e 7 fissano sia i criteri per la comunicazione dei prezzi di fornitura del servizio che le informazioni relative alla spesa complessiva. A tal fine, per agevolare il confronto delle offerte commerciali, è stata predisposta una *scheda di riepilogo*<sup>122</sup> standard che indica chiaramente il preventivo di spesa stimato per anno, escluse le imposte, che deve essere consegnata al consumatore, insieme alle informazioni di cui all'art. 10, “in occasione della proposta di un’offerta contrattuale, qualunque sia la modalità con cui il cliente viene contattato e, in ogni caso, prima della conclusione del contratto”.

Tra le informazioni di cui all'art. 10 si ricorda quella sul diritto di recesso del consumatore nel caso di contratti conclusi a distanza (co. 1, lett. f).

Infine, il consumatore deve ricevere prima della conclusione del contratto o comunque entro 10 (dieci) giorni dalla conclusione, se avvenuta con l’impiego di tecniche di comunicazione a distanza, copia del contratto, la nota informativa<sup>123</sup> e la scheda di riepilogo<sup>124</sup>.

Il rispetto degli obblighi informativi settoriali, non esime gli esercenti dal rispetto delle norme in materia di prassi commerciali sleali (art. 8, *Informazioni minime da fornire nelle comunicazioni a scopo commerciale*, delibera AEEG 105/06). Al professionista, pertanto, non basterà rispettare gli obblighi informativi propri della disciplina di settore, ma dovrà tener conto anche della disciplina delle prassi commerciali sleali. Un recente orientamento del T.A.R. Lazio, sul rapporto tra diligenza professionale pretesa dal Codice del consumo e discipline settoriali, confermando come “il nuovo quadro

---

commerciali scorrette, sempre nei settori dell’energia elettrica e del gas nella fase di acquisizione della clientela, ha riguardato le pratiche di marketing aggressivo, con l’attivazione talora di forniture prive del consenso del diretto interessato. In tale caso, si è ritenuto che il professionista debba rispondere del comportamento adottato dagli agenti terzi quando questi svolgono la propria attività per conto dello stesso professionista, stante l’obbligazione nascente dai contratti stipulati tra l’impresa e le agenzie, soprattutto laddove siano mancanti efficaci e diffusi sistemi di vigilanza e controllo che consentano di prevenire tali pratiche. La presenza poi di un sistema remunerativo per le agenzie basato esclusivamente sul numero di contratti conclusi può facilitare tali pratiche e rafforza quindi la *culpa in vigilando* del professionista”).

<sup>122</sup> Allegato a alla deliberazione 9 maggio 2007, n. 110/07 come modificato dalla deliberazione 18 marzo 2008 – arg/com 34/08 scheda di riepilogo dei corrispettivi relativi all’offerta di energia elettrica di cui all’articolo 11, lettera c) del codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali (allegato a) alla deliberazione n. 105/06) e istruzioni di compilazione.

<sup>123</sup> Scheda 1, *Nota informativa per il cliente finale*, allegata a Delibera n. 105/06 - Allegato A

<sup>124</sup> Vedi nota 123.

di tutela offerto dal Codice del Consumo venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione"<sup>125</sup>, ritiene potersi pretendere dal professionista "modelli di comportamento" desumibili da: a) i precetti in materia di prassi commerciali sleali; b) l'esperienza nel settore di appartenenza; c) il codice del consumo.

Secondo l'AGCM, inoltre, richiamata in T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 08-09-2009, n. 8402, "gli obblighi informativi definiti dall'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas sono finalizzati esclusivamente a garantire al consumatore la completezza delle informazioni al momento della sottoscrizione del contratto, ma non coprono la fase antecedente, rispetto alla conclusione del contratto stesso, costituita dal contatto con il consumatore attraverso il messaggio pubblicitario relativo all'offerta commerciale, "contatto che è invece oggetto della tutela del consumatore disciplinata dal Codice del Consumo, e specificamente dagli artt. 21, 22 e 23. Pertanto, la disciplina regolamentare settoriale non concerne la fattispecie oggetto del presente procedimento e

---

<sup>125</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 08-09-2009, n. 8402, "Particolarmente delicato appare, ed ancora privo di un sufficiente approfondimento dottrinale e giurisprudenziale, il tema del rapporto tra l'eventuale regolamentazione adottata dalle Autorità di settore e il parametro di diligenza imposto dal Codice" del Consumo "ai professionisti. Nella fattispecie oggi in rilievo, le società coinvolte nel procedimento (ivi compresa l'odierna ricorrente), hanno ad esempio affermato che alcun addebito può essere loro mosso in quanto risultano essersi pienamente attenute agli obblighi informativi definiti dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas. A parere del Collegio, anche il procedimento in esame, analogamente a quelli che hanno formato oggetto di recentissime pronunce della Sezione (cfr. le sentenze nn. 5625, 5627, 5628 e 5629 del 15 giugno 2009, nonché n. 6446 del luglio 2009), è un esempio di come il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del Consumo venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione (cfr., al riguardo, l'art. 19 del Codice, ed in particolare il comma 3, secondo cui solo "in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici"). Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai "professionisti" l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da siffatte norme, ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice, purché, ovviamente, siffatte condotte siano loro concretamente esigibili in un quadro di bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale (in tal senso, opera soprattutto il modello, di derivazione comunitaria, del c.d. consumatore medio). Nel caso in esame, peraltro, reputa il Collegio che siffatte regole di "esperienza" potessero essere agevolmente desunte dalla consolidata prassi dell'Autorità, e dall'ampia casistica giurisprudenziale, formatasi in materia di pubblicità ingannevole".

l'adempimento a questa disciplina non fa quindi venire meno né esaurisce gli obblighi sanciti dalla normativa generale in materia di tutela del consumatore”.

Le stesse considerazioni si possono fare per il mercato del gas. In questo caso il codice di condotta commerciale cui fare riferimento è quello adottato con delibera 126/04<sup>126</sup>.

### *11. La vendita di beni di consumo e la presunzione di conformità al contratto*

“Il venditore ha l’obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita”, così recita l’art. 129 c. cons., del Titolo III dedicato alla “*Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo*”.

La garanzia legale per i beni di consumo è cambiata rispetto la vecchia disciplina del codice civile di cui agli artt. 1490ss., in particolare, per quello che qui interessa, perché non si parla più di vizi redibitori intesi come “imperfezioni concernenti il processo di produzione, di fabbricazione o di formazione, che rendano la cosa inadatta all’uso al quale è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore”, ma si fa riferimento al concetto di conformità al contratto<sup>127</sup>.

Ora, nei contratti B2C, il bene consegnato deve essere conforme al contratto: “si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze: a) sono idonei all’uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull’etichettatura; d) sono altresì ido-

---

<sup>126</sup>Delibera AEEG 126/04 e suo allegato A alla deliberazione 22 luglio 2004, n. 126/04 come modificato dalle deliberazioni 30 maggio 2006, n. 105/06 e 18 marzo 2008 – ARG/com 34/08.

<sup>127</sup> Cass. Civ. Sez. II, sent. n. 4980 del 19-07-1983.

nei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti” (art. 128, co. 2, c. cons.).

“Il venditore non è vincolato dalle dichiarazioni pubbliche di cui al comma 2, lettera c), quando, in via anche alternativa, dimostra che: a) non era a conoscenza della dichiarazione e non poteva conoscerla con l'ordinaria diligenza; b) la dichiarazione è stata adeguatamente corretta entro il momento della conclusione del contratto in modo da essere conoscibile al consumatore; c) la decisione di acquistare il bene di consumo non è stata influenzata dalla dichiarazione” (art. 128, co. 4, c. cons.).

Dal concetto di conformità al contratto, anche combinato con il disposto dell'art. 3, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114 che reca la disciplina del commercio<sup>128</sup>, si possono ricavare le seguenti considerazioni: a) nei casi di vendita di beni di consumo la proposta contrattuale sarà determinata dalle dichiarazioni del venditore, dalle dichiarazioni del produttore, dalle dichiarazioni di rappresentanti del venditore, dalla pubblicità e dalle etichette, quindi, anche da foto, loghi ecc.; b) il venditore sarà vincolato dalle dichiarazioni spontanee, che non sorgono da nessun obbligo informativo, ma se pronunciate hanno l'effetto di vincolarlo; c) il venditore dovrà comunicare eventuali caratteristiche dei beni che si discostano dalla qualità media o normalmente attesa e questo sia in positivo che in negativo.

Nei Principi *ACQUIS* la presunzione di conformità diventa un obbligo informativo<sup>129</sup>;

“La norma, secondo una diffusa opinione, svolge quindi una funzione di tipo integrativo con riferimento al contenuto del contratto stipulato dalle parti. In tal modo si riconducono al contratto una serie di caratteristiche che – tranne espressa esclu-

---

<sup>128</sup>L'art. 3, del d.lgs. 114/98 recante la *Riforma della disciplina relativa al settore del commercio*, dal titolo *Obbligo di vendita*, richiama espressamente il rispetto e quindi l'operatività della disciplina dell'offerta al pubblico “In conformità’ a quanto stabilito dall'articolo 1336 del codice civile, il titolare dell'attività’ commerciale al dettaglio procede alla vendita nel rispetto dell'ordine temporale della richiesta. L'art. 1336 del codice civile “L'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi. La revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia.

<sup>129</sup> U. Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali d'informazione: le regole e i rimedi nei principi ACQUIS*, in *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2009, 244ss.

sione delle parti – il bene venduto deve presentare per essere considerato esente da difetti”<sup>130</sup>.

## *12. I contratti di credito al consumo*

L’espressione credito al consumo, ai sensi dell’art. 121, co. 1, d.lgs. 385/1 993 (Testo Unico Bancario, TUB) individua quel fenomeno di concessione di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra facilitazione finanziaria, da parte di soggetti specializzati a favore di persone fisiche che agiscono per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta<sup>131</sup>.

La tutela informativa, in questi casi, è affidata alla forma.

L’art. 124, co. 1, T.U.B., richiede la redazione per iscritto del contratto di concessione di credito, oltre all’obbligo di consegnarne copia al consumatore. In caso di inosservanza della forma scritta il contratto è nullo.

