

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

Facoltà di Economia e Giurisprudenza

Corso di Laurea magistrale a ciclo unico

in Giurisprudenza



LA TUTELA DEI CONSUMATORI IN ITALIA E IN ROMANIA

Relatore:

Chiar.mo Prof. Renzo Rossi

Tesi di Laurea di

Barnea Cristina

matr. n°: 4401951

anno accademico 2018/2019

Alla mia famiglia

A Giacomo

A chi crede in me

INDICE

INDICE.....	5
INTRODUZIONE.....	7
CAPITOLO I.....	14
La tutela dei consumatori.....	14
1.1 Origini del diritto dei consumatori.....	14
1.2 Tutela dei consumatori in Romania.....	23
1.3 Tutela dei consumatori in Italia.....	31
1.4 Contratti del consumatore come nucleo centrale del diritto privato europeo.....	41
CAPITOLO II.....	48
CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI TRA CONSUMATORI E PROFESSIONISTI.....	48
2.1 LEGISLAZIONE NELL' UNIONE EUROPEA.....	48
2.2 Attuazione in Romania della normativa europea.....	57
2.3 Attuazione in Italia e profili comparatistici.....	68
2.4 Considerazioni finali sulla ricerca comparatistica	77
CAPITOLO III.....	92
Pratiche commerciali sleali.....	92
3.1 Prospettiva europea e divieto in capo al professionista.....	92
3.2 Atteggiamento del legislatore in Romania.....	107
3.3 Legislazione italiana	118
3.4 Profili comparatistici e prospettive di riforma	132

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	142
BIBLIOGRAFIA.....	151
PRINCIPALI FONTI GIURISPRUDENZIALI.....	165

Introduzione

L'elaborato ha lo scopo di mettere a confronto due ordinamenti di stampo civil law, Italia e Romania, con riferimento ad alcuni importanti interventi normativi in materia di tutela dei consumatori. Interventi oltre che nazionali anche derivanti dall'Unione Europea, grazie agli articoli 11 e 117 della Costituzione della Repubblica Italiana e dell'articolo 148 *Constitutia Romaniei*¹.

L'analisi verte in particolar modo sulle clausole vessatorie nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti, con rinvii specifici e commentati al codice del consumo e al "codul consumului", nonché ai quadri civilistici nazionali di riferimento.

Uno dei primi settori in cui l'Europa ha deciso di intervenire nel diritto privato è proprio quello dei contratti del consumatore.

La normativa consumeristica ha come finalità quella di tutelare l'autonomia privata nei casi in cui i contraenti sono dotati di una differente forza contrattuale ed evitando in particolare che il consumatore, parte debole, subisca le condizioni che vengono imposte dalla parte più forte, soggiacendo alla eteronimia. Questa tutela è finalizzata a un obiettivo più ampio, basato sulla instaurazione di un mercato razionale ed efficiente all'interno dell'Unione Europea.

Per mezzo di tecniche della scienza comparatistica si vuole indagare sul come i due legislatori hanno dato attuazione alla normativa consumeristica europea, con particolare presa visione di alcune

¹ Art.148. *Integrarea in Uniunea Europeana, Constitutia Romaniei*
<https://www.constitutiaronaniei.ro/art-148-integrarea-in-uniunea-europeana/>

emblematiche direttive, tra cui la direttiva 13/93/CEE e 2005/29/CE, senza tralasciare le finalità di politica del diritto e contesti giudiziari che caratterizzano i due stati membri dell'Unione Europea. Si ritiene inoltre necessario, per un maggior consolidamento della tesi per cui vi sia un crescente sviluppo dei rapporti economici tra i due paesi, prendere in considerazione gli elaborati e gli studi di fonte accademica, tra cui il *Draft Common Frame of Reference*, prodotto accademico commissionato dalla Commissione Europea nel 2009 e presieduto da Christian von Bar, e i *Principles of the European Contract Law*. Un quadro comparatistico completo si può ottenere soltanto considerando le sentenze di maggiore impatto della Corte di Giustizia dell'Unione europea riguardanti casi nascenti sui due territori nazionali. E' stato osservato in dottrina che "il dialogo tra giudici nazionali e la Corte europea di Giustizia va tenuto particolarmente presente, giacché ormai lo spirito del diritto comunitario sta permeando anche in via interpretativa i diritti nazionali all'interno di una sorta di circolo ermeneutico a più voci che vede operare il legislatore comunitario e il legislatore nazionale, le corti sovranazionali e le corti nazionali, la prassi della privata autonomia e la dottrina soprattutto tramite i c.d. codici di fattura per l'appunto dottrinale (PDCE etc.) che ormai funzionano di fatto come fonti in una certa misura concorrenti del diritto europeo in formazione"².

Il tema del contratto del consumatore si inserisce nel più ampio ambito del diritto privato europeo, costituendone l'essential core³. Grazie alle nuove tecnologie ITC, il ruolo del consumatore viene valorizzato al punto da diventare "attore" attivo nel processo di valutazione di prodotti e servizi offerti sul mercato. Il suo potere di scelta viene sottolineato dal

² Così S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, p. 18.

³ Così S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, prefazione.

concetto di “*consumer empowerment*”⁴, coniato al fine di segnalare il superamento dell’antico modello della grande impresa, connotata dalla produzione di massa e rivolta al consumatore passivo, dal modello organizzativo dell’impresa network, maggiormente flessibile e diretta a consumatori attivi che incidono sulle scelte di produzione.

La domanda dei consumatori è fattore incisivo all’interno della società odierna, basata fortemente sugli scambi internazionali e dal punto di vista giuridico sul c.d. contratto internazionale. Proprio per questo motivo gli operatori giuridici si confrontano sempre più, nella prassi, con sistemi giuridici diversi e adottano necessariamente una forma mentis per cui possedere una visione di insieme delle legislazioni europee risulta maggiormente efficiente.

La comparazione presenta diverse funzioni tra cui quella gnoseologica, di aumento delle conoscenze, di ausilio alla interpretazione delle leggi e inoltre soccorre anche in termini di politica del diritto per indirizzare il legislatore nel colmare le lacune presenti all’interno dell’ordinamento, oppure al fine di adeguare gli istituti giuridici al progresso dovuto al mutare dei tempi.

E’ significativa la già citata direttiva 1993/13/CEE⁵, agli albori del diritto privato europeo, concernente le “*clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*”, che si propone come primo intervento dell’allora comunità economica europea di tipo orizzontale, in quanto regola alcune caratteristiche generali dei contratti tra consumatori e professionisti. Le clausole vessatorie in questi contratti è senz’altro uno dei temi più significativi e oggetto di questo rivoluzionario intervento europeo. L’obiettivo principale di questa direttiva è stato, oltre alla armonizzazione del diritto, quello di porre rimedio alla asimmetria contrattuale dovuta

⁴ <http://www.casadelconsumatore.it/>

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=EN>

all'impossibilità per il consumatore, parte debole di un contratto stipulato con il professionista, di esercitare pienamente la propria libertà e autonomia contrattuale. Il *freedom of contract* esprime uno dei principi imprescindibili nel diritto contrattuale europeo, fortemente messo in risalto anche dal *Principles of European Contract Law – PECL*, un'elaborazione di principi di diritto europeo da parte di una commissione presieduta dal professore Ole Lando.

In egual modo, nel tentativo di una sistemazione della produzione normativa europea in tema di tutela dei consumatori, viene introdotta la direttiva 2005/29/CE⁶ concernente le “pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”.

Entrambi gli interventi normativi europei citati, direttiva del 1993 e quella del 2005, comportano un'armonizzazione minima, stabilendo standard normativi minimi in capo agli stati membri da cui non possono prescindere.

Italia e Romania, oltre ad aver recepito le due direttive in questione, hanno intrapreso un percorso analogo di riordino sistematico della frammentaria legislazione europea riguardante questo tema, culminando da un lato nella nascita del codice del consumo, legge della Repubblica italiana emanata con il d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, e dall'altro lato, in Romania, nel *Codul consumului*, con legge n. 296/2004⁷.

Tenuto conto della matrice pragmatica e dell'impostazione fattuale del diritto privato europeo, finalizzata al superamento delle differenze di disciplina che interessano i vari ordinamenti, l'elaborato ha come scopo proprio quello di tracciare le considerevoli analogie e comprendere le ragioni delle differenze con riferimento alla trasposizione delle direttive

⁶<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=EN>

⁷http://www.cab1864.eu/upload/Codul_consumului_Legea_nr_296_2004.pdf

europee citate e a particolari aspetti delle legislazioni nazionali in tema di tutela dei consumatori.

Dalla direttiva 13/1993/CEE si evince che “considerando che spetta agli Stati membri fare in modo che le clausole abusive non siano incluse nei contratti stipulati con i consumatori”⁸, si indaga su quali siano state le scelte dei due legislatori con riguardo alla modalità e criteri di accertamento dell’abusività delle clausole contrattuali. Visto il recepimento dei vari divieti a tutela del consumatore, come il divieto in capo al professionista di introdurre clausole abusive nei contratti oppure il divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, si opera un’analisi sulle conseguenze civilistiche poste in essere dai legislatori al fine di tutelare i consumatori.

Alla luce del generale principio della libera concorrenza, del fondamentale principio di trasparenza e prendendo coscienza della netta asimmetria contrattuale in materia, l’intento di questo lavoro è quello di costruire un “faro” che guidi verso uno scambio di conoscenze tra due paesi da cui si possa trarre vantaggio.

Gli istituti quali la nullità speciale di protezione e lo *ius poenitendi*, così come l’obbligo generale di buona fede contrattuale e gli obblighi di informazione nelle trattative precontrattuali, completano il quadro delle tutele.

Le clausole vessatorie, oltre ad essere colpite dalla nullità di protezione di cui all’articolo 36 del codice del consumo e, secondo teorie dottrinali, dalla “*nullitate absoluta partiala*” del codice civile in Romania, riservano altri rimedi. Secondo la dottrina “un comportamento del professionista che abbia predisposto clausole oscure viola infatti l’obbligo di correttezza e buona fede che deve accompagnare i contraenti fin dalle trattative e per

⁸ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013>

l'intera durata del loro rapporto; il consumatore leso può quindi chiedere il risarcimento del danno a norma degli artt. 1337 e 1338 cc⁹. Questo a dimostrazione anche del collegamento dell'istituto della responsabilità precontrattuale ai contratti dei consumatori. Tuttavia spicca una povertà dei richiami ai rimedi nel codice del consumo sia italiano che romeno, lacuna che sicuramente necessita di un superamento. L'elaborato si prefigge lo scopo di ricostruire i profili civilistici essenziali, dei due paesi membri dell'Unione Europea, con riguardo a questi temi particolarmente sentiti, che hanno fatto sorgere numerose fonti accademiche, diritto positivo e giurisprudenziale.

⁹ Così si esprime F. Tommasi, *Contratti e tutela dei consumatori*, UTET Giuridica, Torino, 2007, p.88.

Capitolo 1

LA TUTELA DEI CONSUMATORI

Sommario: 1.1 Origini del diritto dei consumatori 1.2 Tutela dei consumatori in Romania 1.3 Tutela dei consumatori in Italia 1.4 Contratti del consumatore come nucleo centrale del diritto privato europeo

1.1 Origini del diritto dei consumatori

Volendo dare brevi cenni sulle origini e l'evoluzione della tutela dei consumatori, si parte dagli USA, nel 1965. Viene pubblicato il libro *“Unsafe at any Speed: The Designed-In Dangers of the American Automobile”*, ad opera dell'avvocato Ralph Nader. Un libro in cui Nader sostiene la pericolosità di numerose automobili fabbricate dai *“Big Three”*: Ford, Chrysler e General Motors. Fu la prima grande inchiesta sulla sicurezza delle automobili operata dall'industria automobilistica. In seguito il governo USA approva il *“National Traffic and Motor Vehicle Safety Act”*, rivoluzionando la disciplina della sicurezza delle automobili. In particolare Nader, oltre a divulgare il problema della sicurezza, favorisce la nascita del Movimento dei Consumatori, baluardo dei cittadini contro l'abuso di potere di grandi società multinazionali. Questa

viene considerata la nascita di un lungo percorso di tutela dei consumatori, tema destinato a divenire appunto il nucleo centrale del diritto privato europeo.

Nell'allora Comunità Economica Europea la tutela dei consumatori viene considerata, secondo la dottrina, "al pari dei valori comuni da recepire nelle legislazioni dei Paesi che ne fanno parte"¹⁰. Il progressivo sviluppo economico a livello europeo si accompagna all'esigenza di "contemperare lo sviluppo stesso con i diritti del cittadino consumatore"¹¹. Infatti nel secolo scorso, intorno agli anni 60, incominciano a diffondersi nella Comunità Europea delle associazioni di tutela dei consumatori, volte a riconoscerne e promuoverne diritti, talvolta su impulso degli stessi organismi governativi. Questa diffusione associativa porta alla creazione di enti pubblici finalizzati alla tutela dei consumatori, in particolare i primi paesi risultano essere Francia, Olanda, Svezia, Inghilterra¹².

A livello di diritto positivo, i primi riconoscimenti a favore dei consumatori nell'allora Comunità Economica Europea si possono trovare già nel Trattato di Roma del 1957, in particolare agli articoli 39, 85 e 86, norme che riflettono soltanto le problematiche economiche e di scambio del contesto in cui sorgono, il cui obiettivo è quello di garantire principalmente la liberalizzazione del mercato comune, che costituisce proprio il motivo della nascita della Comunità.

Un'azione comunitaria per l'instaurazione di una politica comune a tutela dei consumatori viene avviata a partire dalla risoluzione del Parlamento europeo del 24 gennaio 1969, cui ha fatto seguito la decisione della

¹⁰ Così A. Maneschi nell'introduzione di *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie*, Giuffrè Editore per il professionista e per l'azienda, 1997.

¹¹ Così riferisce C.M. Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*, che associa questa esigenza agli obiettivi stessi del consumerism.

¹² Così C.M. Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995. p.8,9.

Commissione europea del 25 settembre 1973 relativa alla creazione di un Comitato Consultivo dei Consumatori.

Sempre nel 1973 c'è l'approvazione della "Carta europea di protezione dei consumatori" in cui sono stati elencati importanti diritti dei consumatori che avrebbero dovuto essere garantiti nei singoli stati membri. Alcune tematiche di maggiore rilievo sono l'educazione al consumo, l'informazione chiara e completa, il controllo sui prezzi e sulla qualità dei prodotti, la formazione di organismi amministrativi finalizzati alla tutela dei consumatori, nonché la sempre maggiore predisposizione di associarsi. Attualmente è anche previsto uno strumento interattivo online di educazione al consumo denominato "Dolceta¹³", progettato dalla Commissione Europea e a cui vi partecipano tutti gli Stati membri.

Viene dato seguito alla risoluzione del Consiglio CEE del 14 aprile 1975 e l'attuazione di un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione del consumatore.

La consapevolezza dell'importanza dell'ultimo anello della catena di produzione si stava radicando nella mentalità del legislatore sovranazionale.

Progressivamente vengono emanate emblematiche direttive in materia da parte delle istituzioni dell'allora Comunità Economica Europea, divenuta l'attuale Unione Europea. Data la copiosità di interventi legislativi in materia da parte dell'Unione Europea, e l'adeguamento degli ordinamenti nazionali a questi, diviene appropriato riferirsi ad un solo consumatore, quello europeo¹⁴, anziché differenziarli sulla base della nazionalità.

L'itinerario volto alla definizione della figura del consumatore, *weak subject*, bisognoso di protezione, raggiunge il suo vertice con l'introduzione della direttiva n. 93/13/CEE che si preoccupa del principio

¹³<http://europeanconsumersunion.eu/progetti/dolceta/> e <http://www.dolceta.ro>

¹⁴ Così F. Tommasi, *Contratti e tutela dei consumatori*, UTET, 2007, p. IX.

di trasparenza, fondamentale nel diritto contrattuale, codificato in seguito dal codice del consumo italiano all'articolo 35, nonché della buona fede contrattuale e dell'equilibrio del rapporto tra le parti contaminato dalle clausole abusive.

L'Unione Europea, “*united in its diversity*¹⁵”, garantisce un livello di protezione minimo in capo ai consumatori, lasciando agli stati membri la possibilità di prevedere all'interno del proprio ordinamento un livello di protezione più elevato.

Dal confronto tra ordinamenti europei si evince in particolare che il sindacato giudiziale sulle clausole contrattuali abbia contenuti e ambiti di applicazione diversi nelle discipline nazionali. E' stato infatti rilevato che “un sindacato varia con riferimento agli scopi di politica del diritto perseguiti e in ragione delle differenze culturali tra i diversi paesi europei”¹⁶. Una delle funzioni caratterizzanti lo studio comparatistico è quella di ausilio alla armonizzazione del diritto, alla quale peraltro è finalizzata la stessa legislazione europea, finalità tracciata da articoli come il 114 TFUE sul “ravvicinamento delle legislazioni”.

Tipica preoccupazione del legislatore europeo è la corretta esplicazione delle dinamiche del mercato unico e quindi molteplici interventi sono volti alla correzione della asimmetria contrattuale nascente in contratti tra professionisti e consumatori, contratti in cui gli squilibri tra le parti sono evidenti.

Questi squilibri infatti rischiano di incidere negativamente sull'efficienza stessa del mercato, aggirando il principio della libera concorrenza.

¹⁵ Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe, adopted by consensus by the European Convention on 13 June and 10 July 2003, Preamble. (<http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>).

¹⁶ Così A. Albanese, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, p. 670 in *Eur e dir priv*, 3/13.

Nel 2000 il Parlamento Europeo invita la Commissione Europea attraverso una risoluzione formale, a commissionare uno studio riguardo alla possibilità di ravvicinare i diritti degli Stati membri europei. A seguito di un questionario rivolto ai vari operatori giuridici e agli Stati membri, la Commissione Europea emana un libro verde nel 2001 dando atto dell'opzione che aveva riscosso maggiore successo.

Dall'emanazione di questo libro verde si intraprende un percorso di costruzione di un insieme di principi e regole che formino l'intelaiatura base del diritto privato con l'obiettivo di avvicinare il linguaggio giuridico dei paesi membri dell'UE mediante il superamento di barriere concettuali e terminologiche attraverso l'elaborazione della koiné, linguaggio comune.

L'obiettivo di costruire la koiné di principi comuni viene attuato mediante la creazione di una commissione che elaborasse il "Quadro comune di riferimento" e che aveva il compito di elaborare questi principi.