Il co. 2, specifica che nei contratti di credito al consumo deve essere indicato: a) l’ammontare e le modalità del finanziamento; b) il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate; c) il TAEG; d) il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato; e) l’importo e la causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG. Nei casi in cui non sia possibile indicare esattamente tali oneri, deve esserne fornita una stima realistica; oltre essi, nulla è dovuto dal consumatore; f) le eventuali garanzie richieste; g) le eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG.

Il co. 3, oltre a quanto indicato nel comma 2, i contratti di credito al consumo che abbiano a oggetto l’acquisto di determinati beni o servizi contengono, a pena di nullità: a) la descrizione analitica dei beni e dei servizi; b) il prezzo di acquisto in con-

---

<sup>130</sup> Salvatore Patti, *La vendita dei beni di consumo, la conformità al contratto di vendita stabilito all’art. 129, commi 1° e 2°, del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2006, 2, 362.

<sup>131</sup> La disciplina del credito al consumo è contenuta negli artt. da 121 a 126 T.U.B. e artt. da 40 a 43 c. cons. È in fase di recepimento la direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE.



tanti, il prezzo stabilito dal contratto e l'ammontare dell'eventuale acconto; c) le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà, nei casi in cui il passaggio della proprietà non sia immediato.

La delibera CICR del 4 marzo 2003 *Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* prevede che il consumatore, prima della conclusione del contratto, debba essere chiaramente informato. L'art. 8 stabilisce che prima della conclusione del contratto il cliente ha diritto di ottenerne una copia completa per una ponderata valutazione del contenuto. La consegna della copia non impegna le parti alla conclusione del contratto. E l'art. 9 prevede che al contratto è unito un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali.

Ai sensi dell'art. 116 del T.U.B. (Testo unico bancario d.lgs. 385/1993) in ciascun locale aperto al pubblico sono pubblicizzati i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi.

Ai sensi dell'art. 123 T.U.B. alle operazioni di credito al consumo si applica l'articolo 116. La pubblicità è, in ogni caso, integrata con l'indicazione del TAEG e del relativo periodo di validità. 2. Gli annunci pubblicitari e le offerte, effettuati con qualsiasi mezzo, con cui un soggetto dichiara il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito, indicano il TAEG e il relativo periodo di validità. Il CICR individua i casi in cui, per motivate ragioni tecniche, il TAEG può essere indicato mediante un esempio tipico<sup>132</sup>.

È fatta salva la disciplina degli artt. da 18 a 27-*quater*, c. cons. in materia di prassi commerciali sleali<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> La disciplina del TAEG è stata integrata dal d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 63, che ha dato attuazione della direttiva 98/7/CE che ha modificato la direttiva 87/102/CEE introducendo: 1) la prescrizione di un metodo di calcolo del TAEG unico per l'intera Unione europea; 2) l'indicazione del TAEG attraverso un esempio tipico.

<sup>133</sup> AGCM PS612 – Findomestic del 12.03.2009 e le numerose violazioni in materia di pubblicità del credito al consumo consultabili su [agcm.it](http://agcm.it).



## CAPITOLO VIII

### I RIMEDI

Il codice civile disciplina due ipotesi di invalidità del contratto: la nullità e l'annullabilità.

Il concetto d'invalidità è di creazione dottrinale e “può dirsi oggi prevalente in dottrina l'opinione per cui l'invalidità consegue ad una valutazione negativa da parte dell'ordinamento del regolamento di interessi programmato dalle parti, in quanto difforme dalle norme, cui il legislatore condiziona l'esercizio dell'autonomia privata”<sup>134</sup>.

#### 1. *La nullità*

Un atto è nullo quando è “inidoneo a produrre i suoi effetti tipici”<sup>135</sup>. Il rimedio della nullità è certamente rigoroso: è una “condanna perentoria circa l'inidoneità dell'atto a produrre i suoi effetti”<sup>136</sup>.

La nullità “postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto”<sup>137</sup>.

Le cause di nullità sono individuate dall'art. 1418:

- a) per il co. 1, il contratto è nullo “quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”, ad esempio comminando l'annullabilità.

---

<sup>134</sup> M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Vincenzo Roppo, *Rimedi-1*, Tomo IV, A. Gentili (a cura di), Milano, 2006, 16.

<sup>135</sup> Torrente 247

<sup>136</sup> Torrente 248

<sup>137</sup> Cass. Civ., Sez. Un., Sent. 19-12-2007, n. 26724, in *Fisco online*, 2008.

La comminatoria della nullità per contrarietà a norme imperative è prevista anche quando la nullità non sia espressamente prevista da una norma: in questo caso si è in presenza della c.d. nullità *virtuale*.

Il problema è definire quando si è in presenza di una norma imperativa la cui violazione comporti nullità del contratto, problema non semplice, sviluppato nel tempo da dottrina e giurisprudenza e ancora aperto. E successivamente, se, in ogni caso, la violazione di una norma imperativa possa sempre comportare la nullità del contratto anche quando non previsto da una legge.

Per la soluzione al primo dei due problemi, volto ad individuare gli elementi dell'imperatività di una norma, si può fare riferimento a: a) l'inderogabilità, anche relativa, è il caso dell'inderogabilità in *pejus* delle norme applicabili ai contratti con i consumatori<sup>138</sup>. Pertanto, l'inderogabilità “evidenzia un carattere necessario ma non sufficiente dell'imperatività”<sup>139</sup>. b) norme proibitive e norme ordinarie, di interesse generale le prime e incidenti sui soli interessi disponibili delle parti. Solo le prime sarebbero imperative e la loro violazione può comportare la nullità del contratto<sup>140</sup>; c) il “fondamento giuridico del divieto” quando consiste in uno “scopo di interesse generale”, di ordine pubblico: quando, cioè la norma sia diretta “alla tutela di un interesse pubblico generale”, ovvero di “interessi generali, che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico”<sup>141</sup>. Occorrerà guardare, quindi, alle fonti, innanzitutto di natura costituzionale, per il diritto interno e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in prospettiva europea. Su questa scia è possibile affermare che, a livello nazionale, il diritto del consumatore ad essere informa-

---

<sup>138</sup> G. Passagnoli, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto* di Vincenzo Roppo, *Regolamento*, Tomo II, G. Vettori (a cura di), Milano, 2006, 440, l'autore dà atto del “moltiplicarsi di discipline improntate al c.d. “ordine pubblico di protezione”, citando quali esempi gli artt. 36, 78 e 134 del c. cons. riferiti rispettivamente alla nullità di protezione nel caso di clausole vessatorie nei contratti, nullità delle clausole di rinuncia dei diritti nel caso di acquisto di multiproprietà da parte del consumatore e la nullità dei patti volti ad escludere o limitare i diritti del consumatore in materia di compravendita di beni di consumo.

<sup>139</sup>M. Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, Giuffrè, 2000, 88, citazione riportata in G. Passagnoli, *Op. cit.*, 440.

<sup>140</sup> G. Passagnoli, *Op. cit.*, 442.

<sup>141</sup> G. Passagnoli, *Op. cit.*, 441 ove l'Autore cita testualmente quanto riportato da Cass. Civ., 3.11.2001, n. 11351, in *Mass. Giust civ.*, 2001, 1638.

to sia un valore d'interesse generale, ma non ancora un bene giuridico da ponderare con gli altri valori costituzionali nazionali<sup>142</sup>; mentre, sul piano europeo, “l'ordine pubblico ha via via accentuato il proprio carattere di protezione” e, anche, in ragione dei principi contenuti nella Carta di Nizza, “si può dare atto dell'incidenza sul diritto dei contratti di regole di ordine pubblico non economico, sussumibili in larga misura nella nozione di buon costume”<sup>143</sup>; c) la contrarietà al buon costume. Anche in questo caso la definizione di cosa sia il buon costume, come forse è immaginabile, non è percorso facile e lineare. La dottrina o lo considera assorbito nel concetto di ordine pubblico o lo considera una *species* dell'ordine pubblico, “inscritta senza ambiguità nella cornice di principi e valori della Costituzione: in breve, il buon costume come “*ordine pubblico non economico*” e “il tratto caratterizzante della contrarietà al buon costume consisterebbe nella lesione della dignità umana, quindi di un “valore assoluto dell'ordinamento positivo”<sup>144</sup>. Il rispetto e la tutela della dignità umana è ga-

---

<sup>142</sup> A. Maltoni, *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – Profili costituzionali*, Milano, 1999, 244, l'Autore conclude: “l'art. 2 Cost., se lo si considera una norma di “apertura”, consente di sussumere entro le categorie tipiche del diritto costituzionale italiano nuovi valori fondamentali e quindi di considerare ad esempio il diritto dei consumatori ad un'adeguata informazione un diritto fondamentale, il cui invero non può che compiersi congiuntamente con quello del sistema complessivo dei valori costituzionali. È auspicabile peraltro che la Corte costituzionale si spinga fino a considerare esplicitamente il diritto ad un'adeguata informazione dei consumatori un bene giuridico da ponderare con gli altri valori costituzionali. Il c.2 dell'art. 41 Cost, come è stato posto in luce dall'ultimo orientamento dei giudici di costituzionalità italiani, consente di limitare la libertà di iniziativa economica per fini di utilità sociale, da identificarsi con valori effettivamente corrispondenti a interessi generali come quelli della tutela della salute e di un'adeguata informazione dei consumatori”. L'orientamento a cui fa riferimento l'Autore è riferito alle sentenze della Corte Costituzionale n. 443/1997, 158, 648, 659, 826 del 1988, dallo stesso richiamate a pag. 43, e la novità dell'orientamento si concretizza nel fatto che “per la prima volta la Corte accoglie una visione che identifica la ponderazione tra beni o valori costituzionali, da effettuarsi ex art. 41, comma 2 Cost., con quella compiuta, a livello comunitario, in sede di sindacato sulle normative nazionali, alla luce del principio di proporzionalità; la quale, attraverso una trasposizione sul piano interno, diviene presupposto su cui innestare la verifica della sussistenza di effetti discriminatori, ex art. 3 Cost., tra imprese italiane e straniere”. I diritti dei consumatori sono riconosciuti in Italia da leggi ordinarie, da ultimo il Codice del Consumo adottato con d.lgs. 206/2005, che li definisce fondamentali: sul punto G. Alpa, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, G. Alpa e V. Levi (a cura di), Milano, 2001, 17, “D'altra parte si tratta di diritti perfetti, o di diritti-pretesa, o di diritti sociali, o di interessi collettivi o diffusi, che non possono porsi sullo stesso piano dei diritti fondamentali propri della tradizione, quali i diritti dell'uomo o i diritti costituzionalmente garantiti”.

<sup>143</sup> G. Passagnoli, Op. cit., 456-458.

<sup>144</sup> G. Passagnoli, Op. cit., 461.

rantito dagli artt. 3 e 41, co. 2 della Costituzione e dall'art. 1 della Carta di Nizza, che recita: "la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata". L'inviolabilità della dignità della persona assume la funzione di "limite interno che configura ogni situazione soggettiva", assumendo un rilievo fondante "nella costruzione di un modello europeo di società di mercato"; un limite la cui violazione "può essere causa di nullità, di inadempimento, di recesso illegittimo, di risarcimento del danno", tanto che sul punto "è tutta da scrivere un'attenta serie di regole e concetti generali"<sup>145</sup>.

Per la soluzione del secondo problema, è la Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite, ha recentemente ribadito che la violazione di una norma imperativa comporta la nullità del contratto ex art. 1418, co. 1, codice civile quando la violazione riguardi elementi intrinseci come la struttura e il contenuto del contratto<sup>146</sup>.

- b) per il co. 2, il contratto è nullo in mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto: "i requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa (c.c. 1343, 1344), l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346".

"Ad esempio in mancanza dei requisiti di forma, quando richiesta *ad substantiam*, o l'oggetto o il contenuto (riconoscimento come figlio naturale, art. 250 cod. civ. di bimbo nato morto) o la causa (stipulo un contratto di assicurazione contro gli incendi di una cosa già bruciata, art. 1895 cod. civ.)"<sup>147</sup>.

- c) Il co. 3, infine, disciplina i casi di specifica comminatoria di nullità "negli altri casi stabiliti dalla legge".

La nullità si può distinguere in *totale* o *parziale* a seconda che il vizio che determina la nullità investa l'intero negozio o solo parte di esso.

La nullità parziale pone il problema del rapporto tra la disciplina del codice civile e il codice del consumo ed in particolare il rapporto tra la disciplina delle

---

<sup>145</sup>G. Passagnoli, Op. cit., 465, l'Autore riporta citazioni di G. Vettori, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, 313 ss, G. Vettori, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 29ss.; W. Hutton, *Europa vs America*, Fazi, 2003.

<sup>146</sup> Cass. Civ., Sez. Un., Sent. 19-12-2007, n. 26724, in *Fisco online*, 2008.

<sup>147</sup> Torrente-Schlesinger, *Op. cit.*, 248

clausole vessatorie e la “nullità di protezione” di cui all’art. 36, c. cons. con l’art. 1419 codice civile.

“La regola dell’art. 1419, [...] esprime, nell’opinione dottrinale più diffusa e nella giurisprudenza prevalente, il generale favore dell’ordinamento per la conservazione, per quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale”<sup>148</sup>.

“L’art. 38 codice del consumo conferma che ai contratti del consumatore si applicano le disposizioni del codice civile per quanto non previsto dal codice settoriale. Queste regole sanciscono la prevalenza del regime maggiormente protettivo per il consumatore, e pongono il rapporto tra i due codici in termini di separatezza. La nullità riceve nel codice del consumo una disciplina compiuta, argomentabile come valida per tutte le ipotesi di nullità nei contratti del consumatore. Le regole del codice civile incompatibili con la filosofia del codice del consumo ne restano emarginate (e così le disposizioni degli artt. 1419 e 1421)”<sup>149</sup>.

Quindi l’art. 1419 trova applicazione solo in quanto compatibile con i principi propri del codice del consumo, così riassumibili: “i) l’evenienza normale è la nullità parziale; ii) la nullità può operare soltanto a vantaggio del consumatore; iii) il vantaggio del consumatore si apprezza soprattutto nella conservazione del contratto riequilibrato”<sup>150</sup>.

Nei casi in cui la clausola nulla sia riferibile ad elementi essenziali del contratto “il pericolo della nullità totale è nei fatti e non è in concreto evitabile (di modo che, se il consumatore solleva l’eccezione di nullità, il giudice deve dichiarare la nullità totale; se il consumatore tace, il giudice deve astenersi dal rilievo d’ufficio)”<sup>151</sup>.

“L’alternativa tra conservazione del contratto mutilato e applicazione del diritto dispositivo”, (art. 1419, co. 1), “nei contratti del consumatore si pone invece in tutti

---

<sup>148</sup> M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Vincenzo Roppo, *Rimedi-1*, Tomo IV, A. Gentili (a cura di), Milano, 2006, 110.

<sup>149</sup> F. Di Marzio, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 3, 673.

<sup>150</sup> F. Di Marzio, *Op. cit.*

<sup>151</sup> F. Di Marzio, *Op. cit.*

i restanti casi in cui il contratto deprivato della clausola abusiva è completo degli elementi essenziali ed è suscettibile in concreto (e ragionevolmente) di esecuzione”<sup>152</sup>.

Nella disciplina dei contratti con i consumatori sono previste forme di nullità “speciali” o di protezione, così denominate “in quanto comminate in ragione della violazione di norme imperative di protezione, poste cioè a tutela e non tanto (o non solo) di interessi generali, bensì (anche) di interessi particolari, o meglio “seriali”, riferibili cioè a categorie o classi di contraenti, che condividono il ruolo dei soggetti in situazione di “strutturale” debolezza negli scambi del mercato”<sup>153</sup>.

Le nullità speciali previste nel codice del consumo si possono suddividere in a) quelle che incidono su struttura e contenuto del contratto e b) quelle relative alla violazione obblighi d’informazione o c) entrambe.

Sub *lett. a)*:

- 1) *Dei contratti del consumatore in generale*, art. 36, co. 1, c. cons. *Nullità di protezione*: le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto, co. 3: la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice.
- 2) *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, art. 67-*octies decies*, co. 1, c. cons. *Irrinunciabilità dei diritti*: i diritti attribuiti al consumatore dalla presente sezione sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione che abbia

---

<sup>152</sup> F. Di Marzio, *Op. cit.*

<sup>153</sup> M. Mantovani, *Op. cit.*, 170; A. di Majo, *L’invalidità del contratto*, A. di Majo, G.B. Ferri, M. Franzoni (a cura di), in *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, Torino, 2002, 456 “In talune recenti teorizzazioni è sembrato che il cordone con lo statuto tradizionale della nullità non dovesse interrompersi proprio in ragione di un nuovo modo di ri-definire la nullità, non in senso organicistico, secondo la logica della fattispecie, ma nel senso effettuale del «trattamento del negozio giuridicamente rilevante». In tale visuale allargata della nullità potrebbero anche trovare posto le nullità «di protezione». Se l’interesse del contraente è il leit-motiv della fattispecie, il trattamento che ne segue deve essere con ciò coerente. Ma si potrebbe essere sollecitati a meglio puntualizzare in senso sistemico le nullità «di protezione», definendole una forma di nullità alternativa a quella della nullità-sanzione e più vicine alla nullità-rimedio (in favore dell’un contraente). Una volta che si accoglie la forma della nullità-rimedio, a servizio dell’interesse particolare dell’un contraente, dovrà apparire del tutto coerente che la legittimazione a fare valere la nullità sia solo di esso e che comunque, anche colpita la clausola o parte del contratto, non ne sarà travolto l’intero. Non si tratta allora tanto di diversamente definire gli effetti del negozio rilevante – perché ciò equivarrebbe a dare una lettura meramente formale del fenomeno – ma di scorgere nella nullità un peculiare rimedio di tutela che, proprio perché a servizio di un interesse particolare, su questo è destinato a conformarsi”.



l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni della presente sezione. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

- 3) *Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili*, art.71, co. 1, c. cons. *Requisiti del contratto*, il contratto deve essere redatto per iscritto a pena di nullità; art. 76, co. 3, c. cons. *Obbligo di fideiussione*: delle fideiussioni deve farsi espressa menzione nel contratto a pena di nullità; art. 78, co. 1, c. cons. *Nullità di clausole contrattuali o patti aggiunti*: sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti previsti dal presente capo o di limitazione delle responsabilità previste a carico del venditore.
- 4) *Della vendita dei beni di consumo*, art. 134, co. 1, c. cons. *Carattere imperativo delle disposizioni*: è nullo ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti dal presente paragrafo. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.
- 5) *Servizi turistici*, art. 94, co. 3, c. cons. *Responsabilità per danni alla persona*: è nullo ogni accordo che stabilisca limiti di risarcimento per i danni derivanti alla persona dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.
- 6) *Responsabilità per danno da prodotti difettosi*, art. 124, co. 1, c. cons. *Clausole di esonero da responsabilità*: è nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità prevista dal presente titolo.

Sub lett. b):

- 1) *Contratti a distanza*, art. 52, co., c. cons. *Informazioni per il consumatore*: in caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto.

Sub *lett. a) e b)*:

1) *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, 67-septies-decies, co. 4, c. cons. *Sanzioni*: il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche; co. 5: la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto.

Il negozio nullo non produce alcun effetto giuridico. L'azione di nullità è a) imprescrittibile (art. 1422 codice civile); b) un'azione di mero accertamento, infatti, il negozio era già nullo *ab origine* e la sentenza che accoglie la domanda altro non fa che dichiararlo, senza modificare situazioni giuridiche preesistenti; c) la legittimazione attiva a far valere in giudizio la nullità spetta a "chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice" (art. 1421 codice civile). Il principio dell'assolutezza dell'azione di nullità vale "salvo diverse disposizioni di legge": è il caso della nullità *relativa*.

La maggior parte delle nullità speciali a tutela degli interessi del consumatore sono *relative* e rilevabili d'ufficio dal giudice.

## 2. *L'annullabilità*

L'annullabilità costituisce un'anomalia di minore gravità della nullità. "Il contrasto con l'ordinamento giuridico è meno profondo: in genere l'annullabilità deriva dall'inosservanza di regole che, pur dettate nell'interesse generale, mirano a proteggere particolarmente uno dei soggetti"<sup>154</sup> (incapacità del soggetto o vizi della volontà: errore, violenza, dolo, artt. 1425, 1427 codice civile).

---

<sup>154</sup> Torrente – Schlesinger, *Op. cit.*, 255.

“Il contratto può nascere privo di vizi strutturali ma nel contempo presentare vizi diversi, che attengono per lo più al profilo della consapevolezza e volontarietà dell’atto”<sup>155</sup>.