Con la Risoluzione del Parlamento del 7 settembre 2006 si ribadisce la convinzione che "un mercato interno uniforme non può essere pienamente funzionale senza ulteriori progressi verso l'armonizzazione del diritto civile" e quella in "materia di diritto contrattuale europeo è la più importante iniziativa in corso nel campo del diritto civile"¹⁷.

Così questo prodotto dottrinale prende vita grazie all'approvazione nel 2009 del DCFR.

Le istituzioni dell'Unione Europea spingono verso un ravvicinamento, oltre che delle legislazioni degli stati membri, anche tra il diritto della concorrenza e diritto del consumo. Il buon funzionamento del mercato unico europeo, caratterizzato dalla libertà di scelta per i consumatori e libertà di accesso al mercato per le imprese, deve basarsi

¹⁷ Cfr. C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, V I, Giuffrè, Milano, 2007 p. 7.

sull'armonizzazione delle regole comuni e sulla individuazione di procedure che permettano di prevenire o di sanzionare la violazione delle regole. Secondo gli articoli 85 e 86 del Trattato di Maastricht il diritto alla concorrenza e il diritto dei consumatori rappresentano i pilastri che sostengono il buon funzionamento di tutto il sistema economico fondato sul mercato.

Il carattere generale del diritto dei consumatori è evidente, poiché è stata lasciata “mano libera” agli stati membri rispetto ad ogni iniziativa relativa alle modalità e alle azioni che i consumatori possono avviare nel caso in cui quei diritti siano stati violati.

Inoltre un buon funzionamento del mercato è stato ravvisato nella applicazione del principio di libera circolazione anche alle azioni che permettono di ottenere la cessazioni di pratiche illecite¹⁸.

Il diritto comunitario, nato in seguito al processo di integrazione europea e che vede come punto di origine il trattato di Maastricht, assume importanza decisiva nella tutela degli interessi superindividuali, di categoria, in particolare dei consumatori. La dottrina ha considerato che “questo trattato sull'Unione Europea, firmato a Maastricht nel febbraio 1992, ed entrato in vigore il 1 novembre 1993 ha inserito nel testo del trattato di Roma il titolo XI dedicato alla protezione dei consumatori, rappresentando un momento essenziale del riconoscimento formale di una tutela giuridica primaria e del rango costituzionale comunitario attribuito alla posizione soggettiva di consumatore, nonché riconoscimento dei suoi diritti in ambito non più solo programmatico, ma precettivo¹⁹.

¹⁸ C.M. Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995, p.41.

¹⁹ P. Stanzione, A. Musio, *La tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009, p.29.

Importanti fonti attualmente a livello europeo risultano la “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea” e in particolare l’articolo 38 rubricato “protezione dei consumatori” che prevede la garanzia da parte dell’unione europea di “un elevato livello di protezione dei consumatori”.

Grande rilievo assume il titolo XV del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, interamente dedicato alla protezione dei consumatori, alla tutela del diritto di informazione, dell’organizzazione ed educazione per la salvaguardia dei loro interessi²⁰.

L’articolo 169 del TFUE del titolo XI sulla politica di protezione dei consumatori prevede gli importanti diritti in capo a questi soggetti, consentendo agli stati membri di poter introdurre previsioni più rigorose. Altre previsioni sono previste nella parte terza, capo terzo del TFUE, agli articoli 26 e 114, nonché la parte prima titolo primo, articoli 4 comma 2 lettera f) (*protezione dei consumatori*) e 12 in cui si specifica la sua appartenenza alle politiche e attività dell’Unione.

Fondamentale è anche il Regolamento CE. N. 2006/2004 del 27 Ottobre 2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa che tutela i consumatori. (“Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori”).

Tenendo conto delle tradizioni differenti dei paesi europei e della diversa concezioni degli istituti giuridici, in questo tema di tutela dei consumatori, l’Unione Europea interviene emanando direttive di armonizzazione minima, non potendo prevedere qualcosa che sia valevole per tutti gli stati membri, ma lasciando la possibilità di interpretare e tradurre la normativa europea secondo le categorie proprie degli stati membri e le scelte dei

²⁰ Per la presa visione delle fonti si consulti G. De Cristofaro, A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, CEDAM, 2013.

legislatori. Infatti gli istituti giuridici si atteggiavano in modo diverso nei vari paesi europei.

Alcuni istituti infatti possono risultare assimilabili da un punto di vista degli effetti, ma dal punto di vista dei presupposti e della struttura, sono completamente differenti.

Incisive sono anche le differenze linguistiche, infatti la traduzione giuridica nel diritto comparato è di fondamentale importanza. E' stato osservato che talvolta l'armonizzazione produce un "risultato paradossale tale per cui l'armonizzazione, entrata dalla porta delle direttive, esce dalla finestra degli ordinamenti nazionali in particolare mediante la variegatura dell'interpretazione a ciascuno di essi propria, in funzione del diverso contesto che ciascun ordinamento costituisce"²¹.

Se in un primo momento la legislazione europea risulta dettata principalmente da esigenze economiche e di armonizzazione al fine di semplificare i traffici commerciali e tutelare la libera concorrenza, con il passare del tempo l'attenzione si sposta sulla persona e la tutela della sua dignità, sensibilità sancita sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, denominata carta di Nizza, sia dal trattato di Lisbona del 2009.

Questa concezione "personalista" del diritto ha portato al cambiamento in ordine alla concezione della materia contrattuale, orientata attualmente a garantire sia la tutela dei traffici commerciali, ma, prima ancora, i diritti fondamentali della persona.

Se da un lato la finalità della direttiva n. 13 del 1993 risulta essere quella di *"ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore"*, la direttiva

²¹ C. Castronovo, *Armonizzazione senza codificazione, la penetrazione asfittica del diritto europeo*, in Eur.e dir.priv., fasc.3, 2013, p.38

sulle pratiche commerciali sleali 2005/29/CE invece intende “*contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori*”.

Alla luce di questi obiettivi si vogliono delineare più nel dettaglio i percorsi legislativi, dottrinali e giurisprudenziali di due Stati membri, Romania e Italia. Si intende dar conto dell'adeguamento della disciplina interna alle Direttive Europee e alle politiche dell'Unione Europea, dell'effettività dei diritti codificati e dell'azionabilità di questi diritti. Tre ambiti di un'articolata riflessione che una dottrina ha considerato meritevoli di attenzione²².

²² G. Alpa, *I diritti dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p.2.

1.2 Tutela dei consumatori in Romania

La legislazione consumeristica romena, così come quella italiana, risulta frammentaria e cospicua. Gli atti normativi a carattere generale sono, secondo una dottrina²³, l'ordinanza governativa che risale al 1992 (*Ordonanța nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor*²⁴), successivamente integrata da altre leggi, tra cui la legge n.193/2000 sulle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Quest'ultima si inserisce in quel quadro europeo di produzione normativa volto a riequilibrare le asimmetrie contrattuali, progressivamente fatto proprio anche dalla Romania nel processo di adesione all'Unione Europea. Infatti il paese latino dell'Europa orientale ha intrapreso tutto un percorso di adeguamento alla normativa europea in preparazione della sua entrata nell'Unione Europea, avvenuta il 1 Gennaio 2007. Meritevoli di citazioni in questo senso risultano le già citate direttive n.13/1993/CEE e 2005/29/CE, attuate nell'ordinamento e oggetto di studi dottrinali intensivi, ancora oggi di fondamentale importanza. La direttiva n.13/1993 è stata attuata infatti nel diritto interno con Legge n. 193/2000 riguardante le clausole abusive nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori. (pubblicata nuovamente nel *Monitorul Oficial* nel 2012)²⁵.

L'altro provvedimento normativo che disciplina in via generale la tutela dei consumatori, insieme all'ordinanza n.193 del 1992, risulta essere la legge n. 296/2004 denominata *Codul consumului*, che vuole essere una

²³ Così G. Piperea, *Protecția consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, 2018, p.9.

²⁴ Fonti normative relative a quest'ordinanza governativa si possono trovare qui <http://www.smaf-legal.com/ITA/TUTELA-CONSUMATORE-ROMANIA.pdf>

²⁵ I. Severin, A.M. Bogatu, M.C. Dijmarescu, *Legislatie privind protecția consumatorilor*, Printech, Bucarest, 2016, p.7.

“chiave” a cui ricorrere ogniqualvolta risulti necessario in questo elaborato.

La finalità di questo codice è prevista all’articolo 1 del codice stesso secondo cui “Prezenta lege, denumită în continuare Codul, are ca obiect reglementarea raporturilor juridice create între operatorii economici și consumatori, cu privire la achiziționarea de produse și servicii, inclusiv a serviciilor financiare, asigurând cadrul necesar accesului la produse și servicii, informării lor complete și corecte despre caracteristicile esențiale ale acestora, apărării și asigurării drepturilor și intereselor legitime ale consumatorilor împotriva unor practici abuzive, participării acestora la fundamentarea și luarea deciziilor ce îi interesează în calitate de consumatori”. Finalità che è incentrata sulla regolamentazione dei rapporti giuridici tra consumatori e professionisti, con particolare riferimento all’acquisto di beni e servizi, all’accesso e alle informazioni complete e corrette relative a questi beni, oltre che la difesa dei legittimi interessi dei consumatori contro le pratiche abusive.

Altra importante legge nell’ambito della disciplina della concorrenza e dei consumatori è la Legge n.363/2007²⁶, relativa alla lotta alle pratiche commerciali sleali nei contratti dei consumatori, (*privind combaterea practicilor incorecte ale comerciantilor in relatie cu consumatorii si armonizarea reglementarilor cu legislatia europeana privind protectia consumatorului*), che opera un riordino della normativa romena dei consumatori nel tentativo di conformarla alla brulicante legislazione europea in materia. In linea generale la legislazione della concorrenza è finalizzata infatti anche alla tutela del consumatore.

²⁶ <http://www.legi-internet.ro/legislatie-itc/comert-electronic/ordonanta-privind-protectia-consumatorilor-la-incheierea-si-executarea-contractelor-la-distanta/legea-3632007-protectia-consumatorului.html>

Infine, per una migliore comprensione delle scelte del legislatore, si prende in considerazione il codice civile (*Legea nr.287/2009 privind Codul civil*), entrato in vigore nel 2011 mediante la pubblicazione nel *Monitorul Oficial*, l'equivalente della Gazzetta Ufficiale. Un codice che anzitutto va a sostituire quello di stampo napoleonico²⁷ del 1865, e che è ispirato al modello canadese del Quebec.

E' stato affermato che la "finalità principale della legislazione sulla tutela dei consumatori è costituita dalla prevenzione e lotta all'abuso di potere economico praticato dai professionisti"²⁸. Specificando in particolare che "laddove esiste il potere, esiste anche abuso di potere". Questo abuso di potere economico da parte di un soggetto con forza contrattuale maggiore nei confronti di un soggetto debole, provoca anche la distorsione della libera concorrenza e l'inefficienza del mercato.

Principi quali l'autonomia contrattuale, *autonomia contractuala*, trasparenza e simmetria dominano lo scenario del diritto contrattuale dei consumatori anche in Romania.

Alla luce delle asimmetrie contrattuali caratterizzanti il contratto concluso tra consumatore e professionista, e il significativo squilibrio menzionato all'articolo 79 del codice del consumo romeno (*dezechilibru semnificativ*), hanno indotto la legislazione consumeristica a creare strumenti attraverso i quali arginare l'eccesso di potere economico e contrattuale del professionista, permettendo l'esplicitarsi di un'effettiva autonomia contrattuale della parte debole, il consumatore disinformato. Tra questi strumenti vi sono l'inefficacia delle clausole vessatorie nei

²⁷ Per ulteriori approfondimenti cfr. M. Bessone, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, p.31. Il *code Napoléon* del 1804 frutto della rivoluzione francese e dei suoi principi ispiratori della *liberté, égalité, fraternité*, e che recepisce allo stesso tempo il diritto romano.

²⁸ Così G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, Beck, 2018, Bucharest, p.2.

contratti dei consumatori, il divieto di pratiche commerciali sleali e il divieto di vendita di prodotti difettosi. Si ritiene inoltre che “gli sforzi del legislatore nel tentativo di tutelare il più possibile i consumatori predisponendo loro diritti, sono vani se questi stessi diritti non arrivano ai diretti interessati ai quali la normativa si rivolge”²⁹. Da ciò si deduce la fondamentale importanza dell’informazione chiara e completa, dell’educazione, degli avvisi e consulenza indirizzati al consumatore, nonché del tentativo di offrire una tutela non meramente formale, bensì effettiva e il più equa possibile.

Il tema degli obblighi di informazione è un tema molto sentito, oltre che dal diritto europeo, anche dal legislatore romeno, che provvede a delineare specifici doveri del professionista e in questo tema rientra anche la predisposizione di clausole oscure, ambigue da parte dei predisponenti che abusano della loro superiorità in termini di conoscenze tecniche, per indurre il consumatore a prestare un consenso svuotato di effettiva libertà. Il rapporto giuridico tra professionisti e consumatori è squilibrato, tant’è che il consumatore si trova, secondo una dottrina, “in una situazione di quadrupla inferiorità: economica, giuridica, tecnica e temporale. Economica in termini finanziari e di risorse, giuridica in termini di impossibilità di negoziare da parte del consumatore con il professionista; tecnica, poiché i professionisti possiedono conoscenze maggiori in quanto competenti e specializzati in un determinato settore; temporale poiché l’utilizzo di beni di consumo è immediato e avviene in tempi rapidi, mentre dall’altra parte la produzione necessita di un arco temporale maggiore”³⁰.

²⁹ Cfr. I. Zamfir, *Protectia consumatorilor de la A la Z*, Editura Premier, Ploiesti, 2000.

³⁰ Così G. Piperea, *Protectia consumatorilor*, Ed. Beck, 2018, Bucharest, p. 5-6.

Temi essenziali della legislazione consumeristica romena risultano essere: l'informazione immediata, chiara, precisa; la trasparenza nelle trattative; l'equilibrio tra le obbligazioni nascenti dal contratto tra professionisti e consumatori; prevenzione e lotta alle pratiche commerciali sleali e infine, non di minor importanza, la responsabilità dei professionisti per i danni causati ai consumatori da prodotti e servizi venduti.

La normativa consumeristica viene fatta rientrare nell'ordine pubblico economico³¹, di protezione, volta a limitare l'autonomia contrattuale, al fine di riequilibrare il rapporto asimmetrico tra le due parti, ossia consumatore e professionista. Essendo norme di ordine pubblico, “*norme de ordine publica*”, a tutela di interessi generali, l'operazione di riequilibrio contrattuale dovrebbe avvenire *ope legis*, senza necessità di un intervento da parte delle autorità amministrative o di istanze giudiziarie. Soltanto *in extremis*, nel caso di rifiuto da parte del professionista, si potrà ricorrere a queste due vie.

Ci si riferisce, nello specifico, a un ordine pubblico economico di protezione, in quanto si prendono in considerazione tutti gli interventi in ambito comunitario, ma anche nazionale, finalizzati alla tutela efficace delle parti deboli, una categoria, nelle fattispecie contrattuali e transazioni commerciali.

L'abuso di potere economico da parte del professionista e i considerevoli vantaggi che ne trae, portano a denaturare la libera concorrenza stessa, poiché infatti non sono pregiudicati soltanto i consumatori, parti deboli e svantaggiate nei rapporti con i professionisti, ma anche gli altri concorrenti leali, che subiscono l'avidità di chi scavalca tutti sul mercato.

³¹ Pensiero giuridico di matrice francese risalente al codice napoleonico *ordre publique economique*

L'abuso di potere economico e contrattuale rappresenta uno dei principali meccanismi finalizzati alla concentrazione del potere stesso, delle risorse e del controllo, che comporta una causa distruttiva del libero mercato che si propaga in modo inarrestabile. *The ripple effect* dimostra metaforicamente questa situazione di propagazione da parte di un singolo professionista che pratica abusi³².

La tutela del consumatore è quindi un “esempio di disciplina finalizzata a realizzare l'equo bilanciamento, da un lato, tra interessi commerciali e negoziali, e dall'altro, tra interessi generali e di protezione”³³. Grazie all'inefficacia delle clausole abusive, il divieto di pratiche commerciali sleali e il divieto di immettere nel commercio prodotti o servizi difettosi, si vogliono limitare o quanto meno attenuare gli eccessi di un libero esplicarsi da parte della volontà del professionista, eccessi che si traducono in rapporti giuridici squilibrati e a detrimento del consumatore. La debolezza contrattuale del consumatore si riscontra sul piano economico, in quanto provvisto di minori risorse rispetto al professionista, soprattutto per quanto concerne le informazioni relative al rapporto giuridico.

L'applicazione della legislazione consumeristica presuppone la qualifica di consumatore e professionista dei contraenti. Andrà a beneficiare della normativa speciale la persona fisica, colei che stipula contratti con i professionisti con il solo scopo di consumo o familiare, ma non commerciale.

³² G. Piperea, *Protectia Consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, 2018, p.3.

³³ <https://www.justowin.it/new/2017/12/03/ordine-pubblico-economico-e-tutela-del-consumatore/>

Destinatario degli obblighi previsti da questa normativa è il professionista che vende prodotti o fornisce servizi al consumatore. Sulla nozione di consumatore sono sorti molteplici dubbi e viene in rilievo una particolare pronuncia di Corte di Giustizia dell'Unione Europea. C-110/14. *Horațiu Ovidiu Costea contro SC Volksbank România SA*³⁴, sentenza del 3 settembre 2015. *Judecătoria Oradea* propone domanda di pronuncia pregiudiziale concernente questioni relative alla direttiva 93/13/CEE, in particolare all'articolo 2, lettera b) sulla nozione di “consumatore”.

In via legislativa o giurisprudenziale (stabilite dalla CGUE stessa), vengono previste numerose presunzioni a favore del consumatore, quali ad esempio: la presunzione della qualità di consumatore in capo a persona fisica, la presunzione di mancanza di trattative nei contratti per adesione, la presunzione di squilibrio contrattuale, di consumatore disinformato e infine quella di vittima di pratiche commerciali sleali, aggressive o ingannevoli.

Per quanto concerne le istanze giudiziarie, si attua una semplificazione delle procedure di risoluzione delle controversie, al fine di valorizzare i diritti dei consumatori, rendendo efficace la tutela. Si vogliono prevenire le istanze, persuadendo i professionisti a comportarsi in modo corretto e risparmiando sui costi. Sono preferite le istanze stragiudiziali e quelle di tipo collettive, promosse dalle associazioni³⁵ proprio al fine di ridurre le spese ed evitare la discriminazione tra il consumatore attivo, che ricorre alla giustizia per far valere i propri interessi, e quello passivo che non dispone di risorse necessarie per ricorrere alla giustizia.