Un contratto annullabile produce tutti gli effetti a cui era diretto fino a quando la parte a cui spetta esercita l’azione di annullamento e questa viene accolta.

L’azione di annullabilità: a) se viene accolta la domanda, la sentenza avrà efficacia costitutiva, modificando la situazione giuridica preesistente attraverso l’eliminazione degli effetti prodotti dal contratto; b) la legittimazione attiva spetta solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (art. 1441, co. 1, codice civile); c) non può essere rilevata d’ufficio dal giudice; d) è soggetta a prescrizione, di regola quinquennale (art. 1442, co. 1). “Quando l’annullabilità dipende da vizio del consenso o da incapacità legale, il termine decorre dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l’errore o il dolo, è cessato lo stato d’interdizione o d’inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età (art. 1442, co. 2). Negli altri casi il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto (art. 1442, co. 3). L’annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l’esecuzione del contratto, anche se è prescritta l’azione per farla valere (art. 1442, co. 4); e) l’annullabilità è sempre sanabile, o attraverso la prescrizione dell’azione o attraverso la convalida (art. 1444 codice civile).

In caso di sentenza di accoglimento della domanda, l’annullabilità avrà efficacia *ex tunc*, con obbligo di restituire la prestazione eventualmente eseguita. L’azione per la restituzione della prestazione è l’azione di ripetizione dell’indebitato di cui all’art. 2033 codice civile.

### 3. *Il diritto di recesso*

La normativa europea assegna al consumatore il diritto di liberarsi dagli obblighi nascenti da un contratto concluso con un professionista, senza bisogno che ricorra alcun presupposto, vizio o altra anomalia nella fase di formazione del contratto.

---

<sup>155</sup> F. Gazzoni, *Op. cit.*, 932.

Il diritto consente al consumatore di sciogliere il contratto senza doverne giustificare le ragioni (l'art. 64 co. 1, c. cons.: “senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo”). La *ratio* su cui si fonda il rimedio del recesso è diversa a seconda del contratto a cui la legge si riferisce: la tutela della ponderazione del consumatore colto di sorpresa o condizionato da particolari situazioni ambientali nel caso di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, l'asimmetria informativa nel caso dei contratti a distanza, compresi quelli per la commercializzazione di servizi finanziari, di multiproprietà, di assicurazione sulla vita<sup>156</sup> e di credito al consumo<sup>157</sup>.

Il diritto di recesso si configura come un diritto di ripensamento sulla decisione presa, uno *jus poenitendi*<sup>158</sup>.

Il diritto di recesso si esercita inviando una comunicazione scritta a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno. L'art. 64, co. 3, c. cons. prevede un'eccezione all'invio della raccomandata a.r. nei soli casi di contratti fuori dai locali commerciali o a distanza, esclusi quelli per la vendita a distanza di servizi finanziari, “qualora espressamente previsto nell'offerta o nell'informazione concernente il diritto di recesso, in luogo di una specifica comunicazione è sufficiente la restituzione, entro il termine di cui al comma 1 (dieci giorni), della merce ricevuta”.

La decorrenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso è diverso per ciascuna fattispecie. Come diverso è il termine entro cui esercitare il diritto di recesso: dieci giorni per i contratti fuori dai locali commerciali, a distanza e di multiproprietà, quattordici giorni per i contratti di vendita a distanza di servizi finanziari e di credito al consumo, trenta giorni nel caso di assicurazione sulla vita.

Il venditore ha l'obbligo di comunicare al consumatore l'esistenza del diritto di recesso e nel caso di inosservanza di tale dovere informativo, il termine per l'esercizio di recesso aumenta.

---

<sup>156</sup> Direttiva 2002/83/CE, art. 35, ora art. 117 d.lgs. 209/2005 Codice delle Assicurazioni.

<sup>157</sup> La direttiva 2008/48/CE, all'art. 14, prevede il recesso del consumatore dai contratti di credito al consumo; ad oggi la direttiva non è stata ancora recepita nel nostro ordinamento.

<sup>158</sup> G. De Cristofaro, *La disciplina unitaria del “diritto di recesso”: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in I “*principi*” del diritto comunitario dei contratti, Torino, 2009, 351ss. Per un'analisi del recesso unilaterale dal contratto E. Ravera, *Il recesso*, Milano, 2004.

Ma sul punto occorre riportare il principio enunciato dalla Corte europea di giustizia nella sentenza *Heininger*<sup>159</sup>, in cui, interrogata dal giudice rimettente tedesco sulla compatibilità della fissazione di un termine massimo di un anno (previsto dalla legislazione tedesca) nel caso di violazione dell'obbligo di informare il consumatore sul diritto di recedere, si è pronunciata nel senso di dichiarare che “un limite del termine del diritto di recesso da parte di una legislazione nazionale è *incompatibile con il diritto comunitario*”. In questi casi, quindi, “il diritto di recesso dovrà essere riconosciuto al consumatore *sine die* o, almeno, sino all'integrale attuazione del programma contrattuale”<sup>160</sup>.

Sulle conseguenze della violazione dell'obbligo di informare il consumatore sul suo diritto di recedere dal contratto, ove normativamente previsto, la Corte europea di Giustizia<sup>161</sup> ha successivamente ribadito che il prolungamento del termine per l'esercizio del diritto di recesso non può “esaurire la tutela accordata al consumatore” [...] “dovendo in questo caso prevedersi negli ordinamenti nazionali anche misure idonee a sollevare il consumatore recedente dalle conseguenze dannose subite e a farle ricadere in capo al contraente che ha omesso l'informazione, in una logica dunque tutta interna alle regole di responsabilità contrattuale”<sup>162</sup>.

Dalle pronunce riportate si può trarre “conferma che nell'*acquis* comunitario non c'è posto per obblighi d'informazione non sanzionati da *rimedi civilistici, rectius*, destinati a spiegare effetti nel rapporto contrattuale; quanto dire che, dal punto vista del principio comunitario dell'*effetto utile*<sup>163</sup>, solo a tali rimedi potrà riconoscersi la natura

---

<sup>159</sup> C-481/99

<sup>160</sup> R. Alessi, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo e M. Mazzamuto (a cura di), Giuffrè, 2007, 406; G. Benacchio, *Diritto privato della comunità europea*, 4 ed., Padova, 2008, 122.

<sup>161</sup> C-350/03, C-229/04.

<sup>162</sup> R. Alessi, *Op. cit.*, 406.

<sup>163</sup> È il principio in base al quale una determinata norma deve essere interpretata, di preferenza, in modo da favorire il raggiungimento dell'obiettivo in essa prefissato. Tale principio è spesso utilizzato dalla Corte europea di giustizia, in particolare per affermare l'efficacia diretta di decisioni e direttive, oltre che, in generale, per garantire il funzionamento della Comunità. Strettamente correlato al principio dell'effetto utile, nonché strumentale al suo conseguimento, è il principio del primato del diritto comunitario elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In forza di questo principio, qualora si verifichi un caso di conflitto, di contraddizione o di incompatibilità tra norme di diritto comunitario e norme nazionali, queste ultime, anche se posteriori, sono disapplicate, senza che sia necessaria la richiesta della previa rimozione in via legi-

di *sanzioni immanenti allo scopo* quando si tratti di presidiare il diritto all'informazione"<sup>164</sup>.

In merito alla natura del diritto di recesso si deve dare atto che il legislatore comunitario non ha specificato nulla a riguardo e la dottrina ancora una volta si è interrogata, proponendo diverse soluzioni: “ora come diritto di sciogliere unilateralmente, con effetto *ex nunc*, un rapporto contrattuale già validamente ed efficacemente instaurato, diritto esercitabile soltanto posteriormente alla formazione del relativo accordo; ora come diritto di porre fine ad un vincolo contrattuale validamente ed efficacemente sorto, eliminando le relative conseguenze giuridiche con effetto *ex tunc*; ora come diritto di sciogliere un contratto già validamente concluso (e quindi vincolante per le parti) ma non ancora produttivo di effetti; ora, infine, come diritto del consumatore di revocare la dichiarazione (proposta o accettazione) emessa in vista della stipulazione del contratto, evitando in tal modo la stessa conclusione dell'accordo, fattispecie a formazione progressiva da considerarsi ancora in itinere (nonostante l'incontro delle volontà delle parti eventualmente già verificatosi) fino alla scadenza del termine concesso al consumatore per l'esercizio dello *ius poenitendi*"<sup>165</sup>.

#### 4. *La responsabilità precontrattuale e la distinzione tra regole di comportamento-responsabilità e di validità*

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (art. 1337 del codice civile).

---

slativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale, Ed. Giuridiche Simone, Dizionari Online.

<sup>164</sup> R. Alessi, *Op. cit.*, 407, l'Autore cita H.P. Schwintowski, *Informationspflichten und effet utile*, in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire* (R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit a cura di), Tubingen, 2003, 267.

<sup>165</sup> G. De Cristofaro, *Op. cit.* 362.

La buona fede è il dovere delle parti contraenti di comportarsi con correttezza e lealtà<sup>166</sup>.

La clausola generale di buona fede “é, propriamente, diritto giurisprudenziale: applicazione di *regulae iuris* create dal giudice, a ciò abilitato dalla legge”<sup>167</sup>.

Nella fase delle trattative, che qui interessa, il dovere di buona fede “assume il carattere del dovere d’informare di una parte nei confronti dell’altra”<sup>168</sup>: si parla in questo caso di buona fede contrattuale o oggettiva<sup>169</sup>.

Per la dottrina la clausola generale di buona fede sottende un *principio di solidarietà* tra le parti cui è affidata l’attuazione del “programma solidaristico e della garanzia di uguaglianza sostanziale (cfr. artt.2 e 3, comma 2° Cost.)”<sup>170</sup> propri della Costituzione e che “si impone come limite all’attività dei privati”<sup>171</sup> per regolare la congruità e l’equità del contratto in presenza di “disparità socio-economiche”<sup>172</sup>.

Parte della dottrina intende il principio di buona fede come principio di ordine pubblico<sup>173</sup> che “impone alle parti contraenti di tendere (anche) alla realizzazione dell’interesse della controparte (nei limiti di un apprezzabile sacrificio)”<sup>174</sup>.

---

<sup>166</sup> F. Galgano, *Op. cit.*, 547.

<sup>167</sup> F. Galgano, *Op. cit.*, 549.

<sup>168</sup> F. Galgano, *Op. cit.*, 550.