³⁴ V. Terzea, *Protectia consumatorilor*, Universul Juridic, Bucharest, 2017, p.58 e ss

³⁵ Trovano disciplina al capo VI nell'ordinanza governativa O.G. n.21/1992.

Considerando l'armonizzazione minima prevista dalla direttiva 93/13/CEE che stabilisce standard minimi di tutela, consentendo agli stati membri di prevedere un livello di tutela più elevato³⁶, si può affermare che il legislatore procedeva correttamente nella legge n.193/2000 nello stabilire una sfera più ampia in cui far rientrare i professionisti (*comercianti*).

La costante lotta nel tempo da parte delle associazioni ha permesso il riconoscimento di numerosi di diritti in capo ai consumatori, tra cui quello di ottenere informazioni chiare e complete e spinta verso l'educazione in questo senso. Vengono anche previsti rimedi in caso di danni, come ad esempio la riparazione o sostituzione in caso di prodotti difettosi secondo puntuali criteri. Altro diritto importante risulta quello di associarsi liberamente allo scopo di perseguire i propri interessi e questa via sicuramente è quella più seguita, visti i vantaggi che ne produce. A questi diritti corrispondono anche dei doveri che, se non rispettati dalle controparti, i professionisti, possono comportare sanzioni sul piano civile, amministrativo o penale, a seconda dei casi.

Le sanzioni civili in particolare, a seconda dei casi concreti, sono la nullità assoluta, totale o parziale, che va a colpire, a seconda dei casi, le clausole o il contratto del consumatore; l'inefficacia delle clausole abusive dei contratti tra consumatori e professionisti; il privare il contratto dei costi che gravano sul consumatore³⁷.

Inoltre la particolarità in questo ambito è che si possono pronunciare decisioni *erga omnes*, che riguardino tutti i contratti dello stesso tipo e conclusi dallo stesso professionista, allo scopo non soltanto di sanzionare l'abuso protratto nel tempo da parte del professionista, ma anche, e

³⁶ Cfr. Sentenza di CGUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.

³⁷ G.Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H.Beck, Bucharest, 2018, p.24.

soprattutto, di dissuadere in generale i professionisti dalla stipulazione di contratti di questo tipo in futuro.

1.3 Tutela dei consumatori in Italia

“Per vivere veramente e non piuttosto subire il nostro tempo, dobbiamo creare una mentalità nuova per la quale la coesistenza, leale e paritaria tra chi produce, vende e consuma, sia un fatto ovvio”

Vincenzo Dona, 1956

Nella comunità economica europea, intorno agli anni 70 del secolo scorso, il movimento di opinione denominato *consumerism* diede vita ai primi riconoscimenti legislativi in risposta alle istanze dei consumatori.

In quegli anni anche in Italia vi fu un diffuso e significativo dibattito dottrinale sulla tutela dei consumatori, ma a cui non fece seguito un intervento normativo al pari degli interventi di alcuni ordinamenti che si erano già mostrati sensibili alle esigenze di protezione di questa categoria.

Si ritiene che “in una parte della dottrina italiana degli anni 70 vi è la preoccupazione a contestare, per un verso, la lettura interclassista del consumerismo che appare in contrasto con la tutela dei lavoratori, considerati vera e propria classe e fondamentale punto di riferimento degli interventi di tipo sociale nel diritto privato, e per un altro verso

negare l'appiattimento irrealistico della categoria del consumatore su quella del lavoratore”³⁸.

La materia “tutela del consumatore” ha avuto una peculiare evoluzione nell’ordinamento italiano. Il legislatore italiano può vantare infatti un primato significativo, poiché il codice civile del 1942 è stato, secondo una dottrina, “il primo a prevedere con gli artt. 1341, 1342, 1370 delle disposizioni riguardanti il fenomeno della contrattazione standardizzata.

Si evince dalla dottrina che “nemmeno quando sono presi in considerazione i caratteri di massa della contrattazione il codice perviene a una tutela esplicita del consumatore. Esso continua, invece, a formulare le norme senza qualificazioni soggettive, come, appunto, nel caso ben noto delle condizioni generali del contratto”³⁹.

Sebbene non facessero espresso riferimento al consumatore, queste norme rappresentavano un primo significativo tentativo volto ad affrontare la questione dei contratti caratterizzati dalla presenza di parti con forza economica e bagaglio di informazioni e conoscenze non uguali”⁴⁰. Si afferma quindi la contrattazione di massa in cui il singolo subisce le clausole disposte in modo generalizzato e indifferenziato dalla controparte e senza poter far valere le proprie esigenze. Il legislatore del 1942 aveva ritenuto sufficiente l’adozione all’epoca di una tutela meramente formale presente agli articoli 1341 cc e 1342 cc secondo cui la sottoscrizione della parte debole denotava una sua concreta adesione alla clausola vessatoria. Soltanto con l’approdo al codice del consumo nel

³⁸ A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in Eur. e Dir. Priv., op. cit. p.908.

³⁹ A. Nicolussi, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*. in Eur e dir privato, fasc 4, 2007, op.cit. 910.

⁴⁰ Cfr. P. Stanzione e A. Musio *La tutela del consumatore*, in Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone, Giappichelli, Torino 2009, p.1 e ss. e così anche A.Musio, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p.5.

2005, suffragato da tutte le evoluzioni legislative in tema di consumatori a livello europeo, si garantisce una tutela sostanziale.

Alla base di queste disposizioni del codice civile, 1341, 1342 e 1370, vi è l'idea di trasparenza sotto forma di "garanzia di conoscibilità" delle clausole contrattuali di cui all'articolo 1341, di sollecitazione ad evitare formule "ambigue" prevista all'articolo 1370, o che trova forme di elaborazione con un più diretto aggancio al principio di buona fede o nella veste degli obblighi accessori all'obbligo principale dedotto in contratto o nelle norme rivolte ad assicurare la presenza di un consenso libero, consapevole, informato, meditato⁴¹. Al 1370 cc viene prevista infatti una regola di interpretazione oggettiva dei contratti standard, secondo cui in caso di dubbio sul significato, le condizioni generali si interpretano nel senso più favorevole all'aderente⁴².

A proteggere gli interessi di uno dei due protagonisti del mercato, le figure antinomiche⁴³ di consumatore e professionista, sono accorsi vari interventi legislativi, che sono stati più numerosi soprattutto nell'ultimo decennio del XX secolo⁴⁴.

Si fa riferimento a tutti quegli interventi, in primo luogo in ambito europeo, e *in secundis* anche in ambito nazionale, volti a garantire una tutela efficace delle parti deboli nelle transazioni commerciali e soprattutto nelle fattispecie contrattuali, nel rispetto dei principi di buona fede e lealtà. I più rilevanti si sono avuti infatti in campo contrattuale, dove l'originario schema del contratto ha visto cadere alcuni dei più importanti principi, prima ritenuti intangibili.

⁴¹ V. Rizzo, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p.19

⁴² Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p.909.

⁴³ Il rapporto di antinomia tra le due figure è sottolineato nella causa di CGUE C-59/12 BBK Mobil Oil del 2013.

⁴⁴ V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014 p. 833.

Il contraente debole, *weak subject*, è colui che si trova in stato di inferiorità rispetto al contraente forte, poiché privo di specifiche informazioni professionali, competenze tecniche o commerciali per formare il suo consenso in modo adeguato. In sostanza “una condizione economico-informativa peggiore rispetto alla sua controparte”⁴⁵.

L’unica via che percorre è quella di decidere a scatola chiusa se aderire o meno al contratto, in cui il professionista inserisce unilateralmente condizioni contrattuali che risultano molto spesso oscure e incomprensibili.

Una disciplina dettata quindi a tutela dei “consumatori”⁴⁶, che stipulano contratti con i soggetti professionisti tendenti ad abusare della loro posizione. Disciplina costituita da norme che non sono dettate a tutela di interessi generali, come è proprio dell’ordine pubblico nella sua accezione tradizionale, ma a tutela di interessi di categoria. Questo incide su alcuni profili della disciplina, come la nullità speciale di protezione che colpisce le clausole vessatorie e opera soltanto a vantaggio del consumatore, nel senso che “ove la clausola preveda ad un tempo diritti e obblighi per il consumatore, la nullità travolge solo quel frammento di clausola che prevede doveri a suo carico, facendo salvi i diritti disposti in suo favore”⁴⁷.

Questa tutela della parte debole non si limita a semplificare gli scambi commerciali e a rendere uniformi le discipline nazionali degli Stati membri, ma è volta alla realizzazione di un mercato funzionale ed efficiente sulla base della solidarietà sociale. E’ stato osservato come “il mercato oggi venga concepito come una istituzione giuridica, una

⁴⁵ P. Stanzione e A. Musio, *La tutela del consumatore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Mario Bessone, Giappichelli, Torino 2009, p.4.

⁴⁶ Definizione stabilita all’articolo 3 comma 1 lettera a) cod. cons. d.lgs.n.206/2005, che è di segno opposto rispetto a quella di professionista di cui all’articolo 3 comma 1 lettera c).

⁴⁷ V. Roppo, *Trattato del Contratto, IV Rimedi I*, Milano, Giuffrè, 2006, p.155.

creazione del diritto, che con le sue leggi lo governa e lo controlla secondo un criterio unificante alla cui definizione concorre anche il principio di solidarietà. La solidarietà è non tanto una virtù morale che si esplica nei rapporti interindividuali con atti personalizzati nei confronti di singole persone in situazione determinate, quanto un principio giuridico oggettivo complementare del principio di uguale trattamento enunciato nell'articolo 3 della Costituzione"⁴⁸.

La presa di coscienza del fatto che frequentemente il danno arrecato al consumatore si traduce anche ed innanzitutto in una lesione di diritti inviolabili della persona, ha reso sempre più pressante l'esigenza di inquadrare la *consumer protection* nella più ampia prospettiva dell'articolo 2 della Costituzione⁴⁹. E' stato infatti rilevato che "in un moderno diritto civile comunitario i valori di implementazione sovranazionale, devono conciliarsi con i valori costituzionali che subordinano l'iniziativa economica privata ai valori fondamentali della persona"⁵⁰. Il cittadino consumatore, la persona consumatore, si proietta nella dimensione in cui normalmente egli è regolamentato, quella costituzionale, che trova i suoi referenti normativi più importanti negli artt. 2, clausola generale di tutela della personalità, 3 comma 2, eguaglianza sostanziale, 32 diritto alla salute, 41 comma 2, controlli sull'attività di impresa.

Ci fu un primo accenno alla problematica dei consumatori nel trattato di Maastricht, ma per la disciplina specifica si fa riferimento all'anno 1993 quando venne emanata la direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori, recepita in Italia con Legge n.52/1996 e vide l'introduzione

⁴⁸ L.Mengoni, M. Napoli, *il lavoro nella dottrina sociale della chiesa*, Milano : Vita e Pensiero, 2004.

⁴⁹ P. Stanzione e A. Musio, *La tutela del consumatore*, in Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone, Giappichelli Editore – Torino, 2009, p.12

⁵⁰ P. Stanzione e A. Musio, Op. ult. Cit. p.10.

del capo XIV bis nel Titolo II, Libro IV del codice civile, rubricato “Dei contratti del consumatore”. E’ stato osservato dalla dottrina che ci fu un radicale mutamento di prospettiva poiché venne superato il principio dell’uguaglianza formale delle parti. E’ stato sostenuto in dottrina che “si prese coscienza dell’esistenza di questa disuguaglianza sostanziale tra le parti che richiedeva quindi una disciplina differente. Gli strumenti tradizionali di tutela erano predisposti per tecniche di formazione del contratto in cui i contraenti erano dotati di medesima forza contrattuale”⁵¹. La legislazione di matrice comunitaria contribuisce ad una vera e propria rivoluzione dei principi che venivano considerati immutabili e intangibili nella disciplina codicistica del contratto in generale. Una dottrina fa riferimento in particolare al “dogma del diritto dei contratti: quello della *sanctity of contract*, ovvero del principio di insindacabilità dell’equilibrio contrattuale, in quanto frutto dell’autonomia dei contraenti e che suppone eguali posizioni di partenza nel gioco della contrattazione; mentre negli scambi di mercato si moltiplicano le situazioni di squilibrio, legate ad una strutturale disparità di potere tra i protagonisti dello scambio”⁵². Gli interventi comunitari sono stati tali da modificare nel corpo del diritto civile non soltanto la disciplina specifica, ma anche regole, principi, interpretazioni giurisprudenziali, al punto che qualcuno ha parlato di europeizzazione del diritto dei contratti⁵³.

La legge del 1996 ha introdotto, all’interno del codice civile, l’articolo 1469 *quinquies*, che nel disciplinare il regime sanzionatorio delle clausole vessatorie prescrive al comma 1 che tali clausole “sono inefficaci mentre

⁵¹ P. Stanzione e A. Musio, *La tutela del consumatore*, op. ult. cit. p.4.

⁵² Cfr. V. Roppo, *Trattato del contratto (IV RIMEDI – 1)*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p.9.

⁵³ P. Stanzione e A. Musio, *La tutela del consumatore*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Mario Bessone, Giappichelli, Torino, 2009, p. 10.

il contratto rimane efficace per il resto” e al comma 3 “l’inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

A causa della frammentaria legislazione consumeristica sorgevano sempre più problematiche interpretative e per riportare chiarezza si decise di costituire un quadro più organico. La disciplina venne espunta dal codice civile e venne inserita in un testo legislativo unico, il d.lgs.n.206/2005 che prese il nome di Codice del Consumo, mutuando l’esperienza francese, e composto da 6 parti. In altre realtà giuridiche europee esistevano da tempo leggi generali sui consumi come il *Code de la consommation* francese risalente al 1993, il *Consumer Protection Act* 1987, la legge generale sul consumo spagnola e anche la legge generale sulla protezione dei consumatori romena del 1992. Il codice del consumo italiano oggi raccoglie in un unico testo tutti gli interventi emanati in modo frammentario in materia di tutela dei consumatori, allo scopo di assicurare che le procedure inerenti al consumo si effettuino in modo corretto, correttezza nell’acquisto e uso di beni e servizi, riconoscendo il diritto dell’individuo ad una efficace educazione ed informazione.

E’ stato osservato che “lo sviluppo economico, fondandosi su consumi di massa, moltiplica le occasioni in cui i consumatori possono essere ingiustamente pregiudicati da comportamenti scorretti delle imprese. Infatti in tutti i più evoluti paesi industriali i legislatori si preoccupano, anche per impulso di potenti e attive *organizzazioni di consumatori*, di predisporre strumenti legali per la tutela di quegli interessi”⁵⁴.

Sulla base dell’articolo 3 comma 2 della Costituzione della Repubblica italiana lo Stato italiano dovrebbe eliminare gli ostacoli all’eguaglianza dei cittadini e farsi carico delle differenze per trattare in modo diverso

⁵⁴ Cfr. V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 833 e ss.

situazioni giuridiche diverse e introdurre nel sistema giuridico dei mezzi volti a riequilibrare il contratto.

Questi strumenti si possono ravvisare nella previsione di obblighi informativi pregnanti in capo al professionista, informazioni esaurienti che già nella fase delle trattative deve fornire al consumatore. Lo *ius poenitendi* in capo al consumatore. La disciplina delle clausole vessatorie e relativi rimedi. Il tutto è volto a ricomporre le asimmetrie esistenti tra le parti contrattuali e consentire al consumatore di ottenere una tutela in casi di abuso.

Di grande rilievo sono inoltre, in tutti i paesi industrializzati e dotati di diritti e libertà riconosciuti costituzionalmente, le organizzazioni dei consumatori che si sono attivate al fine di sensibilizzare i legislatori nel predisporre strumenti legali per una tutela concreta. Già nel lontano 800 si faceva strada un pensiero politico e filosofico sulle associazioni che può ritagliarsi anche oggi una fetta importante nella società. Per ragioni di chiarezza è opportuno accennare al pensiero di Giuseppe Mazzini: “Credo nell’Associazione come nel solo mezzo che noi possediamo per compiere il Progresso, non solamente perché essa moltiplica l’azione delle forze produttrici, ma perché essa ravvicina tutte le diverse manifestazioni dell’anima umana e fa sì che la vita dell’individuo abbia comunione colla vita collettiva; e so che l’associazione non può essere feconda se non esistendo fra individui liberi, fra nazioni libere, capaci di coscienza della loro missione”⁵⁵. Nel far valere i diritti dei consumatori infatti si sono affermate quelle “*associazioni di consumatori* che per i loro requisiti di serietà, consistenza numerica e diffusione possano considerarsi *rappresentative a livello nazionale, possono agire in giudizio per la tutela di interessi collettivi* e sono rappresentate nel Consiglio

⁵⁵ G.Mazzini, *I doveri dell'uomo*, 23.4.1860

nazionale dei consumatori e degli utenti”⁵⁶. Anche in termini di conseguenze della vessatorietà di una clausola possono giocare un ruolo fondamentale le associazioni rappresentative dei consumatori che sono iscritte nell’elenco di associazioni conservato presso il Ministero delle attività produttive, associazioni di professionisti, così come le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono convenire in giudizio il professionista o le associazioni di professionisti che utilizzano o che raccomandano l’utilizzo di condizioni generali di contratto ritenute vessatorie e adire il giudice ai fini dell’inibitoria⁵⁷.

Nel 2007 il legislatore italiano introduce il nuovo concetto di “pratiche commerciali sleali” nel codice del consumo⁵⁸, che proviene dalla direttiva 29/2005 e compie un’operazione di raggruppamento di fenomeni come la pubblicità ingannevole e altre scorrettezze delle imprese verso i consumatori. Autorità italiana preposta ai controlli sulla correttezza dei messaggi pubblicitari e delle pratiche commerciali é l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), alla quale si possono rivolgere i cittadini, direttamente, o tramite le associazioni dei consumatori.

Disciplina particolare è quella dei contratti fra un consumatore e un professionista per l’acquisto di beni o servizi *a scopi personali*. La ratio coincide con quella di cui all’articolo 1341, ossia proteggere la parte considerata debole nel rapporto contrattuale. Tuttavia differisce il campo di applicazione poiché l’articolo 1341 cod.civ. si applica a tutti i contratti standard, sia che la controparte ricopra il ruolo di professionista sia di consumatore, quindi anche ai rapporti *business to business*. La protezione dei consumatori in questi contratti si esplica nelle regole sulle clausole vessatorie e quelle sulle informazioni precontrattuali nella fase delle

⁵⁶ Così V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p.834 e ss.

⁵⁷ Cfr Febbrajo, Tommasi, *Profili di diritto dei consumatori*, EUM – Edizioni Università di Macerata, 2010, p.103

⁵⁸ V. artt 18 e ss.cod.cons.

trattative. Nel procedimento di formazione del contratto l'utilizzo del vincolo formale è finalizzato proprio a veicolare le informazioni per compensare la connaturata asimmetria contrattuale. Secondo la dottrina questi vincoli possono ascrivere a un formalismo garantistico o difensivo⁵⁹. Viene osservato dalla dottrina che “disciplina delle clausole vessatorie non è applicabile a tutti gli scambi che nel loro complesso concorrono oggettivamente a formare il mercato finale di determinati beni di consumo, ma soltanto a quelle contrattazioni, che in ragione della condotta concreta dei soggetti coinvolti, manifestino una situazione rispetto alla quale il consumatore risulta meritevole di tutela”⁶⁰.

1.4 Contratto dei consumatori come nucleo essenziale del diritto privato europeo

La continua evoluzione delle regole, sia a livello europeo che nazionale, permette di collocare i contratti stipulati dai consumatori e la normativa sulla tutela di questi soggetti deboli, al centro e alle origini del diritto privato europeo. In una realtà dominata da intensi scambi commerciali a livello internazionale non sono infatti pochi i tentativi di regolamentazione di questo fenomeno. Torna utile il brocardo latino *ubi societas, ibi jus* per affermare che laddove esiste una società, c'è anche il diritto e che il diritto segue la società. Così anche l'Unione Europea è intervenuta a regolamentare spontaneamente ciò che risultava

⁵⁹ Cfr. V. Roppo, *Trattato del Contratto, I Formazione*, Milano –Dott. A. Giuffré Editore, 2006, p. 548.

⁶⁰ A. Albanese, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur e dir priv*, 3/13, p. 670 e ss.

abbisognevole di tutela, rafforzando la fiducia dei consumatori nei loro acquisti di beni ad uso personale e familiare e cercando quanto più possibile di eliminare gli effetti distorsivi della libera concorrenza. Un diritto, in senso formale, che promana dal diritto dell'Unione Europea.

Pur difettando del requisito della statualità nei termini nei quali si è abituati ad associare un ordinamento ad uno Stato⁶¹, con spontanea confidenza ci si rivolge al diritto privato europeo e al volto giuridico dell'Europa che regola il proprio mercato unico. Questo diritto in particolare è il risultato dell'attività normativa delle istituzioni europee e dell'attività accademica di studio, dialogo e confronto tra giuristi europei.

Vi è la tendenza di parte della dottrina a rivendicare un ruolo di attrice principale del diritto privato europeo, intendendolo appunto come prodotto della *communis opinio doctorum*⁶². Sul versante dottrinale spiccano infatti vari progetti di codice che si collocano al di fuori di una volontà politica ordinamentale e questi sono: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Code Européen des contrats* (codice Gandolfi), *Principles of European Law* (PEL), Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC), questi ultimi in particolare elaborati dalla Commissione presieduta da Ole Lando. Infine, non di minore importanza, il "Quadro comune di riferimento"⁶³ (DCFR) ad opera del Gruppo di studio per un codice civile europeo diretto da C. von Bar e del Gruppo Acquis.

Sul versante, invece, del diritto positivo e diritto privato europeo in senso formale, ci si riferisce al diritto europeo in senso proprio, comprensivo da

⁶¹ C. Castronovo, S. Mazzamuto *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffré Editore, Milano, 2007 p. 3.

⁶² C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffré, Milano, 2007, cit. p.6.

⁶³ Per approfondimenti cfr G. Alpa, *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law: New Paths in a Comparative Perspective*, München, European Law Publishers, 2013.

un lato dei Trattati (fonte primaria), dei regolamenti e direttive *self executing* (diritto derivato), caratterizzati da norme precettive, ossia dettagliate al punto da consentire una diretta applicazione negli stati membri. Dall'altro lato sussiste un bisogno di attuazione che fa capo a quelle direttive composte da norme programmatiche e che vincolano gli Stati al raggiungimento di un risultato preciso. La direttiva 93/13/CEE non si limita a intervenire su singole operazioni contrattuali o modalità di conclusione del contratto, bensì introduce delle regole generali che riguardano l'intera categoria dei contratti dei consumatori. E' stata la prima volta che sono state approvate in sede comunitaria regole che incidono sulla disciplina generale del contratto. Il rapporto tra legislatori nazionali e legislatore europeo è improntato oltre che sull'obbligo degli stati di dare attuazione alle direttive, anche sull'obbligo di leale collaborazione previsto all'articolo 4 comma 3 TUE. *“In virtù del principio di leale collaborazione, l'UE e gli stati membri si rispettano e assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione di obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”*.

Altra importante fonte è costituita dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) derivante dal Consiglio d'Europa e a cui l'Unione Europea aderisce tramite l'articolo 6 comma 3 TUE⁶⁴. Infatti l'articolo prescrive che *“I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*.

⁶⁴ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0017.02/DOC_1&format=PDF

Il diritto europeo adotta come tecnica quella dei rimedi e vuole fornire soluzioni concrete, lungi dall'adottare la tecnica meramente astrattizzante dei diritti. Infatti viene inteso come diritto anzitutto su base rimediale in conseguenza della mancanza, come già espresso, di un ordinamento completo a cui far riferimento e improntato sulla semplificazione e flessibilità delle tutele predisposte dalle norme europee stesse, al fine di non travolgere il diritto degli Stati Membri⁶⁵.

Per trattare del “contratto di diritto europeo” occorre fare riferimento all'*acquis communautaire* che racchiude principi e modelli del diritto contrattuale di derivazione comunitaria. Gli interventi europei riguardano prevalentemente la circolazione dei beni di consumo e varie categorie di servizi, quindi l'*acquis* non rappresenta tanto una compiuta e organica disciplina dei fenomeni contrattuali, quanto il frutto di un'opera di armonizzazione⁶⁶. *Aquis-ul comunitar* contiene essenzialmente due principali aree: i Trattati, diritto primario, e, dall'altro lato, il diritto derivato, regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni⁶⁷.

Lo si è osservato in dottrina che “la protezione degli interessi economici del consumatore ha rappresentato per lungo tempo l'obiettivo che ha ricevuto maggiore attenzione da parte del legislatore comunitario e gli interventi si sono concretizzati nella realizzazione di una politica di armonizzazione di alcuni profili delle discipline legali delle fattispecie contrattuali, ritenute di maggiore interesse per i consumatori, essendo il contratto lo strumento giuridico *par excellence* per dare attuazione ai rapporti economici di scambio che li vedono coinvolti⁶⁸.”

⁶⁵ Cfr. C. Castronovo, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2007 p. 12.

⁶⁶ Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 147.

⁶⁷ Cfr. M.A. Vasile, *Legislatie si protectia consumatorilor*, Europlus, Galati, 2009, p.45-

⁶⁸ G. Alpa, *I contratti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 52 e 53.

Principio fondamentale che regola il diritto contrattuale nel nostro ordinamento, stabilito all'articolo 1322 del codice civile, e anche in quello romeno, *articolul 1169 cod civil*, è quello dell'autonomia contrattuale (*autos nomos*) incentrata sulla libertà di contrarre e di determinare da soli il contenuto del contratto.

Per definire il “contratto di diritto europeo” si devono prendere in considerazione le teorie dei contratti dei singoli ordinamenti nazionali e in particolare enucleare dei principi comuni a più ordinamenti. Commissione e Parlamento europeo privilegiano lo studio dell'*acquis communautaire*, un'opera di armonizzazione in cui vengono riportati principi e modelli consolidati nel diritto contrattuale di derivazione comunitaria. La normativa europea riguarda prevalentemente la tutela del consumatore e la circolazione dei beni di consumo ed ecco perché non si ha una disciplina organica e compiuta dei fenomeni contrattuali. L'armonizzazione dei singoli diritti degli stati membri realizzata dalle direttive, insieme al ruolo centrale rivestito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, contribuiscono a ravvicinare le diverse realtà giuridiche⁶⁹. Tutto questo porta all'affermazione per cui il diritto privato europeo è frutto del diritto degli Stati membri dell'Unione Europea.

Importanza fondamentale viene riconosciuta al diritto contrattuale comunitario dei consumatori, tanto da essere denominato Consumer law o *Konsumentenrecht*, il già citato *acquis communautaire* contenente un grado talmente elevato di densità normativa da innestarsi sulla disciplina classica del contratto conosciuta dai codici nazionali.

Nella prospettiva europea l'autonomia privata viene esercitata tramite lo strumento dei contratti e dal punto di vista del DRAFT, diritto europeo di fonte accademica, l'unica autorità è l'autonomia privata stessa,

⁶⁹ Così S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, op. cit.

autonomia che incontra dei limiti derivanti dalla normativa consumeristica. Il Draft è proprio il prodotto di un percorso che trae origine dal miglioramento dell'acquis comunitario e recepisce quelle che nel diritto europeo erano norme di regolamentazione del fenomeno contrattuale. Uno dei primi settori in cui l'Europa decide di intervenire nell'ambito del diritto privato è proprio quello dei consumatori con lo scopo di tutelare l'autonomia privata stessa in tutti questi casi in cui i contraenti sono dotati di differente forza contrattuale.

Una base minima di norme comuni e semplificate è essenziale per guidare gli operatori del mondo giuridico, oltre che per regolare il mercato al fine di renderlo efficiente e permettere che le merci possano circolare liberamente, per eliminare la disparità di trattamento dovuta alla pluralità di normative dei vari paesi e per proteggere gli interessi dei consumatori dai comportamenti scorretti delle imprese. Lo sviluppo economico fondandosi su consumi di massa aumenta le occasioni in cui i consumatori possono essere lesi da comportamenti scorretti delle imprese e per la tutela dei loro interessi è necessario predisporre adeguati strumenti legali⁷⁰. E' stato rilevato in dottrina infatti che "i consumi non erano un fatto privato, ma pubblico e la tutela dei consumatori non era preoccupazione di pochi, ma un'esigenza generale" per cui occorreva sempre più "sensibilizzare l'opinione pubblica e richiamare attenzione del legislatore sui problemi dei consumatori"⁷¹. La tutela di questi soggetti deve comunque essere effettiva nel senso di voler evitare di soddisfare la ricerca del profitto dietro lo schermo della realizzazione degli interessi della collettività. Quindi evitare campagne pubblicitarie che elevano l'intento di tutela del consumatore a strumento di persuasione all'acquisto.

⁷⁰ cfr V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p.833.

⁷¹ G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, p.6.

Capitolo 2

CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI TRA CONSUMATORI E PROFESSIONISTI

Sommario: 2.1 Legislazione dell'Unione Europea 2.2 Attuazione in
Romania della normativa europea 2.3 Attuazione in Italia e profili
comparatistici 2.4 Considerazioni finali sull'esito della ricerca
comparatistica

2.1 Legislazione dell'Unione Europea

Nel momento in cui i “due protagonisti del mercato”⁷², imprenditore e consumatore, entrano in contatto, vengono in rilievo importanti diritti e doveri che meritano di essere messi in luce.

Secondo quanto è stato osservato “la libera circolazione di merci e servizi, radicata nella normativa europea sul mercato unico, produce due categorie di effetti: la standardizzazione dei contratti, collegata alla libera circolazione di merci e servizi e l’individualizzazione dei contratti con riferimento alle persone, nello specifico ai lavoratori. Se da un lato la standardizzazione ha lo scopo di costituire un modello standard, al fine di ridurre i costi e semplificare l’utilizzo di beni materiali e immateriali, dall’altro lato l’individualizzazione del contratto consente l’adeguamento dello stesso al soggetto specifico e concreto, grazie al contenuto formato da diritti ed obblighi, tali da rendere il rapporto trasparente all’individuo stesso”⁷³.

Sul versante della standardizzazione, nel caso di inserimento di clausole abusive nei contratti da parte degli imprenditori, chiaramente i soggetti immediatamente bisognosi di tutela risultano i consumatori, parti deboli del contratto, senza tuttavia tralasciare la possibilità di ritenersi lesi anche in capo agli imprenditori, qualora un concorrente operi in modo sleale.

Ci si pone qui nell’ottica in cui una carenza informativa ed economica rende chiaramente necessario un intervento volto a compensare le asimmetrie nei contratti, tutelando il *weak subject*.

Nel più generale obiettivo di garantire l’eguaglianza dei cittadini, art. 3 Costituzione italiana, e art. 4 e 16 *Constitutia romaniei*⁷⁴, nonché il diritto di difesa di cui all’art 24 Costituzione e art. 24 della *Constitutia romaniei*,

⁷² Così V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, cit. p.833.

⁷³ Così G. Orga-Dumitriu, *Dreptul european al contractelor*, Beck, Bucharest, 2013, p.137.

⁷⁴ L’articolo 4 *Constitutia romaniei* è rubricato *Unitatea poporului si egalitatea intre cetateni*, cioè l’Unità del popolo e l’uguaglianza fra i cittadini; l’articolo 16 è rubricato *Egalitatea in drepturi*, cioè uguaglianza con riguardo ai diritti.

i legislatori sono chiamati a farsi carico delle differenze che si manifestano all'interno di un regolamento negoziale, introducendo nel sistema giuridico strumenti volti a riequilibrare il contratto.

La legislazione consumeristica europea trovava, anche durante la vigenza del Trattato di Amsterdam, un suo punto di riferimento, in particolare all'articolo 153 comma 1: "Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare loro un livello elevato di protezione, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, sicurezza e interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi"⁷⁵.

Infatti è stato rilevato come gli Stati membri, nel dar vita ad una disciplina comune, oltre a favorire la circolazione dei beni all'interno del mercato unico europeo, correggevano i possibili effetti pregiudizievoli della concorrenza rispetto a interessi meritevoli di una tutela diversa rispetto a quella volta ad assicurare il funzionamento efficiente di meccanismi concorrenziali.

L'articolo 153 del Trattato CE impegnava infatti la Comunità a tutela i consumatori anche con riguardo a valori quali la salute, educazione e organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi⁷⁶.

Le principali tre basi legali che interessano il diritto contrattuale a livello europeo sono attualmente: artt. 114, 115, 169 TFUE⁷⁷. Gli articoli 114 e 115 sono collocati all'interno del capo III del TFUE dedicato al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, mentre il 169 del titolo XI mira nello specifico alla tutela del consumatore.

⁷⁵ A. Bartolini, *I diritti fondamentali dei consumatori in Europa*, Edizioni Nagard, 2007, p.7.

⁷⁶ Cfr. A. Albanese, *Contratto, Mercato e responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p.52.

⁷⁷ G. Orga-Dumitriu, *Dreptul european al contractelor*, BECK, Bucharest, 2013, cit. p. 149.

Per introdurre al meglio le argomentazioni principali che si vogliono trattare, occorre partire dalle origini di questo fenomeno, in particolar modo dalla direttiva comunitaria n.13/93/CEE, in materia di clausole contrattuali abusive nei contratti tra consumatori e professionisti.

E' stato rilevato come i primi interventi europei in materia sono stati più "timidi", nel senso di riguardare soltanto alcuni aspetti delle fattispecie contrattuali. Successivamente ci sono stati degli interventi più generali e riguardanti il cuore del diritto contrattuale, perciò i contratti dei consumatori hanno assunto una valenza sempre più importante.

Si ritiene infatti che "per la prima volta nel diritto europeo una direttiva introduce disposizioni di portata generale, suscettibili di interessare tutti i contratti"⁷⁸.

Tra questi interventi spicca proprio la direttiva del 1993"⁷⁹. Va tenuto conto infatti dell'opinione secondo cui "nel diritto comunitario si sia ormai accreditato il principio generale della tutela del consumatore"⁸⁰, principio implicito a questa stessa direttiva n.13/93/CEE.

Questa direttiva è stata attuata in vari Stati membri dell'Unione Europea tra cui anche l'Italia e la Romania.

Da un lato è stata recepita in Italia attraverso una novella nel codice civile nel 1996, con gli articoli 1469 bis e ss e successivamente sostituiti dal d.lgs n.206/2005.

In Romania, invece, è stata recepita con legge n.193/2000 concernente le clausole vessatorie nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori.

Direttiva che introduce "regole riguardanti la disciplina generale del contratto, ossia sulle clausole negoziali, sulla loro interpretazione, sul

⁷⁸ C.M. Bianca, G. Alpa, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, CEDAM, Padova, 1996, p.55.

⁷⁹ Così G. Orga-Dumitriu, *Dreptul european al contractelor*, C.H. Beck, Bucharest, 2013, p.178. op. cit.

⁸⁰ G.Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Editori Laterza, 1995, p. 174

loro oggetto (ad esclusione del prezzo), sull'equilibrio normativo tra le prestazioni, quindi sul bilanciamento di interessi delle parti contraenti"⁸¹.

Ancor prima, secondo quanto viene stabilito dall'articolo 1 della direttiva stessa, lo scopo è quello di *“ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore”*.

La direttiva del Consiglio 93/13/CEE del 5 aprile 1993 riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori prevede anch'essa che gli stati membri debbano fornire *“mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori”*, e specifica che detti mezzi *“comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole”*⁸².

Alla base di ogni contratto vi è il già citato fondamentale principio dell'autonomia contrattuale, espresso anche nel DCFR all'articolo 1:102(1). *“Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules”*⁸³.

In tal senso si esprime anche l'articolo 1169 del codice civile romeno del 2011, rubricato libertà contrattuale, prescrivendo che *“le parti sono libere di stipulare qualsiasi contratto e di determinare liberamente il contenuto*

⁸¹ Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, p.197

⁸² C. M. Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995, p. 196.

⁸³ Vedi anche II. – 4:101 e IX. – 5:101.

del contratto, tenendo conto dei limiti di legge, ordine pubblico e buon costume”.

L'articolo 1322 del codice civile italiano del 1942, rubricato “autonomia contrattuale”, prescrive la stessa libertà in capo alle parti di determinare il contenuto del contratto, nei soli limiti imposti dalla legge.

Così come sottolineato, “un’effettiva libertà contrattuale è incompatibile con situazioni di disuguaglianza sostanziale dei contraenti, quale è quella tra consumatori e professionisti, e, pertanto, per garantirne l’esercizio, è necessario un intervento del legislatore volto ad equilibrare il rapporto contrattuale”⁸⁴.

A fronte del cattivo esercizio dell’autonomia contrattuale da parte dei contraenti, l’ordinamento “sanziona” il prodotto dell’autonomia privata.

Nell’ordinamento italiano la categoria della invalidità non è disciplinata in via generale all’interno del codice civile del 1942, tuttavia questa categoria viene utilizzata di frequente per identificare i rimedi della nullità e annullabilità.