<sup>169</sup> Per una possibile definizione di buona fede contrattuale, citata in F. Galgano, *Op. cit.*, 548: “la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all’altra parte, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto in contenuto della buona fede” Cass. Civ. 18.2.1986 n. 960.

<sup>170</sup> A. Spadafora, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, in Studi di Diritto Privato, Collana diretta da F.D. Busnelli-V.Patti-V.Scalisi-P-Zatti, Giappichelli, Torino, 2007, 248.

<sup>171</sup> S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 115.

<sup>172</sup> A. Spadafora, *Op. cit.*, 248. A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, di Andrea D’Angelo, Pier Giuseppe Monateri, Alessandro Somma; con la collaborazione di Claudia Amodio, Torino, Giappichelli, 2005. A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè, 2000.

<sup>173</sup> C.M. Bianca, *Il contratto, cit.*, 474. “Pur se riferita al momento esecutivo la buona fede rileva come fonte primaria d’integrazione del rapporto, prevalente anche sulle determinazioni contrattuali. In tal senso depone a il suo valore di ordine pubblico. La buona fede rappresenta infatti uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale, e il fondamento etico che le viene riconosciuto trova rispondenza nell’idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume”.

<sup>174</sup> D. Russo, *Sull’equità dei contratti*, Napoli, 2001, 57.

La giurisprudenza assegna alla buona fede, il cui ambito di applicazione rimane circoscritto “all’esecuzione del programma contrattuale, un ruolo “integrativo”, [...] chiamata ad individuare quegli obblighi accessori positivi e negativi reciprocamente esigibili dalle parti in quanto funzionali alla realizzazione degli interessi contrattuali e nei limiti di un “apprezzabile sacrificio” degli stessi”<sup>175</sup>.

Altro significato, tipizzato dalla giurisprudenza, è l’ingiustificata rottura delle trattative che segue questi orientamenti: “a) le parti, sia pure in sede di semplici trattative, le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto che si propongono o sperano di stipulare; b) è, invece, irrilevante, l’eventuale breve durata od il numero minimo degli incontri intervenuti tra le parti, ove l’interruzione ad opera di una delle parti risulti comunque priva di ogni ragione giustificativa [...]; c) non c’è giusta causa di recesso se il recedente adduce circostanze già note all’inizio della trattativa o conoscibili con l’ordinaria diligenza; d) c’è giusta causa di recesso se una parte si avvede di essere stata indotta alla trattativa dal dolo dell’altra parte [...]”<sup>176</sup>.

La violazione del dovere di buona fede nel caso di danno alla controparte fa scattare il rimedio risarcitorio. La fonte è individuata dalla giurisprudenza in un fatto illecito è perciò considerata una forma di responsabilità aquiliana<sup>177</sup>.

La regola della buona fede non opera solo nel caso di mancata conclusione del contratto o di contratto concluso ma invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido ma pregiudizievole per la parte vittima delle scorrettezze della controparte<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> D. Russo, *Op. cit.*, 57. Cass. Civ. 9.3.1991, n. 2503 Foro It., 1991, I, 2077 nota di G. Bellentuno, in *Corriere Giur.*, 1991, 789 nota di A. Di Majo; Cass. Civ. 20.4.1994 n. 3775, Cass. Civ. 26.10.1995 n. 11151.

<sup>176</sup> F. Galgano, *Op. cit.*, 551.

<sup>177</sup> F. Galgano, *Op. cit.*, 552.

<sup>178</sup> Cass. civ. Sez. III Sent., 08-10-2008, n. 24795, “La regola posta dall’art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l’ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il con-



Sul piano dei rimedi occorre riportare i recenti dibattiti della dottrina sul tema della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel nostro codice civile e dei relativi rimedi applicabili in caso di violazione delle une o delle altre.

Rientrano tra le regole di comportamento i doveri informativi posti a carico del professionista. Il rimedio esperibile in caso di loro violazione è il risarcimento del danno in conseguenza della violazione della clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 del codice civile se la violazione ha interessato la fase precontrattuale, altrimenti si agirà per la risoluzione del contratto per inadempimento. Si ragiona in merito ai casi in cui la violazione di un dovere d'informare in fase precontrattuale possa comportare rimedi più decisivi, quali la nullità, in particolare, la nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1 codice civile. Fatta eccezione per i casi in cui la comminatoria di nullità derivi direttamente dalla legge (ad es. art. 52, c. cons.) caso disciplinato dal co. 3 dello stesso articolo 1418 codice civile.

Sono regole di validità quelle tradizionalmente poste a tutela della struttura e del contenuto del contratto. Si fa riferimento in questo caso all'art. 1418 del codice civile e alle ipotesi di nullità ivi previste.

In conseguenza di azioni giudiziali intraprese da alcuni consumatori per recuperare le perdite subite a causa dei vari *crack* finanziari di alcuni grandi società o governi<sup>179</sup>, la Corte di Cassazione, è stata investita della questione se la violazione di doveri informativi in fase precontrattuale potesse determinare la nullità del contratto ex art. 1418, co. 1 del codice civile. La Corte con due sentenze a Sezioni Unite<sup>180</sup>, ha ri-

---

tratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto. (In applicazione del riportato principio, la S.C. ha confermato la sentenza dei giudici di merito per i quali costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli artt. 1337 e 1338 cod. civ. il comportamento di una società di leasing che aveva omesso di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione delle agevolazioni fiscali di cui alla legge n. 341 del 1995 e, anzi, aveva fornito assicurazioni circa la possibilità di far ricorso alle dette agevolazioni, per le quali la controparte medesima si era indotta alla stipula del contratto di locazione finanziaria)"; Mass. Giur. It., 2008, CED Cassazione, 2008, Contratti, 2009, 1, 65.

<sup>179</sup>Per una disamina delle decisioni dei Tribunali di merito sul tema si veda M. Dellacasa, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e Resp.*, 2005, 12, 1225.

<sup>180</sup> Cass. Civ. Sez. Unite, 19.12.2007, n. 26724 e 26725. F. Prosperi, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass, sez. un, 19 dicembre 2007, nn 26724 e 26725)*, in *Contr. e Impr.*, 2008, 4-5, 936. V. Calderai, *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009, 27, 2, 233.

badito un proprio orientamento in maniera netta: a) “la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti”; b) “può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto” d’intermediazione finanziaria in questione; c) “in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell’art. 1418, primo comma, codice civile, la nullità del contratto d’intermediazione o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso”<sup>181</sup>.

Si riportano due ulteriori massime da cui è possibile ricavare l’insieme dei rimedi esperibili in caso di violazione di obblighi informativi nella fase precontrattuale e la conferma della regola posta a fondamento dell’art. 1418, co. 1, codice civile della necessaria incidenza delle violazioni sulla struttura e sul contenuto del contratto per la comminatoria di nullità:

- a) ancorché la condotta precontrattuale e l’esecuzione del contratto poste in violazione dei principi di buona fede e correttezza non siano suscettibili di cagionare la nullità del contratto, l’intermediario finanziario è comunque tenuto a risarcire il danno procurato sotto il profilo della responsabilità precontrattuale ovvero contrattuale, dalla quale può altresì discendere il diritto ad ottenere la risoluzione oppure l’annullamento del contratto in presenza di vizi del consenso manifestato dal contraente<sup>182</sup>;
- b) nell’attuale contesto normativo, la violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari non è di per sé sufficiente per determinare la nulli-

---

<sup>181</sup> Cass. civ. Sez. Unite Sent., 19-12-2007, n. 26724 in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525 nota di Roppo, Bonaccorsi.

<sup>182</sup> Cass. Civ. Sez. Unite, 19.12.2007 n. 26724 in *Fisco on line*, 2008.

tà dei contratti conclusi con il risparmiatore. A tale fine, non può invocarsi la mancanza dell'accordo delle parti, con conseguente nullità del contratto ex art. 1418, secondo comma, c.c., per effetto dell'inottemperanza ai doveri di comportamento dell'intermediario, né il carattere imperativo dell'art. 6 della legge n. 1 del 1991 – ai sensi dell'art. 1418, primo comma c.c. -, in quanto tale invalidità postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto<sup>183</sup>.

“La stessa Corte, comunque, in merito all'incidenza dei doveri di comportamento sulla validità dell'atto riconosce la tendenza propria del diritto europeo che tende a superare la differenza tra regole di comportamento e regole di validità: “nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto [...] non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile”<sup>184</sup>.

“Le Sezioni Unite, pur dando atto della possibilità «che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale », ha cura di sottolineare la necessità di valutare ciascuna delle innovazioni legislative con «molta cautela», anche in considerazione del «carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione»: la cautela è tanto più necessaria allorché si intenda «ricavare da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni ». L'esistenza di specifiche previsioni che diano rilievo a comportamenti scorretti di una parte, elevando la relativa proibizione al rango di norme di validità dell'atto, vale a collocarle non nel novero delle nullità virtuali di cui al primo comma dell'art. 1148 c.c., ma nell'ambito delle nullità testuali contemplate nel terzo comma,

---

<sup>183</sup> Cass. Civ. Sez. Unite, 19.12.2007 n. 26724 in Fisco on line, 2008.

<sup>184</sup> Citazione con commento di V. Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 223.

costituenti, pur sempre, «disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle così dette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali»<sup>185</sup>.

Alle pronunce non sono mancate le critiche tutte volte a considerare come, anche in ragione del diritto comunitario, il confine tra regole di validità e comportamento si stia affievolendo e come si possa, a determinate condizioni, arrivare anche ad affermare che la violazione di regole di comportamento in fase precontrattuale possa avere incidenza sugli “elementi intrinseci del contratto” comportandone la nullità “virtuale”: a) vi è chi premettendo che “la nullità ex art. 1418, comma 1°, è stata, nell'ultimo periodo, uno degli strumenti mediante i quali la Cassazione ha esercitato quella funzione che essa stessa ha definito come di “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”, diretto ad attuare la giustizia del contratto, ossia la congruità fra le prestazioni contrattuali”<sup>186</sup>, fa riferimento ai casi di violazione del canone di buona fede che “elevato al rango di norma imperativa determina la nullità delle clausole che il contraente forte impone al contraente debole”<sup>187</sup> nel caso della disciplina dei contratti con i consumatori di cui agli artt. 33ss del c. cons., per giungere ad analoga conclusione “in materia di intermediazione finanziaria, muovendo dall'art. 21, lett. a), del Testo unico, che nella prestazione dei servizi di investimento impone agli intermediari di “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati”<sup>188</sup>. b) vi è chi, nella prospettiva del diritto europeo, ritiene la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento già superata, nei casi in cui oggetto delle comunicazioni informative siano le condizioni e il contenuto del contratto in grado, quindi, di incidere sulla sua struttura<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> V. Mariconda, *Op. cit.*

<sup>186</sup>F. Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e Impr.*, 2008, 1, 1.

<sup>187</sup> F. Galgano, *Op. da ultimo cit.*; V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 48.

<sup>188</sup> F. Galgano, *Op. da ultimo cit.*

<sup>189</sup> R. Alessi, *Op. cit.*, 442.

Anche la normativa antitrust e le sue violazioni “è un campo che pullula di nullità dipendenti - contro lo schema tradizionale – da variabili esterne al contratto”<sup>190</sup>.

Le diverse posizioni hanno cercato di dare soluzione al problema di comprendere fino a che punto elementi esterni, collocabili ad esempio nella fase precontrattuale, possano invadere il contratto fino a renderlo nullo, e allo scopo di “non privare di senso il primo comma dell’art. 1418, c.c. e a non ridurlo come di fatto è avvenuto, a inutile duplicazione del comma successivo” si spiega che è necessario ricostruire il regolamento contrattuale avendo a riferimento “*il c.d. punto di vista esterno*” al contratto cioè la “situazione complessiva” in cui il contratto è nato<sup>191</sup>; la “situazione complessiva” ha efficacia costitutiva del contratto, compresi gli obblighi informativi: “di qui la nullità, anche a prescindere da una espressa previsione normativa in tal senso”<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> V. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 49.

<sup>191</sup> V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 853.

<sup>192</sup> V. Scalisi, *Op. cit.*, 853.



## CAPITOLO IX

### GLI OBBLIGHI INFORMATIVI E I RIMEDI NEI PRINCIPI *ACQUIS*

I *Principles of the Existing EC Contract Law – Acquis Principles*<sup>193</sup> o Principi del vigente diritto comunitario dei contratti, in breve *Principi Acquis*, è la raccolta del diritto comunitario vigente in materia di contratti.

Si differenziano dai *Principles of European Contract Law*<sup>194</sup> perchè questi ultimi tengono conto solo delle tradizioni giuridiche nazionali.

I Principi *Acquis*, non hanno valore normativo e raccolgono le normative settoriali vigenti a livello comunitario (direttive e decisioni della Corte di giustizia).

Il loro obiettivo è di porsi quale “punto di riferimento per la creazione del diritto comunitario, per la sua trasposizione negli ordinamenti interni degli Stati membri e per la sua interpretazione”<sup>195</sup>.

Successivamente, la Commissione europea, con l'adozione del Piano d'Azione per una “Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo”<sup>196</sup>, affida il lavoro di raccolta nel *Common Frame of Reference – CFR* sia dei “principi comuni alle legislazioni nazionali degli Stati membri enucleati e ricostruiti con il metodo comparatistico, secondo il modello della Commissione Lando, che i principi attualmente esistenti nel diritto comunitario in materia di contratti, individuati attraverso l'analisi della normativa Ce vigente, secondo il modello *acquis*”<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup>Gruppo di studio accademico coordinato dal prof. Hans Schulte-Nölke dell'Università di Osna-brück.

<sup>194</sup> Redatti dalla Commissione Lando e la versione aggiornata approntata dal c.d. *Study group on a European Civil Code* guidato da Christian Von Bar.

<sup>195</sup> G. De Cristofaro, *Premessa*, in I “*principi*” del diritto comunitario dei contratti, G. De Cristofaro (a cura di) Torino, 2009, XX.

<sup>196</sup> COM (2003) 68 def. (G.U.C.E. 2003, C 63, 1).

<sup>197</sup> Reiner Schulze, I principi *Acquis*. Situazione attuale e prospettive future della ricerca, in I “*principi*” del diritto comunitario dei contratti, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2009, 7.

I Principi *Acquis* e i principi ricavati dalla comparazione giuridica delle legislazioni nazionali si sono “riflessi nel “progetto di quadro comune di riferimento” (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*)”<sup>198</sup>.

Gli obblighi informativi precontrattuali nei Principi *Acquis* rilevano sotto un duplice piano: gli obblighi di condotta e i rimedi.

Si precisa per i rimedi che “anche in assenza di dati normativi testuali, sono state individuate tecniche di disciplina reputate adeguate alle esigenze di tutela, sulla scorta delle decisioni della Corte di giustizia e, comunque, in applicazione del c.d. “effetto utile”<sup>199</sup>.

Sul piano comportamentale, “gli obblighi informativi precontrattuali sono fondati su tre modelli normativi: il primo si applica a tutti i contratti di fornitura di beni e servizi, deriva dalla disciplina della vendita dei beni di consumo (art. 2:201 ACQP); il secondo, riferito ai contratti tra professionisti e consumatori, modellato sulla disciplina delle pratiche commerciali sleali (art. 2:202 ACQP); il terzo, riferito ai contratti tra professionisti e consumatori svantaggiati, con forte asimmetria informativa quindi, in cui viene proposta una sintesi desunta dal complesso delle direttive settoriali sugli obblighi informativi (artt. 2:203 ss. ACQP)”<sup>200</sup>.

I rimedi scattano sia nel caso di mancata o inesatta informazione che nel caso di vizi di forma dell’informazione (art. 2:206, co. 4, ACQP). Se il contratto non è stato stipulato la violazione degli obblighi informativi legittima il risarcimento dei danni (art. 2:207, co. 2, ACQP). Se il contratto si è concluso, dall’inadempimento degli obblighi informativi scaturiscono obbligazioni dal contenuto conforme a quanto l’altra parte avrebbe potuto ragionevolmente attendersi in conseguenza della mancanza o dell’inesattezza delle informazioni (art. 2:207, co. 3, ACQP). Oltre alle discipline su riportate, si aggiunge un’ulteriore tutela per i consumatori, prevedendo che il termine per l’eventuale diritto di recesso inizi a decorrere soltanto dal momento in cui tutte le informazioni siano state fornite (quelle di cui agli artt. 2:203 *Obblighi informativi nei confronti di consumatori svantaggiati*, 2:204 *Obblighi informativi nel caso di comunicazioni*

---

<sup>198</sup> Reiner Schulze, *Op. cit.*, 10.

<sup>199</sup> U. Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali d’informazione*, in I “*principi*” del diritto comunitario dei contratti, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2009, 243.

<sup>200</sup> U. Salanitro, *Op. cit.*, 243.



*in tempo reale* e 2:205 *Obblighi informativi nel caso di contratti conclusi con mezzi elettronici*), purché non sia ancora trascorso un anno dalla stipulazione del contratto (art. 2:207, co. 1, ACQP)

Il primo modello si applica a tutti i contratti con fornitura di beni e servizi anche se conclusi tra professionisti o anche nel caso in cui il fornitore non sia un professionista. In questo caso l'obbligo di fornire beni e servizi con standard medi di qualità e prestazione (presunzione di conformità al contratto) viene trasformato in un dovere di informazione<sup>201</sup>.

Anche nei Principi *Acquis* opera il principio generale di comportarsi secondo buona fede nelle trattative (art. 2:101 – 2:103 ACQP) da cui scaturisce il diritto al risarcimento in caso di sua violazione (art. 2:103, co. 2, ACQP).

“In siffatte discipline gli obblighi informativi non appaiono soltanto funzionali a sottrarre la controparte da una condizione di errore o di ignoranza, ma svolgono una funzione di particolare affidamento per cui se ne richiede l'adempimento a prescindere dalla consapevolezza o meno della controparte”<sup>202</sup>

Il secondo modello normativo trova fondamento nell'art. 2:202 ACQP e si applica solamente ai contratti tra professionisti e consumatori.

La disciplina di riferimento è quella delle pratiche commerciali scorrette dove l'obbligo informativo si riferisce espressamente, anche, alla fase delle trattative e riguarda ogni informazione rilevante per assumere una decisione contrattuale, tenendo conto delle circostanze e i mezzi impiegati.

La disciplina non è altro che la riformulazione in termini di obblighi di informazione della norma che vieta le omissioni ingannevoli in seno alla disciplina delle pratiche commerciali sleali<sup>203</sup>.

Infine le regole particolari per gli obblighi informativi rivolti a consumatori svantaggiati (*condizione di grave deficit informativo* secondo l'art. 2:203, co. 1, ACQP) prevedono maggiori elementi da comunicare tra cui le clausole contrattuali, i diritti e gli obblighi che scaturiscono dal contratto e le procedure per l'esercizio dei rimedi.

---

<sup>201</sup> U. Salanitro, *Op. cit.*, 246.

<sup>202</sup> U. Salanitro, *Op. cit.*, 247.

<sup>203</sup> U. Salanitro, *Op. cit.*, 249.

Lo stesso comma stabilisce che queste informazioni debbano essere fornite al più tardi in occasione della stipulazione del contratto.

Il co. 2 dell'art. 2:203 prevede che eventuali obblighi informativi più dettagliati prevalgano sui generali di cui al co. 1.

L'art. 2.204 disciplina gli obblighi informativi nel caso di comunicazione in tempo reale (ad esempio il c.d. *teleselling*) e, conformemente alla direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza, è fatto obbligo, dal co. 1, al professionista di esplicitare subito la propria identità e lo scopo commerciale (fattispecie la cui violazione comporta per il c. cons. la nullità). Importante la previsione del co. 3 che fa gravare sul professionista l'onere di fornire la prova dell'avvenuta ricezione, da parte del consumatore, delle informazioni di cui al co. 1 (si presume attraverso il ricorso alla registrazione vocale, con i conseguenti adempimenti in materia di Privacy).

## CAPITOLO X

### CONCLUSIONI

#### 1. *A mo' di conclusioni: il benessere del consumatore nella politica comunitaria per il mercato*

Si sono volute comprendere le possibili patologie del processo di formazione del consenso del consumatore, consapevole delle potenzialità dei contratti di consumo di veicolare il rispetto dei diritti fondamentali della persona<sup>204</sup>.