L’invalidità inoltre si riconnette all’inefficacia del contratto, non alla sua inesistenza. Autorevole dottrina definisce l’inesistenza così: “quando si tratta di definire il negozio o il contratto inesistente, si dirà, tautologicamente, che non esiste il negozio se non ne esistono tutti gli elementi costitutivi, che non esiste il contratto se mancano uno o più elementi necessari per la sua perfezione”⁸⁵.

Anche nell’ordinamento romeno sussiste il rimedio *nulitate* prevista agli articoli 1246 e ss del *Noul cod civil*. Questo articolo infatti prescrive che qualsiasi contratto concluso in violazione delle condizioni richieste dalla

⁸⁴ Così A. Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, op.cit. p.61.

⁸⁵ R. Sacco, voce *Inesistente (negozio, o contratto)*, in *Digesto*, 2010

legge per la sua validità, è soggetto a nullità, salvo altri rimedi previsti espressamente per legge.

E' definita, infatti, anche in dottrina come il rimedio che priva di effetti l'atto giuridico. Si tratta di una privazione di quegli effetti contrari alle norme giuridiche per la validità dello stesso⁸⁶.

Il diritto europeo si disinteressa della natura di questo rimedio, non distinguendo tra nullità e annullabilità, bensì rivolgendo il proprio interesse verso le sue conseguenze pratiche, data la sua fondamentale impostazione pragmatica. Pertanto demanda il compito di individuare il rimedio, nello specifico, alle singole legislazioni nazionali degli stati membri. La direttiva n.13 del 1993 prevede all'articolo 6: *“Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore e professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”*.

E' stato osservato che “a motivo dell'ampiezza dell'ambito di applicazione della direttiva, pochi sono i contratti di massa che le sfuggono: un amplissimo settore di negoziazioni viene sottratto alla disciplina tradizionale per costituire un polo normativo a sé.

Spetta poi ai legislatori nazionali decidere se includere o meno le regole di attuazione della direttiva nei codici, e se estendere o meno le regole riservate ai consumatori anche a tutte le altre categorie di contraenti”⁸⁷.

La scelta dei due legislatori italiano e romeno è stata quella di dar vita a un codice del consumo che potesse regolamentare questo settore regolato in modo frammentario.

⁸⁶ Cfr. G. Boroi C.A.Angheliescu, *Drept civil, Partea generala ed. II*, Hamangiu, 2012, p.236.

⁸⁷ S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, p.196.

Il parametro adottato dalla direttiva per la valutazione dell'abusività delle clausole è quello della buona fede, ossia correttezza e leale comportamento delle parti, ed è demandato al giudice competente il compito di valutare questa abusività.

E' stato osservato che il comportamento del professionista che abbia predisposto clausole oscure viola infatti l'obbligo di correttezza e buona fede che deve accompagnare i contraenti fin dalle trattative e per l'intera durata del loro rapporto⁸⁸.

Oltre alla difficoltà nella redazione di un testo normativo multilingue, come accade nella legislazione comunitaria, sorgono problemi linguistici anche in sede di attuazione della direttiva negli ordinamenti nazionali.

In Italia l'abusività della singola clausola contrattuale viene tradotta con "vessatorietà", che si misura sulla base dello squilibrio contrattuale in danno del consumatore "malgrado il requisito della buona fede", nel testo romeno della direttiva si fa ricorso all'espressione "*în contradicție cu cerința de bună credință*", mentre l'abusività delle clausole viene tradotta con "*clauze abuzive*".

Nell'ordinamento romeno viene quindi richiamata la buona fede in senso oggettivo, poiché si traduce per mezzo dell'espressione "in contrasto con l'obbligo di buona fede". La prima formulazione della direttiva in lingua italiana, "malgrado la buona fede", ha determinato il dubbio se si trattasse di buona fede in senso oggettivo oppure in senso soggettivo⁸⁹. Il dibattito, secondo quanto espresso in dottrina, non è stato sopito dal varo del codice del consumo che ha optato per la buona fede soggettiva⁹⁰.

⁸⁸ Cfr. F. Tommasi, *Contratti e tutela dei consumatori*, UTET Giuridica, Torino, 2007, op. cit. p.88 e ss.

⁸⁹ Così G.Alpa, *Repertorio di giurisprudenza sulle clausole vessatorie*, Giuffrè Editore, 2004, p.10.

⁹⁰ F. Tommasi, *Contratti e tutela dei consumatori*, UTET Giuridica, Torino, 2007, op. cit p.79 e ss.

Come si evince dalle sentenze di Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Asturcom e Pannon GSM*, è stata osservata “l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela dei consumatori, la disciplina sulle clausole abusive introdotta dalla direttiva deve essere considerata come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico e di conseguenza, il giudice nazionale sarà tenuto d'ufficio a valutare il carattere eventualmente abusivo delle clausole, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari” e “dovrà tenere conto della natura dei beni o dei servizi oggetto del contratto e di tutte le circostanze che materialmente hanno accompagnato la conclusione dello stesso”⁹¹.

Una volta accertata la vessatorietà della clausola, come viene inteso il significato della direttiva “non vincolano il consumatore”? Quali sono state le scelte del legislatore italiano e quello romeno? Di conseguenza, quale è il livello di tutela assicurato ai consumatori? Di seguito si vogliono mettere in risalto le scelte interpretative, il livello di tutela e i rimedi in capo ai consumatori “vessati” a seguito di comportamento scorretto della propria controparte contrattuale forte, il professionista.

Gli aspetti fin qui esaminati mettono in risalto il tentativo compiuto dai legislatori, sia quello europeo che nazionali, per ricostituire un equilibrio tra le parti contrattuali nei contratti c.d. “asimmetrici” e per garantire la conformità dell'assetto contrattuale ai principi generali degli ordinamenti nazionali che si influenzano reciprocamente sotto l'influenza della normativa dell'Unione Europea.

⁹¹ G. Spoto, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della corte di giustizia*, in *Eur. e dir. Priv.*, fasc.1, 2016, p.249.

2.2 Attuazione in Romania della normativa europea

Nel 2009 é stato *adoptat*, adottato il nuovo Codice Civile della Romania, entrato in vigore il 1 Ottobre del 2011 con pubblicazione nel *Monitorul Oficial*. La novità fondamentale di questo codice è costituita dalla riforma del sistema di regolazione giuridica dei rapporti tra privati mediante l'abrogazione del codice del commercio. Il sistema dualista preesistente basato sul *Codul civil* del 1864 e *Codul comercial* del 1887, per altro di ispirazione italiana⁹², è stato sostituito da un sistema monistico. Questo balza all'occhio del giurista in quanto anche il legislatore italiano del 1942 opta per un assorbimento di materie che fino a quel momento erano contenute nel codice del commercio⁹³.

A partire dal 1998 la Romania intraprende un percorso di ricodificazione civile avvalendosi della collaborazione di giuristi del Quebec, oltre che ispirarsi al sistema italiano, svizzero, tedesco, spagnolo e brasiliano. Attualmente il codice del 2011 si compone di 7 libri⁹⁴, 2664 articoli e un titolo preliminare.

E' stato ritenuto in dottrina che la regolazione giuridica unitaria dei rapporti del diritto privato ha trasformato i rapporti giuridici commerciali, *raporturile juridice comerciale*, rapporti giuridici civili, *raporturi juridice civile*. Un'importante conseguenza di questo cambiamento è l'introduzione della nuova definizione di professionista (*profesionist*) che prevede un ambito di applicazione più ampio di quello della vecchia

⁹² A. Negri, *Sistemi giuridici nel mondo: introduzione di Gabriele Crespi Reghizzi*, Giappichelli, 2016, p.124.

⁹³ V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p.37.

⁹⁴ Libri così composti: I Persone, II Famiglia, III Beni, IV Successioni e liberalità V Obbligazioni, VI Prescrizione estintiva, decadenza e termine, VII Diritto internazionale privato.

definizione di commerciante (*comerciant*), tant'è che quest'ultima definizione è ricompresa in quella nuova. Nel codice civile il professionista è colui che gestisce un'impresa (*cel care exploatează o întreprindere*).

La Direttiva Comunitaria n.13 del 1993⁹⁵, concernente clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, viene recepita anche nell'ordinamento romeno con legge n. 193 del 2000⁹⁶, *lege privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori*, riformata e republicata, pubblicata nuovamente nel *Monitorul Oficial* nel 2012 (*Legea nr. 76/2012*).

In un primo momento il legislatore del 2000 faceva riferimento ai contratti tra *comercianti e consumatori* per poi essere sostituito con la definizione di *profesionist*, categoria che nel *Noul Cod Civil* ricomprende l'imprenditore, il commerciante, l'operatore economico, nonché altri intermediari.

Nel sistema della direttiva 93/13/CEE la nozione di *comerciant* è stata inizialmente ricondotta alle categorie di venditore di prodotti e fornitore di servizi⁹⁷. Infatti all'articolo 2 lettera c) si traduceva con *vanzator* o *furnizor*. Questa definizione è stata recepita in modo conforme anche nel *codul consumului*, ma non vale lo stesso per il testo della legge n. 193/2000 che potrebbe far pensare ad un recepimento difettoso, poiché

⁹⁵ Cfr. L. Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive in contractele de credit*, Hamangiu, 2017, V. p. 449 testo della direttiva 93/13, che viene modificata e integrata dalla direttiva 2011/83/UE.

⁹⁶ https://anpc.ro/anpcfpt/legislatie/131017/legea_193_2000_131017.pdf

⁹⁷ All'articolo 2 della Direttiva 93/13, (c) „vânzător sau furnizor” înseamnă orice persoană fizică sau juridică care, în cadrul contractelor reglementate de prezenta directivă, acționează în scopuri legate de activitatea sa profesională, publică sau privată.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993L0013&from=IT>

l'ambito di applicazione della legge nazionale è più ampio (rientra nella definizione di *profesionist*) rispetto a quello della direttiva.

Non c'è niente di errato in questa trasposizione se si tiene conto della caratteristica della direttiva per cui viene stabilita una tutela minima in capo ai consumatori, permettendo ai legislatori nazionali di introdurre disposizioni più favorevoli ai consumatori.

In questo senso si può ritenere giusto l'ampliamento dell'ambito di applicazione. A confermare questa possibilità per il legislatore è anche una sentenza di corte di giustizia dell'Unione Europea, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/2008⁹⁸.

La legge n. 193 del 2000, che vieta ai professionisti di introdurre clausole abusive nei contratti, viene considerata un passo molto importante verso l'integrazione europea, la quale ha raggiunto il suo apice nel 2007 con l'entrata della Romania a far parte dell'Unione Europea.

Questa legge subisce ulteriori modifiche e integrazioni, apportate grazie all'ordinanza governativa d'urgenza, *O.U.G. nr. 34/2014*, e riguardante i diritti dei consumatori nell'ambito di contratti stipulati sempre con i professionisti. Ordinanza governativa che è stata approvata mediante *Legea nr. 157/2014*.

Il quadro delle fonti si completa grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in seguito a numerosi rinvii pregiudiziali esercitati dinanzi alla Corte stessa.

In linea generale é stato ritenuto che la legislazione consumeristica romena si concentri sui rapporti giuridici tra consumatori e professionisti, tenendo conto non soltanto della fase precontrattuale dei contratti e del momento stesso della stipulazione, bensì anche dell'esecuzione,

⁹⁸ Cfr. A. Pap, *Clauzele abuzive si drepturile consumatorilo in legislatia Uniunii Europene*, Universul Juridic, Bucharest, 2017, p.11.

insistendo sugli obblighi di informazione⁹⁹, che corrispondono a un diritto fondamentale del consumatore, e stabilendo un regime sulle clausole abusive definito dalla dottrina come costringitivo e persuasivo. E' definito in questo modo proprio perché basato sulla prevenzione e lotta all'abuso di potere economico e sull'applicazione di sanzioni civili, amministrative e anche penali¹⁰⁰. Vi è inoltre la presunzione di asimmetria con riguardo a questi rapporti giuridici contrattuali tra professionisti e consumatori.

Le principali questioni giuridiche, all'interno dell'ordinamento romeno, che hanno generato controversie sono riconducibili alla qualificazione e accertamento del carattere abusivo delle clausole, l'identificazione della natura del rimedio applicabile e il relativo regime giuridico, gli effetti derivanti dall'eliminazione delle clausole e la determinazione del livello di ingerenza dell'autorità, giudiziaria o amministrativa, nei contratti. In particolare le controversie di maggior interesse negli ultimi anni sono state e sono tutt'ora quelle tra consumatori e banche. Controversie che traggono origini dall'inserimento di clausole abusive nei contratti, *contracte de credit*.

La previsione di cui all'articolo 4 della legge n. 193/2000 chiarisce che una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di trattativa individuale, si considera abusiva se provoca, in violazione della buona fede, *contrar cerintelor de buna credinta*, un significativo squilibrio dei diritti e obblighi del contratto a carico del consumatore¹⁰¹.

L'equilibrio contrattuale è previsto espressamente dall'articolo 1166 C.civ. riferibile ovviamente al diritto comune, ed è rafforzato dalla

⁹⁹ Legge 30 luglio 1998, n. 281. Articolo 1 comma 2 lett. c).

¹⁰⁰ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, p.341 e ss.

¹⁰¹ Cfr. L. Gavrilescu, *Direcții de unificare a practicii judiciare naționale în materia cererilor consumatorilor fundamentate pe clauzele abuzive din contractele de credit bancar, în lumina deciziilor CJUE*, 16 Agosto 2018, Universul Juridic. <https://www.universuljuridic.ro>

Direttiva 93/13, dalla legge 193 del 2000 e anche dall'articolo 79 della legge 296/2004 *Codul consumului*. Tutte queste ultime previsioni sono riferibili all'equilibrio di diritti e obblighi tra consumatori e professionisti.

Le clausole contrattuali abusive sono quelle che vengono predisposte unilateralmente dai professionisti a detrimento dei consumatori e inserite in *contracte de credit, contracte comerciale, contracte de credit de consum, contracte de credit ipotecar etcetera*, ovvero sia contratti di credito, di credito al consumo, contratti commerciali, mutui ecc. Il contratto "commerciale", denominato dal nuovo codice semplice contratto, è il principale strumento grazie al quale vengono posti in essere gli scambi commerciali interni e internazionali.

Quei contratti in cui si può sfociare in un abuso del potere economico di una parte (*abuz de putere economica a comerciantilor*).

Interessante é ricordare ancora una volta la scelta pragmatica del legislatore europeo del 1993 in tema di conseguenze dell'abusività della clausola, nel senso di non voler optare per un istituto quale é quello della nullità o dell'annullabilità, poiché avrebbe generato delle discipline diverse nei singoli ordinamenti.

Infatti il consiglio ha precisato soltanto l'effetto della clausola vessatoria: inefficace per il consumatore. (Articolo 6 paragrafo 1 Direttiva 93/13/CEE).

L'ordinamento romeno opta allo stesso modo per l'inefficacia, che si deduce dall'articolo 6 della legge di attuazione n. 193/2000, in cui si prescrive che queste clausole *nu vor produce efecte asupra consumatorului*, non produrranno effetti nei confronti del consumatore.

L'articolo 6 l. n. 193/2000 prescrive che:

"clauzele abuzive cuprinse în contract și constatate fie personal, fie prin intermediul organelor abilitate prin lege nu vor produce efecte asupra"

consumatorului, iar contractul se va derula în continuare, cu acordul consumatorului, numai dacă după eliminarea acestora mai poate continua”,

“Le clausole abusive inserite nei contratti e rilevate sia personalmente, sia d’ufficio dall’autorità competente per legge a rilevarle, non producono effetti nei confronti del consumatore, e il contratto continuerà a produrre i suoi effetti per la restante parte, con il consenso del consumatore, dopo l’eliminazione di dette clausole”.

Mentre all’articolo 7 si prescrive:

“În măsura în care contractul nu își mai poate produce efectele după înlăturarea clauzelor considerate abuzive, consumatorul este îndreptățit să ceară rezilierea contractului, putând solicita, după caz, și daune-interese”.

Nel caso in cui il contratto non possa più produrre i suoi effetti a seguito dell’eliminazione delle clausole considerate abusive, il consumatore ha il diritto di chiedere la risoluzione del contratto e, a seconda dei casi, danni-interessi”.

In conformità con la legge n. 193 del 2000 una clausola é considerata abusiva nei casi in cui presenti questi requisiti: non è stata oggetto di trattativa individuale in via diretta da parte del consumatore; se la clausola stessa, o la clausola insieme ad altre clausole presenti del contratto, in violazione alla buona fede, comporti uno squilibrio significativo dei diritti e obblighi a carico del consumatore.

Queste clausole abusive, inserite nei contratti e rilevate dal consumatore stesso o d’ufficio, da parte dell’autorità giudiziaria, *nu vor avea efecte*, non produrranno effetti nei confronti del consumatore, ad eccezione del caso in cui vi sia l’accordo del consumatore e soltanto se, dopo

l'eliminazione di queste clausole, il contratto possa ancora spiegare i suoi effetti.

L'articolo 14 della legge n. 193/2000 prevede inoltre la possibilità per il consumatore, che subisca un pregiudizio derivante dalla presenza di queste clausole abusive nel contratto, di procedere dinanzi all'autorità giudiziaria sulla base delle disposizioni previste dal codice civile e dal codice di procedura civile. L'autorità giudiziaria è competente ad intervenire per limitare, guidare o ancora completare gli effetti dei contratti.

La legislazione consumeristica posta a tutela dei consumatori e avente come scopo quello di riequilibrare le asimmetrie contrattuali e prevenire l'abuso di potere economico, determina importanti deroghe al diritto comune, *drept comun*, dei contratti.

Più in generale si tutela la libertà economica e di mercato predisponendo controlli sull'esercizio della libertà contrattuale affinché quell'esercizio, espressione di un oggettivo potere di mercato, non tramodi in abuso e non cagioni lesioni alla libertà contrattuale del consumatore.

Analogamente alla previsione di cui all'articolo 1372 c.c., anche in Romania il contratto ha forza di legge tra le parti. Infatti l'articolo 1270 N.c.c. rubricato *forța obligatorie*, prescrive al comma 1: "*contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante*".

Le norme in questione rientrano nel cosiddetto ordine pubblico economico, *ordine publica economica*, inquadrandosi nelle leggi di ordine pubblico sulla contrattazione asimmetrica.

I limiti all'autonomia contrattuale, imposti dalla legge sono dati proprio dall'ordine pubblico e dal buon costume.

In questo senso si prescrive all'articolo 11 *Noul cod Civil* secondo cui un contratto non possa contenere clausole che deroghino al buon costume e all'ordine pubblico e nei casi di violazione dei suddetti limiti previsti per

legge, le clausole abusive sono considerate inefficaci (il già citato articolo 6 l. n. 193/2000 che attua l'articolo 6 comma 1 Direttiva 93/13).

Si evince quindi un ruolo centrale dell'ordine pubblico nel giudizio di illiceità del contratto. La violazione di queste norme determina una responsabilità extracontrattuale. (*responsabilitate civila delictuala*).

La suprema Corte di Cassazione (*inalta curte de casatie si justitie ICCJ*), si è pronunciata nel senso di inquadrare questa inefficacia nell'istituto della nullità e quindi le clausole abusive sono nulle in quanto contrarie all'ordine pubblico.

Si tratta di nullità denominata "assoluta" (*nulitate absoluta*), posta a presidio di interessi generali, quindi invocata da chiunque vi abbia interesse e l'azione per farla dichiarare non è soggetta a prescrizione. Questa nullità si contrappone a quella "relativa" (*nulitate relativa*), che ha caratteri assimilabili all'annullabilità del sistema giuridico italiano. Quest'ultima è posta a presidio di interessi particolari ed è un rimedio che può essere invocato solo dalla parte nel cui interesse la legge lo prevede. Quindi la differenza risiede nella natura dell'interesse protetto¹⁰².

Quella che colpisce le clausole abusive è inoltre una nullità assoluta parziale poiché viene colpita soltanto la clausola accertata come abusiva mentre il contratto rimane valido per il resto.

Volendo dare brevi cenni riguardo al regime della nullità della clausola abusive, si fa anzitutto riferimento alla possibilità di un rilievo anche d'ufficio da parte del giudice, che deve consentire un contraddittorio tra le parti sulla questione, *care trebuie însă să pună în discuția părților această excepție*. La convalida di questa nullità è possibile solo in casi espressamente previsti per legge.

Come conseguenza tutte le prestazioni già eseguite vanno restituite e i pregiudizi provocati in capo al consumatore possono essere risarciti

¹⁰² G. Boroj, *Drept civil. Partea generala, Ed. II*, Hamangiu, Bucarest, 2012, p.243.

mediante azione esperita innanzi al giudice ex articolo 14 l. 193/2000. Si avrà quindi una responsabilità extracontrattuale conseguente all'accertamento della nullità della clausola o, in altri casi, a seguito dell'accertamento dell'inefficacia della clausola.

Così come il carattere abusivo della clausola, anche la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

In dottrina vi è anche la tesi per cui le clausole abusive sono considerate non scritte e questa tesi ha guadagnato sempre più terreno. Questo però a condizione che il rimedio applicabile sia appunto quello della nullità assoluta parziale, *nulitate absolută parțială*, care operează de drept, che operi di diritto. In questo senso richiama la regola della *nullité de plein droit* francese¹⁰³.

Tuttavia il rimedio della nullità non viene ritenuto sufficiente dalla dottrina per il raggiungimento dell'obiettivo di prevenzione e lotta all'abuso di potere economico dato dall'inserimento di queste clausole. Lo scopo della legislazione è infatti quello di dissuadere dall'inserire nel contratto clausole di questo tipo.

Oltre alla responsabilità civile *delictuala*, conseguenza della declaratoria di nullità, l'autorità giudiziaria può disporre anche *pedepse civile*, "punizioni civili" assimilabili a sanzioni punitive, che superino il quantum di pregiudizio sofferto dal consumatore a causa dell'utilizzo di clausole abusive da parte del professionista, con l'intento di scoraggiare il professionista *vinovat*, colpevole, e tutti i concorrenti, quindi dissuadere tutti dall'utilizzo di clausole di questo tipo nei propri rapporti giuridici con i consumatori.

¹⁰³ G. Rossi, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009, p.71.

Questo effetto dissuasivo è pronunciato anche dalla corte di giustizia dell'Unione Europea nel caso *Joaquin Calderon Camino vs Banco Espanol de Credito*.

La disciplina delle clausole abusive in Romania è rigida e mirata, essendo costituita al fine di prevenire comportamenti scorretti. Comporta l'applicazione di sanzioni civili, amministrative e addirittura penali¹⁰⁴.

Le regola riferite alla prevenzione, lotta e rimedi riferibili alle clausole abusive nei contratti, mediante il loro effetto di dissuasione, sono strumenti in generale di prevenzione all'abuso di potere economico.

Il tutto con lo scopo di dissuadere dal compimento di altri tipi di abusi futuri o, a seconda dei casi, l'adattamento del contratto per mezzo della revisione giudiziaria dei contratti al fine di riequilibrare i contratti stessi.

Comerciantii infatti possono subire sanzioni ed effetti negativi con riguardo alla propria immagine in conseguenza di sanzioni amministrative o giudiziarie per questo utilizzo di clausole abusive. Perciò automaticamente si asterranno dall'introdurle e saranno anche più attenti alle richieste dei consumatori di riequilibrare il contratto mediante la riduzione di tutto questo fenomeno.

La regolamentazione delle sanzioni applicabili, la prevenzione e lotta alle clausole abusive sono, grazie all'effetto dissuasivo intrinseco, degli strumenti di prevenzione dell'abuso di potere economico dei professionisti.

In tal senso i professionisti possono già prevedere quali saranno le sanzioni e gli effetti negativi sulla propria reputazione a causa di introduzione di clausole simili. Ecco perché automaticamente si astengono dall'introdurle nei contratti oppure, a seconda dei casi, sono

¹⁰⁴ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H.Beck, Bucharest, p.341.

molto più ricettivi di fronte alle richieste dei consumatori di riequilibrare i contratti¹⁰⁵.

Nel più ampio scopo di prevenzione, divieti e lotta alle clausole abusive, l'autorità amministrativa ANPC¹⁰⁶ è competente a constatare e applicare sanzioni in seguito all'introduzione nei contratti di clausole di questo tipo, così come il diritto di fare pubblicità "negativa" a questi contratti e a quelli che li pone in essere.

Le regolamentazioni più recenti nell'ambito dei contratti a distanza e fuori dai locali commerciali sono state previste con O.U.G ordinanza governativa d'urgenza 34/2012, che prevede una serie di obblighi specifici e accessori in capo alle società, tra cui si ricordano: le imprese devono fornire informazioni complete ai consumatori nella fase precontrattuale. Oltre alle informazioni di base vi sono delle informazioni supplementari. (numero di telefono, fax, e-mail ecc.).

Viene anche assicurato il diritto al recesso dal contratto a distanza o fuori dagli spazi commerciali per un periodo di 14 giorni senza bisogno di giusta causa e senza costi aggiuntivi ulteriori rispetto al prezzo per la restituzione dei prodotti.

¹⁰⁵ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, 2018, p.387.

¹⁰⁶ M. A. Vasile, *Legislatie si protectia consumatorilor*, Europlus, Galati, 2009, p.79.

2.3 Attuazione della direttiva in Italia e profili comparatistici

La disciplina italiana dei consumatori, frutto di un'attuazione di obblighi derivanti da direttive europee, trova delle sue discipline analoghe in altri paesi dell'UE, come la Romania. Seppur ogni ordinamento abbia trasposto la direttiva secondo le proprie categorie, si riscontra nei due legislatori una forte somiglianza giuridica nella modalità di recepire le direttive, oltre che nello stesso sistema giuridico.

La necessità di coordinare la disciplina consumeristica europea e il sistema di diritto privato preesistente è un fattore radicato e comune.

Il linguaggio utilizzato in sede europea non è coincidente con quello del diritto interno, perciò stesso la traduzione letterale talvolta risulta imprecisa.

Ad ogni modo il fatto di tradurre in modo pressoché pedissequo le direttive, garantisce quell'obiettivo di armonizzazione tra le legislazioni dei vari paesi europei.

L'articolo 25, Capo III "Protezione del consumatore", della legge n. 52 del 1996 recante "disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, dà finalmente attuazione alla direttiva 93/13/CEE del Consiglio¹⁰⁷.

Per il recepimento di questa direttiva comunitaria in materia di clausole contrattuali abusive si è scelta la sede prestigiosa del codice civile, introducendo il Capo XIV bis "Dei contratti del consumatore", articoli 1469-bis-1469-sexies c.c.¹⁰⁸. Questa novella al codice sui contratti del

¹⁰⁷ Cfr. E. Minervini, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p.10.

¹⁰⁸ Cfr. G. Alpa, S. Patti, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore art.1469-bis-1469-sexies*, in *Comm. c.c.* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2003.

consumatore introduce, secondo quanto affermato in dottrina, un sistema di controllo del contenuto di contratti standard, che si aggiunge agli strumenti già esistenti di tutela formale, quali sono quelli previsti agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.¹⁰⁹.

All'articolo 2 lett. a) della Direttiva vi è la definizione delle clausole vessatorie, che viene recepita dall'ordinamento italiano modificando l'aggettivo "abusive" con quello di "vessatorie" e suscitando diversi dibattiti e critiche. E' stato sostenuto che "i problemi cominciano sin dalla categoria di riferimento che viene adoperata nei testi di cui ci si occupa: Direttiva e legge di attuazione.

La proposta di Direttiva recava, nel titolo, l'espressione 'clausole inique', ma poi nel testo, senza nessuna coerenza, le clausole che si definivano e si disciplinavano erano dette 'vessatorie'. Noto *per incidens* che 'iniquo' è la traduzione dell'inglese *unfair* mentre 'abusiva' è la traduzione del francese *abusive*. Si potrebbe dire che si tratti solo di un passaggio dall'inglese al francese.

Tuttavia questo cambiamento, ha fatto sì che il nostro legislatore, ritenendo il termine francese troppo evocativo di quell'abuso del diritto con il quale il nostro ordinamento non sembrerebbe del tutto familiare, ha preferito ripiegare sulla connotazione con la quale consuetamente nella nostra lingua si fa riferimento alle clausole in questione: così ha adottato la categoria 'clausole vessatorie' adoperata per il passato da dottrina e giurisprudenza italiane per etichettare unitariamente le clausole disciplinate dall'articolo 1341 comma 2 c.c.¹¹⁰.

E' stato inoltre osservato che la "direttiva 93/13 del 5 aprile 1993, concernente le clausole inique nei contratti stipulati dai consumatori,

¹⁰⁹ Cfr. E. Gabrielli, E. Minervini, *I contratti dei consumatori*, in Trattato dei Contratti diretto da P. Rescigno ed Enrico Gabelli, Utet giuridica, 2005, p.43.

¹¹⁰ C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in Eur e dir priv, fasc 1, 1998, op.cit. p. 7.

incide profondamente sull'articolo 1341 c.c., delineando una inedita differenziazione, nella disciplina di una fase fondamentale delle trattative, tra le transazioni inerenti attività professionali e quelle aventi ad oggetto beni di consumo”¹¹¹. Infatti “anche nel nostro ordinamento è stata avvertita l'esigenza di un controllo sull'equità e la giustizia della clausola unilateralmente imposta, che ha trovato risposta nella normativa in materia di contratti tra professionisti e consumatori, mediante la previsione di una tutela sostanziale che, senza abrogarla, assorbe quella formale prevista dalla disciplina precedente, la quale peraltro conserva un significato pratico soltanto nei limiti in cui non trova applicazione la nuova, ossia in tutti i casi in cui il predisponente e l'aderente non siano rispettivamente un professionista e un consumatore”¹¹².

Di grande interesse ai fini di una trattazione completa risulta anche l'articolo 6 della direttiva, che disciplina le conseguenze della declaratoria di vessatorietà della clausola. Quest'ultimo articolo prescrive soltanto che la clausola “non è vincolante per il consumatore”, tralasciando la classificazione del rimedio.

La scelta del legislatore europeo di non classificare il rimedio è conforme all'obiettivo prefissato di pragmaticità e di superamento delle differenze di disciplina degli ordinamenti degli Stati membri in modo da garantire l'armonizzazione.

Il legislatore italiano nel 1996 decide di classificare il rimedio con il termine di inefficacia. Infatti “la clausola se giudicata vessatoria, è perciò stesso inefficace”¹¹³.

¹¹¹ Così C. M. Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995, op. cit. p. 17.

¹¹² A. Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, op.cit. p.68.

¹¹³ L. Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, CEDAM, 2004, Padova, cit. p.133.

Questo apre un forte dibattito in dottrina con riguardo alla classificazione del rimedio e una parte lo inquadra nella nullità testuale e politica, *quod nullum est, nullum producit effectum*, mentre altra parte la assimila alla annullabilità, in ragione del fatto per cui la legittimazione è relativa, cioè a tutela di un interesse esclusivo di alcuni soli soggetti, i consumatori.

E' stato ritenuto che "l'espressione inefficacia sia stata usata impropriamente dal legislatore italiano, e per coerenza con altre figure di invalidità disciplinate dal codice civile, si debba sostituire con l'espressione nullità; si darebbe perciò luogo ad un'ipotesi di nullità relativa"¹¹⁴.

Ad ogni modo è stato diffusamente rilevato come "la formulazione dell'articolo 1469-*quinquies*¹¹⁵ comma 1 secondo la quale il contratto, cadute le clausole vessatorie, rimane efficace per il resto, vale ad escludere l'applicazione della norma di diritto comune contenuta al 1 comma articolo 1419 c.c. Ciò che era emersa come principale preoccupazione del legislatore al momento della traduzione nell'ordinamento interno dell'espressione di cui all'art. 6 comma 1 della direttiva comunitaria secondo la quale le clausole abusive non vincolano il consumatore"¹¹⁶. Le clausole di cui all'articolo 1469 *quinquies* vengono considerate come "clausole vessatorie assolute, per le quali è del tutto irrilevante, ai fini del conferimento di efficacia, l'eventuale trattativa intercorsa tra il consumatore e il professionista, in buona fede. Vengono infatti considerate non vessatorie, quindi efficaci, soltanto se viene prodotto il fatto che riproducano disposizioni di legge e, in quanto tali, sono considerate legittimamente derogatorie ai principi generali in tema

¹¹⁴ Cfr. G. Alpa, S. Patti, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore art.1469-bis-1469-sexies*, in *Comm. c.c.* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, Giuffré, 2003, op. cit. p.10.

¹¹⁵ Cfr. G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 1999, p.225.

¹¹⁶ Così L. Valle, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, CEDAM, 2004, p. 249.

di vessatorietà contrattuale. Giurisprudenza di cassazione e prevalente dottrina ritengono che in mancanza di specifica approvazione scritta delle condizioni di cui all'articolo 1341, comma 2, c.c., ne determini nullità che potrà essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse, rilevata anche d'ufficio dal giudice, comportando così la caducazione delle clausole vessatorie ex art 1341 c.c.”¹¹⁷.

In seguito si è aperta la strada per la nullità speciale di protezione, grazie all'introduzione del codice del consumo con d.lgs. n.206/2005, che ha espunto dal codice civile questo Capo XIV bis per farlo proprio. In particolare di grande importanza risultano in questa sede gli articoli 33 riguardante le clausole vessatorie e 36 sulla nullità speciale di protezione che prescrive, al primo comma: “la nullità della clausola vessatoria colpisce sempre e soltanto la clausola stessa, mentre il contratto resta valido per il resto”, in deroga all'articolo 1419 comma 1 c.c.. Si lascia infatti in vita ciò che resta del regolamento contrattuale, stabilendo una parzialità necessaria della nullità.

Questa rappresenta una sottocategoria di quella ampia e generale categoria della nullità.

Si tratta di una nullità speciale, posta a tutela dell'interesse di una particolare categoria sociale, ritenuta meritevole di tutela. Sotto il profilo del regime, deroga infatti a quello codicistico, in particolare con riguardo alla legittimazione attiva ad agire (ed eventualmente eccepire) che è relativa. La possibilità di esperire l'azione di nullità è riconosciuta soltanto al consumatore. Si realizza così il monopolio di scelta del consumatore, impedendo al professionista di prendere l'iniziativa dell'impugnativa.

¹¹⁷ Così A.Maneschi, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie*, Giuffré, 1997, p.53-54.

Tuttavia conserva caratteristiche essenziali della nullità, quali l'imprescrittibilità, l'inconvalidabilità (nonostante il silenzio della disciplina consumeristica, risulta preferibile l'opinione negativa, argomentando a partire dall'articolo 38 cod. cons. che rinvia al codice civile "per quanto non previsto", con la conseguente applicazione dell'articolo 1423 c.c.), il rilievo d'ufficio, per cui non può confondersi con la annullabilità, che pure è a legittimazione relativa. In ultimo si precisa che il rilievo d'ufficio è condizionato sempre dall'interesse del consumatore¹¹⁸.

Questa nullità, secondo l'articolo 33 cod. del consumo, colpisce le clausole di un contratto del consumatore che siano vessatorie, perché, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto. Il requisito del significativo squilibrio viene inteso in senso normativo, dei diritti e degli obblighi, e non economico (per esempio non attinente al corrispettivo di prezzo del contratto). Ciò risulta chiaro all'articolo 34 comma 2, in cui si stabilisce che la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non deve effettuarsi con riguardo alla determinazione dell'oggetto contrattuale o all'adeguatezza del corrispettivo.

L'eccezione in cui si ammette un sindacato giudiziale sull'equilibrio economico del contratto, si ha nel caso in cui l'oggetto e il corrispettivo non siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

In tal caso l'obbligo informativo posto a carico del professionista si trasforma da regola di comportamento, in grado di far sorgere un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, a regola di validità, la cui violazione comporta una dichiarazione di nullità della clausola relativa all'oggetto o al prezzo, ex art. 36 cod. cons.

¹¹⁸ Cfr. M. Paladini, A. Renda, D. Minussi, *Manuale di diritto civile*, Giuffrè. 2019, p.1605 e ss.

Si ritiene quindi che il significativo squilibrio deve essere tale da risultare in contrasto con il principio di buona fede, poiché insieme, contrarietà a buona fede e significativo squilibrio, costituiscono i due “pilastri della vessatorietà”. Quindi il giudice, una volta accertato il significativo squilibrio, per concludere il giudizio di vessatorietà dovrà necessariamente valutare se il contratto risulti giustificato alla stregua della buona fede¹¹⁹.

Quindi occorre che questo requisito dipenda da un comportamento contrario a buona fede del professionista, il quale predispone e introduce unilateralmente nel contratto la clausola, approfittando della propria posizione di maggiore forza contrattuale. Si ha quindi un problema nuovo nato dalla contrattazione standardizzata, ossia l’abuso di libertà contrattuale¹²⁰.

In aiuto all’interprete la direttiva fornisce anche un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive.