Certa autorevole dottrina parla di “un nuovo costituzionalismo dei privatisti”<sup>205</sup> e il dibattito sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo continua<sup>206</sup>, nell’obiettivo di “affidare al contratto compiti di giustizia correttiva e distributiva, di protezione della persona, di efficiente allocazione delle risorse che un tempo spettavano esclusivamente al legislatore”<sup>207</sup>. Il contratto, così, si qualifica come un “accordo regolato” per “armonizzare” il principio della libertà contrattuale delle parti con gli “interessi tutelati dalla sfera pubblica”<sup>208</sup>.

Senza essere in grado, in questa sede, di dare compiuta trattazione a ciascuno dei temi ora riportati, si crede che la protezione della persona debba porsi quale possibile, non unica certo, chiave di lettura dei valori e dei principi sottesi alla “regola gene-

---

<sup>204</sup> Contenuti nelle Costituzioni nazionali nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE e nel Trattato di Lisbona.

<sup>205</sup> S. Rodotà, *Editoriale su un nuovo costituzionalismo dei privatisti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, vol. 25, n. 2, 3. U. Mattei, *Per un fronte costituzionale nel diritto privato. Intorno all’editoriale di Stefano Rodotà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, Vol. 25, n. 2, 325-330.

<sup>206</sup> Study Group on Social Justice in European Private Law, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, in *European Law Journal*, Vol. 10, No. 6, November 2004, pp. 653–674. A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Crit. del Dir. Priv.*, 2005, 75/97. A. Somma, “*Il diritto privato liberista. Riflessioni sul tema dell’autonomia privata*”, in *Persona e danno*, Paolo Cendon (a cura di), 24 aprile 2009. V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 25, 4, 599-609.

<sup>207</sup> G. Alpa, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 2008, 26, 4, 572.

<sup>208</sup> G. Alpa, *Op. cit.*, 573.

ralissima” del consenso “valido solo se pienamente informato, adeguatamente ponderato e liberamente espresso”<sup>209</sup>.

Quantomeno, questo si crede sia quello che le persone, nella veste di consumatori, chiedono. Imprescindibile, per una possibile conferma dell’assunto, dovrebbe essere l’approccio empirico, riferendosi non propriamente od esclusivamente all’economia sperimentale o ad altre discipline specialistiche, economiche o giuridiche, in grado di fornire elementi “certi” alle aziende per orientare l’offerta dei loro prodotti, quanto piuttosto ai *reclami* dei consumatori<sup>210</sup>.

L’effettività della tutela dei consumatori va misurata nella quotidianità, quindi per via extragiudiziale; giudiziale nella forma e con gli strumenti propri della tutela collettiva dei loro interessi. È improbabile o, quantomeno, percentualmente irrilevante, che il consumatore singolo percorra la via giudiziale per esercitare ad esempio l’azione di annullamento del contratto viziato perché indotto in errore dal professionista, questo ad evidenziare l’importanza e la valenza politica<sup>211</sup>, da un lato, di ri-

---

<sup>209</sup> R. Sacco (De Nova), *Op. cit.* A. Gianola, *Op. cit.*, 657, a proposito di *Vizio o ingiustizia contrattuale?*, “Un altro elemento che appare giocare un ruolo rilevante nella costruzione del vizio è l’ingiustizia contrattuale. Il tema richiede una precisazione preliminare. Il contratto concluso da colui che esprime un consenso viziato è di per sé un contratto pregiudizievole per la vittima del turbamento della volontà poiché in assenza di quell’anomalia essa non avrebbe voluto quel contratto oppure lo avrebbe voluto ma con contenuto diverso. Oltre tale profilo squisitamente soggettivo, il contratto viziato può risultare oggettivamente squilibrato a sfavore della parte che ha espresso il consenso viziato. Dal punto di vista operativo, il pregiudizio oggettivo può intervenire lungo due diverse direttrici: elemento costitutivo del vizio oppure elemento condizionante i rimedi restitutori”.

<sup>210</sup> *Monitoraggio dei risultati relativi ai consumatori nel mercato unico: la Pagella dei Mercati dei Beni al Consumo COM(2008) 31 4.1.1. Reclami* I dati sui reclami dei consumatori sono considerati il principe degli indicatori di funzionamento dei mercati dei beni di consumo e sono considerati in diversi Stati membri e paesi terzi come un indicatore fondamentale. La tendenza a presentare reclami varia da un paese e da un settore all’altro a seconda delle tradizioni nella tutela dei consumatori e delle percezioni quanto alle probabilità di successo, per cui i livelli di reclamo devono essere interpretati unitamente ad altri indicatori. Un quadro esauriente e comparabile dei reclami per tutti i settori di prodotti e servizi e per tutta l’UE sarebbe uno strumento potente. Nel 2008 si pubblicherà un documento di consultazione che chiederà il parere di tutti gli enti responsabili del trattamento dei reclami nell’UE sul modo di arrivare a un sistema più armonizzato di classificazione dei reclami. La Commissione europea riconosce che *un quadro esauriente e comparabile dei reclami per tutti i settori di prodotti e servizi e per tutta l’UE sarebbe uno strumento potente*. Si veda, per lo stato dei lavori, la *Comunicazione della Commissione relativa a una metodologia armonizzata per la classificazione e la notifica dei reclami e delle richieste dei consumatori COM(2009) 346 definitivo*; presumibilmente per aprile 2010 la Commissione adotterà una Raccomandazione sull’armonizzazione dei metodi di gestione dei reclami.

<sup>211</sup> Di governo degli effetti del contratto che passa attraverso invalidità e inefficacia parla V. Scalisi, *Op. cit.*

medi contrattuali forti quali le nullità “speciali o “di protezione” nei rapporti tra i consumatori e i legali dei professionisti o rimedi esperibili extragiudizialmente<sup>212</sup>, e dall’altro, il rispetto dei principi fondamentali della persona nell’esercizio della libertà di iniziativa economica, considerata la forza esercitata sulle stesse dal mercato.

A mo’ di riflessione, il preservare l’accordo avvantaggia unicamente il professionista e non interessa al consumatore in tutti i casi in cui è tradita la sua fiducia e nei casi in cui trovi un prodotto o un servizio con migliore rapporto qualità-prezzo. Si crede, inoltre, che anche un comportamento negligente del professionista in fase precontrattuale non interessi al consumatore, in termini di preservazione del contratto concluso, se foriero di pregiudizi.

Tra gli indicatori del benessere del consumatore, *rectius* del mercato, vi è lo *switch*<sup>213</sup>: il cambio di fornitore, scappar via, premiare chi offre condizioni e prodotti migliori o chi non tradisce la fiducia del consumatore: il consumatore avrà sempre bisogno di prodotti e di servizi (e quindi il sistema-mercato è salvo!) e il rapporto contrattuale troverà stabilità in presenza di condizioni economico-qualitative migliori.

---

<sup>212</sup> G. De Cristofaro, *La disciplina unitaria del “diritto di recesso”*, in *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 376 in nota 56, “Merita di essere ricordato che in diversi Stati UE (ad es. la Germania) l’annullamento di un contratto concluso per effetto di dolo, violenza o errore non postula necessariamente (come avviene in Italia) la proposizione di una domanda giudiziale, ma può essere ottenuto mediante una semplice dichiarazione stragiudiziale unilaterale della parte legittimata a far valere l’annullabilità del negozio”. A. Gianola, *Op. cit.*, 418, “l’alinea 1 del § 143 BGB, richiede un atto unilaterale recettizio, non occorre una azione giudiziale a differenza di quanto accade nell’area franco-italiana, ove l’annullamento del contratto per errore richiede il ricorso all’autorità giudiziaria”.

<sup>213</sup> *Monitoraggio dei risultati relativi ai consumatori nel mercato unico: la Pagella dei Mercati dei Beni al Consumo COM(2008) 31*, 4.1.4. L’interscambiabilità (il cambiamento del fornitore) da parte dei consumatori è un indicatore importante sia della scelta a disposizione dei consumatori stessi sia della loro capacità di esercitare tale scelta (a seconda della trasparenza dei mercati, degli ostacoli incontrati, etc.). La tendenza dei consumatori a cambiare è fondamentale per il successo della liberalizzazione dei servizi di rete. Dati UE sugli atteggiamenti in materia d’interscambiabilità esistono solo per un numero limitato di servizi d’interesse generale e per certi Stati membri. I lavori futuri si concentreranno sull’estensione degli indicatori ad altri servizi di primaria importanza e sull’esame dei costi del cambiamento e della percezione relativa alla facilità di tale cambiamento.

“La politica comunitaria a favore dei consumatori può fare molto per spostare l’orientamento della regolamentazione verso risultati più interessanti per i consumatori”<sup>214</sup>.

È difficile che il consumatore abbia interesse a continuare un rapporto contrattuale concluso con l’inganno del professionista o a seguito di reticenze o a condizioni economiche sconvenienti. Tenderà a punire la controparte sciogliendo il contratto, dando i propri denari ad altro fornitore.

La politica comunitaria<sup>215</sup> vuole *maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela più efficace*.

Nel documento politico comunitario 2007-2013, il termine benessere del consumatore compare ben sette volte, a differenza di quanto è successo per gli ultimi due programmi politici che hanno coperto gli anni 1999-2006<sup>216</sup> dove il termine benessere del consumatore è stato impiegato una sola volta.

Nel documento politico ultimo si fa riferimento anche al cittadino: *per migliorare il funzionamento dei mercati dei consumatori bisogna non solo affrontare il problema della frammentazione del mercato interno, ma anche conferirgli un più deciso orientamento verso il consumatore. I risultati finali per i consumatori in termini economici e non solo saranno il metro di giudizio per stabilire se i mercati riescono a soddisfare le aspettative dei cittadini*.

E ancora: *i mercati che rispondono con maggiore efficienza alla domanda dei consumatori otterranno risultati migliori in termini di competitività e innovazione e saranno più in sintonia con la vita e gli obiettivi dei cittadini dell’UE*.

In merito ai servizi universali essa può inoltre affrontare le insufficienze del mercato che nuocciono al benessere del consumatore e all’inclusione sociale ed economica, garantendo l’accesso ai servizi essenziali a prezzi sostenibili. La politica dei consumatori, inoltre, può anche contribuire a garantire i valori centrali europei di equità, apertura, solidarietà, sostenibilità e trasparenza e ad esportarli nel resto del mondo.

Cosa intenda la Commissione europea per benessere è chiarito dalla priorità n. 2 delle tre azioni programmate: *promuovere il benessere dei consumatori dell’UE in termini di*

---

<sup>214</sup> *Strategia per la politica dei consumatori dell’UE 2007-2013* COM(2007) 99.

<sup>215</sup> *Strategia per la politica dei consumatori dell’UE 2007-2013* COM(2007) 99.

<sup>216</sup> *Strategia della politica dei consumatori 2002-2006* [COM(2002) 208 def.] (GUCE 2002/C 137/02); *Politica comunitaria dei consumatori 1999-2001* (GUCE 1999/C 206/01).

*prezzi, scelta, qualità, diversità, accessibilità e sicurezza. Il benessere dei consumatori è il centro vitale di mercati funzionanti correttamente: i valori e i principi fondamentali passeranno da questi canali*<sup>217</sup>.

Ciò che interessa per ora è il fatto che la Commissione europea, nel dichiarare i suoi intenti politici, confessa di non conoscere il lato della domanda, non conosce il livello di soddisfazione del consumatore, non sa, in sostanza se gli strumenti giuridici posti a loro tutela siano per loro efficaci, o quali altri debbano essere approntati: questo perché non li ha mai analizzati nella fase vitale della quotidianità.

Alla Commissione europea mancano strumenti di valutazione del lato della domanda e vuole: a) monitorare i reclami attraverso il censimento di tutti coloro che gestiscono reclami dei consumatori<sup>218</sup>, aziende escluse e b) conoscere, attraverso studi, le dinamiche caratterizzanti ciascun singolo mercato<sup>219</sup>.

Sarà un momento importante nel processo storico-politico della tutela del consumatore e sarà opportuno che il processo venga presidiato da menti illuminate e persone capaci, per far emergere e comprendere, ad esempio, quanto corrisponda alla realtà che “l’intera vicenda negoziale” debba configurarsi “come l’incontro tra la

---

<sup>217</sup> Per approfondimenti sul *welfarismo* nel diritto europeo dei contratti si veda T. Wilhelmsson, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, A Somma (a cura di), Torino, 2007, 267. Per approfondimenti su l tema *consumer citizenship* si veda Victoria Thoresen, in *Consumer Citizenship Education Guidelines*, Vol. 1 Higher Education, Hamar, Norway, 2005, liberamente consultabile qui [www.hihm.no/concit](http://www.hihm.no/concit): “A consumer citizen is an individual who makes choices based on ethical, social, economic and ecological considerations. The consumer citizen actively contributes to the maintenance of just and sustainable development by caring and acting responsibly on family, national and global levels”, e ancora “Consumer citizenship education encompasses attitudes, knowledge and skills connected to functioning in today’s society. It is responsibility learning which aims to contribute to the individual’s ability to manage his own life as well as participating in the stewardship of the global society’s collective life. Consumer citizenship education is interdisciplinary and cross curricular”.

<sup>218</sup> Comunicazione della Commissione relativa a una metodologia armonizzata per la classificazione e la notifica dei reclami e delle richieste dei consumatori COM(2009) 346 definitivo e Draft Commission Recommendation SEC(2009) 949.

<sup>219</sup> Con il bando di gara *sub* n° SANCO/2009/B1/011 del 25 luglio 2009, con cui la CE – Dg Sanco intende appaltare la ricerca dal titolo “*Consumer decision-making in retail investment services: a Behavioural Economics perspective*”, si legge: “The EU Consumer Policy Strategy underlines the importance of empowering consumers. Empowered consumers, besides supporting economic activity, are essential drivers of innovation, competition and productivity. Efficient market outcomes are not only the result of a competitive supply-side structure, but are also dependent on an informed and rational demand-side, one that rewards the most efficient operators in terms of price and quality”. *Commission staff working document on the follow up in retail services to the consumer market scoreboard* SEC(2009) 1251.

*promessa o le promesse, anche a soggetti indeterminati*, di chi (professionista) comunque si avvantaggia dell'appartenenza al mondo della produzione e distribuzione di massa e deve farsi carico di “controllarne” il corretto funzionamento, e *l'affidamento* di chi (consumatore) è invece estraneo a questo mondo e si presenta come portatore dell'aspettativa – formatasi e alimentatasi sul mercato – di godere delle utilità, siano esse legate al valore d'uso o alla redditività, del bene o del servizio offerto. Da qui una spinta non solo a “spostare all'indietro” le prescrizioni di forma e di contenuto delle informazioni destinate a raggiungere il consumatore, bensì a riannodare, attraverso un filo che ne giustifica espressi o impliciti riflessi nella vicenda contrattuale, nascita e contenuto del vincolo contrattuale e anche pubblicità<sup>220</sup> e, conseguentemente, poter dare compiuta misura agli “elementi estrinseci”<sup>221</sup> al contratto.

---

<sup>220</sup> R. Alessi, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), Vol. II, 2007, 425.

<sup>221</sup> V. Scalisi, *Op. cit.*, 853.



## BIBLIOGRAFIA

- ALPA GUIDO, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 2008, 26, 4, 571.
- ALPA GUIDO, *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Guido Alpa e Vanna Levi, Milano, Giuffrè, 2001.
- ALESSI ROSALBA, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo e M. Mazzamuto (a cura di), Giuffrè, 2007, 406; G. Benacchio, *Diritto privato della comunità europea*, 4 ed., Padova, 2008, 122.
- BELLANTUONO GIUSEPPE, *Contratti e regolazione nei mercati dell'energia*, Bologna, 2009.
- BENACCHIO GIANANTONIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2008.
- BENACCHIO GIANANTONIO e CARPAGNANO MICHELE, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento*, nr. 67, Trento, 2007.
- BENACCHIO GIANANTONIO e CARPAGNANO MICHELE (a cura di), *Il private enforcement nel diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenza dei giudici nazionali*, Atti del II Convegno di Studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 8-9 maggio 2009, Padova, 2009.
- BIANCA CESARE MASSIMO, *Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000.
- BIASIOR CARLO, *La regolazione dell'utenza domestica in 9 Paesi europei*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, Altroconsumo Edizioni, Milano, n. 1, 2008.
- CALDERAI VALENTINA, *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2009, 27, 2, 233-244.

- CHERUBINI MARIA CARLA, *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, in Studi di Diritto Privato, Collana diretta da F.D. Busnelli-V.Patti-V.Scalisi-P-Zatti, Giappichelli, Torino, 2005.
- DE CRISTOFARO GIOVANNI, *Il regime normativo "generale" della pubblicità*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2008, 2-3, 295.
- DE CRISTOFARO GIOVANNI, *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007.
- DE CRISTOFARO GIOVANNI, in *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. 146 del 2 agosto 2007 attuativo della direttiva 2005/29/Ce*, in *Studium iuris*, 2007, 1194.
- DE CRISTOFARO GIOVANNI, *I principi del diritto comunitario dei contratti, Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009.
- DELLACASA MATTEO, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e Resp.*, 2005.
- DE MINICO GIOVANNA, *Regole comando e consenso*, Torino, 2005.
- DI MARZIO FABRIZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e Impr.*, 2006, 3, 673.
- GALGANO FRANCESCO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo I, Padova, Cedam, 1999.
- GALLO PAOLO, *Asimmetrie informative e doveri d'informazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 53, 5.
- GALLO PAOLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti*, Tomo I, *Trattato dei contratti*, (diretto da) Pietro Rescigno, Torino, UTET, 2006, 459.
- GAZZONI FRANCESCO, *Manuale di Diritto privato*, Napoli, ESI, 1996.
- GIANOLA ALBERTO, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2008

- IRTI NATALINO, *La concorrenza come statuto normativo*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, Nicolò Lipari e Ignazio Musu (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2000.
- IRTI NATALINO, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
- LIPARI NICOLO' e IGNAZIO MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Nicolò Lipari e Ignazio Musu, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- MALTONI ANDREA, *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – Profili costituzionali*, Milano, 1999.
- MATTEI UGO, *Per un fronte costituzionale nel diritto privato. Intorno all'editoriale di Stefano Rodotà*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 25, 2, 325.
- MANTOVANI MANUELA, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Vincenzo Roppo, *Rimedi-1*, Tomo IV, A. Gentili (a cura di), Milano, 2006.
- NUZZO MARIO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, Enrico Minervini e Liliana Rossi Carleo (a cura di), Milano, 2007, 235ss.
- PASA BARBARA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, Jovene, 2008.
- PASSAGNOLI GIOVANNI, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto* di Vincenzo Roppo, *Regolamento*, Tomo II, G. Vettori (a cura di), Milano, 2006.
- PATTI SALVATORE, *La vendita dei beni di consumo, la conformità al contratto di vendita stabilito all'art. 129, commi 1° e 2°, del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2006, 2, 362.
- PROSPERI FRANCESCO, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Riv. Contratto e Impresa*, 2008, 4-5, 936.
- RAVERA ENRICO, *Il recesso*, Milano, 2004.

- RODOTA' STEFANO, *Editoriale su un nuovo costituzionalismo dei privatisti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 25, 1, 3.
- ROPPO VINCENZO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007, 25, 4, 599-609.
- ROPPO VINCENZO, *Il contratto*, Milano, 2001.
- ROPPO VINCENZO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005.
- RUSSO DOMENICO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001
- SACCO RODOLFO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco e De Nova Giorgio, Torino, Utet, 2004.
- SCALISI VINCENZO, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 53, 6, 843.
- SOMMA ALESSANDRO, *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, di Andrea D'Angelo, Pier Giuseppe Monateri, Alessandro Somma; con la collaborazione di Claudia Amodio, Torino, Giappichelli, 2005.
- SOMMA ALESSANDRO, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007.
- SOMMA ALESSANDRO, *Temi e problemi di diritto comparato / Diritto comunitario vs. diritto comune europeo vol. 4*, Torino, Giappichelli, 2003.
- SOMMA ALESSANDRO, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè, 2000.
- SOMMA ALESSANDRO, *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*. Andrea D'Angelo, Pier Giuseppe Monateri, Alessandro Somma; con la collaborazione di Claudia Amodio, Torino, Giappichelli, 2005.
- SOMMA ALESSANDRO, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di con la collaborazione di Claudia Amodio, Torino, Giappichelli, 2007

SPADAFORA ANTONIO, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da F.D. Busnelli-V.Patti-V.Scalisi-P-Zatti, Giappichelli, Torino, 2007

VISINTINI GIOVANNA, *I fatti illeciti*, Padova, 2004.

VISINTINI GIOVANNA, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

WILHELMSSON THOMAS, *Un'armonizzazione completa del diritto dei contratti del consumatore?* in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 2008, 26, 4, 605.