L’obiettivo più generale in cui rientra la tutela stessa del consumatore, persone fisiche che agiscono per scopi extraprofessionali¹²¹, è quello di garantire l’efficienza del mercato. Un mercato in cui professionisti possano avvantaggiarsi dal punto di vista concorrenziale, non perché approfittano del consumatore, ma perché offrono servizi migliori di altri.

Quindi viene in rilievo il problema della scelta del rimedio in caso di direttive attuate in modo poco dettagliato.

La giurisprudenza si trova a decidere se sia un caso di responsabilità, quindi se il cittadino, la cui posizione giuridica viene lesa, ha diritto solo

¹¹⁹ C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in Eur e dir priv, 1998, p.30.

¹²⁰ Cfr. G. D’Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in Eur. e dir. Priv., fasc.1, 2019 p.1 e ss.

¹²¹ Il comma 1 lett.a) dell’art. 3 cod. cons. così recita: “consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

ad una tutela risarcitoria oppure se il cittadino ha diritto a pretendere direttamente l'attuazione di quella situazione giuridica. Il risarcimento opera per equivalente, mediante una riparazione monetaria. L'attuazione, invece, opera come se fosse un risarcimento in forma specifica.

E' condivisibile il risultato raggiunto anche dalla nostra giurisprudenza che ha riconosciuto il diritto del privato a risarcimento del danno nei confronti dello stato per effetto della mancata attuazione di obblighi comunitari.

Sulla idoneità dei Trattati a determinare situazioni giuridiche direttamente tutelabili in capo ai singoli, la dottrina e la giurisprudenza nazionale e comunitaria sono ormai da tempo unanimi: “a partire dalla celebre sentenza del 5 febbraio 1963 il principio della “efficacia diretta” (causa 26/62 Van Gend & Loos) è stato costantemente ribadito nonché rafforzato, nella giurisprudenza della corte di giustizia, da quel primato del diritto comunitario sulla legge nazionale e le corti costituzionali degli stati membri hanno progressivamente fatto propri tali principi con una serie di sentenze che consacrano chiaramente il primato dell'ordinamento giuridico comunitario, ora europeo¹²².

Nel giugno 2015 il legislatore europeo dispone la rettifica della versione italiana dell'art.3, comma 1, dir. CE 13/93. La formula è attualmente “in contrasto con il requisito della buona fede”, che va a sostituire le precedenti formule “malgrado il requisito della buona fede” e “malgrado la buona fede”, che avevano suscitato forti dibattiti e disapprovazioni in dottrina dovute alla difficoltà di classificazione in senso oggettivo o soggettivo della buona fede. Si ritrova l'armonia fra la lettera italiana e

¹²² C. M. Verardi, *La tutela collettiva dei consumatori*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995, op. cit. p.224.

quella di altre lingue ufficiali, tra cui l'inglese e tedesca¹²³ e anche la versione romena, la già citata formula *în contradicție cu cerința de bună credință*.

Avverso le clausole vessatorie, oltre la tutela apprestata tramite l'istituto della nullità di protezione, il Codice del consumo ha previsto ulteriori strumenti di tutela come l'azione inibitoria, di cui all'art. 37 Cod. Cons., concessa alle associazioni rappresentative dei consumatori, o dei professionisti, nonché alle Camere di commercio, al fine di adire il giudice affinché questi inibisca l'uso di clausole ritenute vessatorie da parte di professionisti o associazioni di professionisti.

Interessante è ricordare l'attribuzione di nuove competenze all'Autorità, inserite in condizioni generali di contratto o moduli, in materia di clausole vessatorie del 2012. Nello specifico è stata altresì prevista questa tutela di tipo amministrativa, ex art. 37 bis, che consente di ricorrere all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per far accertare e dichiarare la vessatorietà di clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori.

Inoltre al Titolo II Parte V del codice, artt. 139, 140 e 140 bis, sono previste due tipologie di azioni giudiziali. La prima può essere esperita dagli enti rappresentativi dei consumatori per tutelare questi interessi collettivi di categoria.

La seconda, di cui all'articolo 140 bis, è la class action introdotta nel 2008 che può essere esercitata oltre da singoli individui consumatori, anche da associazioni, comitati rappresentativi dei consumatori per la tutela da un lato di interessi individuali e dall'altro di interessi collettivi di categoria.

¹²³ Cfr. E. Ferrante, *Alcune considerazioni “malgrado” o “contro” la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. Trim. di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 2017, p.541.

Ricapitolando, gli strumenti introdotti dal legislatore comunitario, e quindi da quello nazionale, al fine di tutela la parte debole del rapporto nei contratti de quo possono ravvisarsi, da un lato nella previsione di pregnanti oneri d'informazione in capo al professionista che soddisfano il principio generale di trasparenza¹²⁴; dall'altro nel diritto di recesso riconosciuto in capo al consumatore, e da ultimo nella disciplina delle clausole vessatorie e nei rimedi approntati avverso di esse. Tali previsioni mirano a ridurre l'asimmetria esistente, fisiologicamente, tra le due parti contrattuali, e a fornire al consumatore gli strumenti necessari ad ottenere tutela avverso situazioni di abuso.

2.4 Considerazioni finali sull'esito della ricerca comparatistica

Per semplificare la prevenzione e la tutela, il legislatore romeno ha previsto espressamente anche nel codice del consumo (*codul consumului*¹²⁵) il diritto dei consumatori di agire nei confronti del *comerciant* contro le clausole abusive nei contratti.

Il codice del consumo italiano (d. lgs. n. 206/2005) presenta una parte terza dedicata ai rapporti di consumo, in particolare il titolo I rubricato "Dei contratti del consumatore in generale" che prevede importanti articoli quali il 33 sulle clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, l'articolo 34 sull'accertamento della vessatorietà della clausola, l'articolo 35 sulla forma e interpretazione, l'articolo 36 sulla nullità di protezione e 37 rubricato azione inibitoria. La direttiva

¹²⁴ I limiti agli obblighi di informazione sono stati definiti a livello giurisprudenziale nella causa C-264/02 Confinoga secondo quanto esprime G. Orga-Dumitriu, in *Dreptul european al contractelor*, C.H. Beck, 2013, Bucharest, p. 197.

¹²⁵ <https://lege5.ro/Gratuit/geytinbxge/legea-nr-296-2004-privind-codul-consumului>

n.13/1993 è stata infatti attuata con legge n.52 del 1996 mediante la già citata novella al codice civile (artt. 1469 *bis* – 1469 *quinquies*), per poi essere espunta dal codice civile ed inserita nel codice del consumo nel 2005.

In primis si dà conto del fatto che il recepimento della direttiva 93/13 non avviene mediante l'introduzione di norme nel codice del consumo della Romania, bensì soltanto mediante la legge n. 193/2000, tutt'ora in vigore e che regola le clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori.

Nel codice del consumo romeno, in vigore dal 1 gennaio 2007 (*l. nr. 296/2004*), tutti gli articoli, dal 75 al 84 del capitolo IX, prevedono i diritti dei consumatori al momento della stipula dei contratti e si dà conto dei rapporti tra consumatore e il già citato *comerciant*, diverso dalla definizione generale di professionista, perché necessita di requisiti in più. La nozione di *profesionist* comprende quella di *comerciant*, *intreprinzator*, *operator economic etc.* Per diventare *comerciant* infatti sono necessari 3 requisiti in più. Il primo consiste nell'esercizio di un'attività di produzione, commercio, fornitura di servizi con scopo di lucro, in modo sistematico, continuo, effettivo e regolamentato in possesso di un titolo professionale. Il secondo consiste nella registrazione nel Registro del commercio. Infine, il terzo concerne il possesso di un capitale così come definito dall'ordinanza governativa d'urgenza *O.U.G. nr.44/2008*.

I rapporti sono intesi nel senso di scambio di beni e fornitura di servizi nei rapporti tra *comerciant-consumator*.

Vi è l'articolo 79 Cod. cons. sull'abusività delle clausole che presenta analogie rispetto a quanto previsto all'articolo 33 del codice del consumo

italiano¹²⁶. (Articolo 79: “*O clauză contractuală care nu a fost negociată direct cu consumatorul va fi considerată abuzivă dacă, prin ea însăși sau împreună cu alte prevederi din contract, creează, în detrimentul consumatorului și contrar cerințelor bunei-credințe, un dezechilibru semnificativ între drepturile și obligațiile părților*”).

Infatti questo articolo prevede che una clausola contrattuale, che non sia stata oggetto di trattativa individuale in via diretta da parte del consumatore, sarà considerata abusiva se, da sola o insieme alle altre previsioni contrattuali, crea a detrimento del consumatore e in violazione della buona fede, un significativo squilibrio dei diritti e obblighi tra le parti.

In particolare secondo l’articolo 83 il diritto del consumatore a impugnare una previsione pattizia non può essere annullato da alcuna clausola contrattuale o su accordo tra le parti, essendo questa clausola considerata automaticamente nulla (*nula de drept*).

Il codice del consumo romeno, *l. nr. 296/2004*, obbliga l’operatore economico (*operator economic*), sulla base dell’articolo 57, nei casi di fornitura di servizi, ad informare il consumatore circa i rischi prevedibili e le informazioni devono essere complete, precise e corrette.

Correlativamente, nel codice del consumo italiano vi è il Titolo II “Informazioni ai consumatori” con i rispettivi articoli in tema di obblighi informativi.

L’articolo 8 obbliga sempre gli operatori economici “*agentii economici*” a immettere nel commercio soltanto prodotti o servizi sicuri che corrispondano alle caratteristiche prescritte o dichiarate, comportarsi in modo corretto nei confronti dei consumatori e di non porre in essere pratiche commerciali abusive. Mentre in Italia l’articolo corrispondente è il 20 cod. cons. che al comma 1 vieta espressamente le pratiche

¹²⁶ Articolo 33 del d.lgs.n.206/2005 è la trasposizione del 1469-bis cod. civ.

commerciali scorrette e al comma 2 prescrive: “Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”.

Inoltre all'articolo 27 *Codul consumului* lett. a è previsto il diritto del consumatore di essere tutelato in caso di rischi, di ottenere un servizio che soddisfi i loro diritti ed interessi legittimi, mentre alla lett. b. viene previsto il diritto ad ottenere un'informazione completa, precisa e corretta riguardo alle caratteristiche essenziali dei beni e servizi, in modo che le scelte effettuate dai consumatori siano conformi ai propri bisogni, nonché il diritto a ricevere un'educazione riferita a questi.

Per l'accertamento della vessatorietà delle clausole, nel codice del consumo italiano, si prende in considerazione quanto previsto al comma 2 articolo 33 che offre un elenco di clausole che si presumono vessatorie, cioè determinano un significativo squilibrio dei diritti e obblighi tra le parti, fino a prova contraria¹²⁷.

E' l'articolo 34 comma 1 che poi va ad indicare gli elementi alla luce dei quali l'interprete deve accertare lo squilibrio. Questi sono la natura del bene o del servizio dedotti nel contratto come oggetto. Al giudice inoltre si richiede di fare riferimento, cioè di riportarsi ex post alle circostanze esistenti al momento della conclusione, alle altre clausole del contratto medesimo o di altro collegato o da cui dipende. Quindi il giudice deve contestualizzare l'accertamento, deve avere una visione globale della vicenda contrattuale alla luce della quale valutare lo squilibrio.

¹²⁷ Cfr. E. Cesaro, *I contratti del consumatore, Commentario al codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n.206)*, CEDAM, Padova, 2007, p.51.

Secondo l'articolo 36 le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

La nullità delle clausole nei contratti del consumatore, secondo l'articolo 33 del codice del consumo, colpisce le clausole di un contratto del consumatore che siano vessatorie, perché, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi derivanti dal contratto. Quindi occorre in primis il requisito del significativo squilibrio normativo, cioè dei diritti e degli obblighi. Uno squilibrio che non deve essere economico, quindi non può essere attinente, per esempio, al corrispettivo di prezzo del contratto.

In secondo luogo questo squilibrio deve dipendere da un comportamento contrario a buona fede del professionista, il quale deve avere introdotto nel contratto la clausola abusando del maggior potere contrattuale che possiede. Una nullità che è definita di protezione, perché nasce, secondo quanto previsto per legge, in funzione di una particolare tutela del consumatore nell'ambito dell'obiettivo più generale di garanzia di un mercato più efficiente e di una concorrenza leale tra professionisti.

Il divieto di clausole vessatorie quindi comporta anche un effetto positivo in termini di concorrenza tra imprese, poiché si avvantaggia l'impresa che offre prodotti e servizi migliori, e non quelle che abusano della propria posizione. In questo modo coloro che non introdurranno clausole vessatorie nei contratti, saranno "premiati" dal mercato. L'uguaglianza sostanziale è l'ulteriore obiettivo, perché partendo da posizioni diversificate, quali quelle di professionista e consumatore, si vuole arrivare ad un finale equilibrio tra le parti.

Inoltre l'obiettivo di protezione viene perseguito dall'articolo 36 che introduce un regime speciale rispetto a quello generale. La legittimazione ad agire spetta soltanto al consumatore in deroga alla legittimazione assoluta di cui all'articolo 1421 c.c. Il fatto che il rilievo d'ufficio della

nullità si atteggia in modo particolare lo si evince dalla giurisprudenza della Cassazione (pronuncia a SU 26242 del 2014), che ha dato sistemazione al rilievo d'ufficio delle nullità, incentrando il limite al rilievo d'ufficio della nullità di protezione sulla vera e propria volontà del consumatore. Secondo le SU, qualora il giudice si accorga che una clausola vessatoria in astratto è nulla, deve segnalarlo alle parti. Questo avviene anche nel caso in cui si tratti di una nullità di diritto comune del c.c. La differenza si avrà poi. Una volta che il giudice segnala alle parti l'esistenza di una ragione di nullità della clausola vessatoria, soltanto il consumatore, essendo l'unico legittimato a far valere la nullità, potrà chiedere al giudice l'accertamento della nullità della clausola. Se decide di farlo, il giudice pronuncerà la nullità con efficacia di giudicato. Diversamente il giudice deciderà della controversia relativa al contratto del consumatore, come se la nullità della clausola non sussistesse, pronunciandosi sul merito della domanda.

In questo senso si interpreta il 3 comma dell'articolo 36 secondo cui la nullità opera solo a vantaggio del consumatore, quindi solo il consumatore può farla valere. Al comma 1 dell'articolo 36, invece, si prevede un'altra deroga al diritto comune dei contratti, poiché si stabilisce che il contratto rimane valide per il resto. In questo senso la nullità è necessariamente parziale in deroga all'articolo 1419 comma 1 c.c. La ratio è logicamente individuabile dal fatto che il consumatore possa essere indotto a non far valere la nullità di una sola clausola vessatoria per il timore che comporti la nullità dell'intero contratto e di conseguenza la perdita dell'affare. Un affare che si suppone sia utile al consumatore per soddisfare il suo naturale bisogno di consumo. Inoltre il

contratto, rimanendo valido per il resto, assume un contenuto diverso, ma allo stesso tempo conforme ai bisogni del consumatore.

Ritornando al codice del consumo della Romania, all'articolo 6 si prescrive che *“prevederile cuprinse în prezentul Cod sunt obligatorii pentru toți consumatorii și operatorii economici care efectuează acte și fapte de comerț, în condițiile legii”*. Traducendo, “quanto previsto dal presente codice è obbligatorio per tutti i consumatori e gli operatori economici che pongono in essere atti e fatti di commercio, in conformità a quanto previsto per legge”. L'articolo 77 prevede che “in caso di dubbi sull'interpretazione di una clausola, l'interpretazione deve essere sempre a vantaggio del consumatore”. L'articolo successivo, il 78, prevede “il divieto in capo al commerciante di introdurre nel contratto clausole abusive”, mentre l'articolo 80 prescrive che “una clausola contrattuale sarà considerata come non oggetto di trattativa individuale da parte del consumatore, se questa è stata prevista senza concedere al consumatore la possibilità di influenzarne la natura, come nel caso di contratti preformati o condizioni generali di vendita praticate dai commercianti sul rispettivo mercato”. Inoltre all'articolo 75 si prevede che “ogni contratto concluso dal commerciante con il consumatore per la vendita di beni o fornitura di servizi deve contenere clausole chiare, non generatrici di equivoci, per la comprensione delle quali non sono necessarie conoscenze tecniche e specializzate”. Infine all'articolo 76 si prevede che “qualsiasi informazione riguardo ai pacchetti turistici, i rispettivi prezzi, i contratti di credito al consumo e tutte le altre condizioni applicabili al contratto, devono contenere indicazioni chiare e corrette, senza la possibilità che queste vengano interpretate in modo equivoco”.

Riprendendo, in particolare, la definizione di clausola abusiva presentata dagli articoli 4 comma 1 della Legge n. 193 del 2000 e art. 3 comma 1

Direttiva 93/13/CEE, si enucleano i criteri per la determinazione del carattere abusivo di una clausola: mancanza di negoziazione diretta da parte del consumatore, violazione della buona fede, significativo squilibrio dei diritti e obblighi tra le parti.

In particolare la Corte di Cassazione *Inalta Curte de Casatie si Justitie* nel 2007¹²⁸ pronuncia una sentenza con riguardo all'accertamento dell'abusività della clausola, nel senso di ritenere che l'abusività sussiste nei casi in cui la clausola stessa produca a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e obblighi. In questo senso vi è un risultato oggettivo da un lato, il significativo squilibrio, e soggettivo dall'altro, la violazione della buona fede da parte del professionista. Sulla base del già citato articolo 6, l.193/2000, "*clauzele abuzive nu vor produce efecte asupra consumatorului*", le clausole abusive non producono effetti nei confronti del consumatore. Il consumatore inoltre è chiamato a decidere, in funzione dei suoi interessi, se il contratto, privo della clausola abusiva, può continuare a produrre i suoi effetti, oppure se sia utile la sua risoluzione con un eventuale ottenimento del risarcimento dei danni-interesse (articolo 7).

Il problema del rimedio applicabile in caso di un contratto che comprende una clausola abusiva, trova difficilmente una soluzione sulla base dei principi classici del diritto civile romeno. Inoltre la legge 193/2000 non prevede un rimedio specifico applicabile alla clausola abusiva. Dalle disposizioni della legge 193/2000 non risulta espressamente il rimedio in caso di violazione (articolo 1 comma 3) del divieto dei professionisti di introdurre clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Stabilisce soltanto che queste clausole non producono effetti nei confronti

¹²⁸ I.C.C.J. Sectiunea comerciala, Decizia nr. 3440 din 1 noiembrie 2007 in C.D. Enache, *Clauzele abuzive in contractele incheiate intre profesionisti si consumatori*, editura Hamangiu, Bucarest, 2012, p.37.

del consumatore. La direttiva 93/13 men che meno impone agli stati membri il rimedio da applicare, bensì soltanto la privazione di effetti di queste stesse clausole.

Di qui, in tema di rimedi, sono possibili più soluzioni:

inopponibilità verso i consumatori, nullità oppure ritenere la clausola “non scritta”.

L’ambiguità della terminologia nella legge lascia pressoché irrisolti numerosi problemi. Anche in assenza di una previsione espressa, si può invocare la nullità assoluta oppure anche la risoluzione del contratto, precisando che il termine di prescrizione nel caso di risoluzione è di 3 anni, mentre l’azione di nullità è imprescrittibile.

Ad ogni modo, in mancanza di una previsione di legge in tal senso, l’opinione dominante risulta quella dell’applicazione del rimedio della nullità, in quanto l’introduzione di simili clausole nei contratti viene considerata frutto di una violazione di norme imperative espresse quale è quella sul divieto dei professionisti di introdurre clausole abusive nei contratti con i consumatori.

La legge n. 193/2000 prevede agli articoli 12 e 13 termini quali eliminazione e rimozione, *eliminarea*, *inlaturarea*, delle suddette clausole. L’opinione in dottrina è quella di ritenere che questi termini rappresentino conseguenze della nullità e la stessa nullità, a sua volta, è conseguenza dell’accertamento del carattere abusivo della clausola. Quindi, al contrario, a seguito dell’accertamento, anche d’ufficio, dell’abusività di una clausola, si avrà nullità della clausola e quindi la sua eliminazione, *tamquam non esset*.

Quanto alla risoluzione dell’intero contratto, si osserva che questa avviene in casi in cui il contratto non possa più esplicare i suoi effetti, una volta privato della clausola abusiva, sempre anche sulla base di una scelta da parte del consumatore.

E' vero che la legge n. 193/2000 non prevede espressamente il rimedio della nullità in generale, facendone soltanto riferimento all'articolo 12 comma 4. E' vero anche che nel diritto romeno sussistono le nullità virtuali, non previste espressamente. Secondo quanto prevede l'articolo 1253 C.civ., salvo i casi di nullità espressamente previsti dalla legge, il contratto va risolto anche nei casi in cui il rimedio della nullità, assoluta o relativa che sia, debba essere applicato per il raggiungimento dello scopo previsto dalla norma di legge violata.

Ci si pone il quesito se la nullità applicabile sia quella relativa o assoluta. Nonostante parte della dottrina riconduca la questione sulle clausole abusive ai vizi del consenso (errore, dolo, violenza, *eroare, dol, leziune*), cosa che comporterebbe l'applicazione di una nullità relativa, quest'ultima non può ritenersi il vero e definitivo rimedio delle clausole abusive, poiché nella dottrina romena sussistono molte più argomentazioni a favore della nullità assoluta della clausola.

In primo luogo la clausola abusiva è strettamente collegata alla nozione di mala fede, *rea credinta*, come violazione dell'obbligo di buona fede. Nel diritto contrattuale romeno la mala fede viene associata alla nozione di causa illecita, per la quale il rimedio applicabile è la nullità assoluta.

In secondo luogo la regolamentazione consumeristica non tutela soltanto interessi individuali dei singoli consumatori, bensì un interesse generale espressamente tutelato da norme di ordine pubblico¹²⁹. Questa stessa caratteristica indirizza verso la nullità assoluta.

In terzo luogo va rammentato il fatto che la legge n. 193/2000 attribuisce il potere all'A.N.P.C. e ad altri organi della pubblica amministrazione di

¹²⁹ G. Boroi, C.A. Angheliescu, *Curs de Drept civil. Partea generala*, Hamangiu, 2011, Bucharest, p.13. L'autore individua il criterio classificatorio in tema di norme giuridiche di ordine pubblico e quelle di ordine privato, inquadrando le prime come norme poste a tutela di interessi che superano il quadro di interesse individuale dei soggetti di diritto civile, quindi interessi pubblici e generali, mentre, dall'altro lato, inquadra le secondo nella tutela di interessi individuali.

censurare il contratto. Quindi la legge prevede espressamente l'esame d'ufficio dei contratti.

Infine, *last but not least*, l'accostare questo rimedio civilistico "privazione/mancanza di effetti" a sanzioni amministrative e sanzioni penali è una caratteristica delle norme poste a tutela di interessi generali.

Si avrà inoltre una nullità assoluta totale se il contratto privo di quella clausola abusiva non potrà continuare a produrre i suoi effetti, mentre al contrario sarà parziale, se può continuare a produrre validamente i suoi effetti anche in mancanza di quella clausola.

La legge fa riferimento anche ai danni interesse, *daune interese*, riconducibili, secondo la dottrina romena, alla responsabilità extracontrattuale, poiché non si tratta di un inadempimento di obblighi contrattuali, bensì di obblighi anteriori alla stipula del contratto e anche indipendenti dall'esecuzione dello stesso¹³⁰.

Viene rilevato in recente dottrina che, a prescindere dal tipo di nullità, il giudice può verificare la sussistenza o meno della causa di nullità, *assoluta* o *relativa* che sia, e se del caso, dichiarare la nullità. In altri termini, la richiesta di far dichiarare la nullità del contratto è una richiesta mediante la quale non si vuole dichiarare una nullità che già c'è, ma si vuole verificare se effettivamente si tratti di casi di nullità¹³¹.

Inoltre in dottrina è stata sostenuta anche la teoria per cui il rimedio applicabile sia quello di ritenere la clausola abusiva "non scritta" argomentando a partire dall'articolo 6 l. n. 193/2000 in cui si prevede "le clausole abusive non producono effetti nei confronti del consumatore". Si è dimostrato come questo comporti un vantaggio tale per cui il contratto

¹³⁰ www.juridice.ro

¹³¹ G. Boroj, M. Stancu, *Drept procesual civil*, Ed.4, Hamangiu, Bucharest, 2017, p. 55.

possa rimanere valido per il resto. Questa tesi si basa inoltre sulla traduzione mot-à-mot dalla lingua francese.

In dottrina si richiama la definizione data dal legislatore francese “*la clause réputée non écrite*”. Effettivamente il *Code de la consommation* reputa la clausola come se non fosse stata scritta. In questo senso anche la legge interna romena presenterebbe la medesima *fiction iuris*: la clausola non produce effetti, quindi non fa parte del contratto, come se non fosse mai stata scritta.

Ad ogni modo, a prescindere dal linguaggio, si è ritenuto che non si debba optare per un rimedio atipico e lontano dagli schemi del diritto privato romeno. Infatti non vi è nel *Cod Civil* romeno una definizione di clausola non scritta, bensì soltanto una specificazione degli effetti di una clausola *nescrisa*. Ai sensi dell’articolo 1255 comma 3 infatti ci si riferisce a qualsiasi clausola contraria ad una norma imperativa, alla cui violazione non è stata prevista come conseguenza la nullità. Inoltre la clausola non scritta non equivale ad una clausola nulla, bensì inesistente¹³². Considerando il fatto che la nullità sia il rimedio più adatto in questo caso e allo stesso tempo anche il più radicato nel sistema giuridico, anche come nullità virtuale, risulta in definitiva essere il rimedio più efficiente. Inoltre ci si indirizza prevalentemente verso una nullità parziale, che opera soltanto sulla clausola qualificata come abusiva, permettendo così la validità della restante parte del contratto¹³³.

¹³² N. Țândăreanu *Principii generale și speciale în materie de nulitate a contractelor prin prisma prevederilor noului Cod civil (Legea nr. 287/2009)*, in *Revista de drept comercial*, nr.1/2012 p.5. www.juridice.ro

¹³³ L.Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive in contractele de credit*, Hamangiu, Bucharest, 2017, p. 182 e ss.

In dottrina quindi è stato dimostrato come la nullità assoluta parziale sia quella più adatta al sistema giuridico romeno e anche all'orientamento della Direttiva 93/13¹³⁴.

Si è a favore del rimedio della nullità assoluta, considerando nell'insieme tutte le disposizioni presenti nella legge 193/2000, poste a tutela di un interesse generale e non di tipo privato. Il criterio che distingue la nullità assoluta da quella relativa è proprio quello incentrato sulla natura dell'interesse protetto dalla norma violata nello stipulare un contratto. In questo senso è previsto dall'articolo 1248 C. civ. secondo cui un contratto, concluso in violazione di disposizioni di legge poste a tutela di interessi privati, è annullabile (*nullitate relativa*), mentre è nullo nel caso in cui risulti indubitabilmente che l'interesse protetto sia di tipo generale. Vi è la caratteristica dell'imprescrittibilità dell'azione (data la gravità del vizio che infligge la clausola nulla è possibile farla valere senza limiti temporali), e infine una responsabilità civile extracontrattuale, *raspundere civila delictuala*, in capo al professionista, concretizzata nella restituzione dei pagamenti indebitamente effettuati da parte del consumatore sulla base di clausole abusive¹³⁵.

Argomento incontestabile e a favore della natura delle norme previste dalla legge 193 del 2000 risulta soprattutto dalla giurisprudenza di Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare nelle sentenze *Mostaza Claro*, *Pohotovost*, *Océano Grupo Editorial*¹³⁶. Inoltre, in entrambi gli ordinamenti, vanno tenute ben presenti anche le pronunce di Corte di Giustizia dell'Unione Europea che stabiliscono l'obbligo del giudice

¹³⁴ M. Nicolae, I.F. Popa, *Credite pentru consumatori*, Hamangiu, 2017, op.cit. p.98.

¹³⁵ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, p. 378.

¹³⁶ CGUE C-168/05, C-470/12, C-240/98 e C-244/98

nazionale di rilevare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale¹³⁷.

Un'altra tesi dottrinale opta per l'inopponibilità come principale rimedio in caso di abusività delle clausole. Le clausole abusive quindi sono inidonee ad esprimere la propria efficacia nei confronti del consumatore. Inoltre gli effetti di questa inopponibilità delle clausole sono considerati equivalenti a quelli conseguenti alla nullità. In entrambi i casi le clausole vengono rimosse, *evacuate*, dal contratto. Se in giudizio viene data prova della abusività derivante dalla violazione di obblighi di informazione o, ancora più gravi, espressione di una pratica commerciale aggressiva o ingannevole dei professionisti, possono essere accertate come nulle¹³⁸.

La tesi dell'inopponibilità è poco accreditata in quanto si riferisce alla posizione dei terzi che hanno il diritto di non vedersi estendere gli effetti di un contratto stipulato tra le due parti contraenti. Infatti anche i consumatori sono contraenti degli stessi contratti, quindi non terzi o aventi causa¹³⁹.

La Suprema Corte di Cassazione di Bucharest, inoltre, ha statuito, rifacendosi alla giurisprudenza di CGUE, il rimedio in casi di clausole abusive, richiamando espressamente la nullità assoluta. Tenuto conto delle norme poste a tutela dei consumatori quali norme di ordine

¹³⁷ C-243/08 Pannon GSM Zrt. contro Erzsébet Sustikné Győrfi.
C-137/08 VB Pénzügy Lizing v F Schneider

www.curia.europa.eu

¹³⁸ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, p. 378.

¹³⁹ Cfr approfondimento sul tema in *Direcții de unificare a practicii judiciare naționale în materia cererilor consumatorilor fundamentate pe clauzele abuzive din contractele de credit bancar, în lumina deciziilor CJUE* di L.C. Gavrilăscu p. 1-16. (Facultatea de Drept, Univ. „Al. I. Cuza” Iași, email: luiza.gavrilăscu@uaic.ro). Pdf in www.bnr.ro

pubblico, questo comporta un obbligo in capo ai giudici di rilevare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole¹⁴⁰.

Numerose pronunce di Corte di Giustizia hanno contribuito all'evoluzione e chiarezza di questa disciplina. Si tratta di rinvii pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 TFUE aventi carattere preliminare e aventi ad oggetto questioni di interpretazione di Trattati, e interpretazioni o validità del diritto secondario UE sollevate da giudici nazionali. Il carattere preliminare sta a significare proprio che dopo la decisione di Corte di Giustizia, il caso viene deciso in via definitiva dal giudice nazionale.

Le principali cause richiamate in dottrina sono *Costea, Bucura, Matei e Andriciuc*. Si auspica, in ogni caso, ad una maggiore evoluzione della disciplina, mediante un contributo maggiore della dottrina, anche sotto il profilo del diritto privato comparato, in modo da valorizzare le esperienze di altri Stati membri dell'Unione Europea che applichino simili previsioni di legge da molto più tempo¹⁴¹. In sostanza ci si apre all'obiettivo primario, nucleo centrale di questo elaborato, cioè l'armonizzazione, che risulta essere in continua evoluzione.

In definitiva sia la dottrina che giurisprudenza in Romania concordano nel ritenere che il rimedio applicabile sia la nullità assoluta e, se del caso, parziale, e che, seppur non riscontrata in un articolo quale è quello del codice del consumo italiano (articolo 36 nullità di protezione), ne presenta caratteristiche molto simili, quali per esempio la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, il fatto di operare soltanto a vantaggio del consumatore, e, infine, la validità della restante parte del contratto. In questo ultimo caso il consumatore, ai sensi dell'articolo 7 l.193/2000, ha

¹⁴⁰ I.C.C.J. s. a II-a civ., dec. Nr.686/1013, www.scj.ro

¹⁴¹ L. Mihali-Viorescu, *Clauzele abuzive in contractele de credit*, Hamangiu, 2017, p.426.

il diritto di chiedere la risoluzione del contratto, se la clausola abusiva inficia la validità dell'intero contratto, con la possibilità di richiedere, a seconda dei casi, danni-interesse.

Capitolo 3

PRATICHE COMMERCIALI SLEALI

Sommario: 3.1 Prospettiva europea e divieto in capo al professionista 3.2
Scelta del legislatore in Romania 3.3 La legislazione italiana 3.4 Profili
comparatistici e prospettive di riforma

3.1 Prospettiva europea e divieto in capo al professionista

“It is not right that the strong should be allowed to push the weaker to the wall”¹⁴²

I consumatori acquistano prodotti e fruiscono di servizi online, nei locali commerciali o fuori, entrando in contatto anche con professionisti operanti all'estero. E' sempre alto il rischio che questi professionisti pongano in essere pratiche commerciali sleali e, pertanto, la legislazione europea interviene giocoforza per predisporre una tutela ai consumatori, in una società caratterizzata dalla mancanza sempre più usuale di un dialogo diretto tra le parti, in cui il contratto diviene uno scambio senza un effettivo accordo, scomposto in due atti unilaterali. Si assiste infatti al progressivo allontanamento dalla teoria classica del contratto, caratterizzata dalla libertà contrattuale, per orientarsi verso uno sviluppo di diritti dei consumatori attorno al concetto di diseguaglianza dei poteri contrattuali, *inequality of bargaining power*¹⁴³. Si stava continuamente assistendo ad una netta contrapposizione tra lo strapotere di soggetti forti in possesso di una certezza di mantenere la loro posizione sul mercato salda, e la debolezza dei consumatori che per non rinunciare di fruire di beni e servizi (bancari, assicurativi, somministrazione di energia elettrica

¹⁴² *Court of Appeal, 30 June 1974, Lloyds Bank Ltd v Bundy.*

¹⁴³ M. J. Trebilcock, *The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: post Benthamite Economics in the House of Lords*, *University of Toronto Law Journal*, vol. 26, 1976, p.359.

e gas, telefonia), aderiscono *ob torto collo* alle condizioni imposte dai primi¹⁴⁴.

La fonte principale che viene in rilievo per la trattazione di questo tema è essenzialmente la Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno¹⁴⁵. Secondo quanto prescrive l'articolo 95 Trattato CE, si tratta di una "misura relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri", adottata per consentire l'instaurazione e assicurare il pieno e corretto funzionamento del mercato interno. Quindi è un provvedimento di armonizzazione delle legislazioni nazionali¹⁴⁶. Da un lato vi è la regolamentazione delle pratiche commerciali sleali (artt. 2-13), e dall'altro lato contiene disposizioni (artt.14-16), che apportano modifiche a provvedimenti comunitari già esistenti, come la direttiva 84/450 in materia di pubblicità comparativa e ingannevole del Consiglio, la dir. 97/7/CE, 98/27 e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il reg. CE n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio "sulla cooperazione per la tutela dei consumatori"¹⁴⁷. Una direttiva che, più in generale, costituisce un corollario della progressiva e generale realizzazione del mercato interno e di un'ampia tutela dei consumatori in conformità con gli articoli 95 e 153 TUE.

¹⁴⁴ Cfr. F.D'Ippolito, *I contratti dei consumatori in generale*, in *I diritti dei consumatori e la nuova class action* a cura di P.G. Demarchi, Zanichelli, 2010, p.31.

¹⁴⁵ Disciplina modificata dalla L. n. 27 del 2012 art.7. che ha esteso il divieto di pratiche commerciali scorrette anche ai rapporti tra professionisti e "microimprese".

¹⁴⁶ Cfr. G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistema*, Giappichelli, Torino, 2008, p.1-2.

¹⁴⁷ Cfr. G. De Cristofaro, A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*. CEDAM, 2013, p.117.

Particolarità rilevata in dottrina è data dal fatto che la direttiva in questione “investe per la prima volta in modo trasversale”¹⁴⁸ la materia dei consumatori, semplificando la normativa esistente. Una “direttiva quadro”¹⁴⁹ che possa appunto dar vita ad un vero quadro giuridico armonizzato, rimuovendo le divergenze tra Stati membri in questa disciplina.

La finalità principale della Direttiva 05/29, che traduce su un piano normativo quanto previsto nel Libro Verde del 2 Ottobre 2001, viene chiaramente espressa all’articolo 1, secondo cui si vuole provvedere ad un “corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori attraverso l’armonizzazione delle disposizioni legislative regolamentari, amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive di interessi economici dei consumatori”.

Quindi da un lato il buon funzionamento del mercato unico mediante la rimozione o riduzione degli ostacoli alle negoziazioni europee, mentre dall’altro l’attenzione sulla fiducia dei consumatori nelle transazioni con controparti di altri Stati membri¹⁵⁰. Infatti è stato ritenuto che, più nello specifico, l’intenzione sia quella di salvaguardare delle condizioni necessarie in modo che il consumatore possa prestare il proprio consenso in modo consapevole e libero da condizionamenti esterni¹⁵¹. Questo si inserisce nel più ampio ed essenziale principio cardine della tutela dei

¹⁴⁸ C. Castronovo, S. Mazzamuto fanno riferimento in particolare ad una “vocazione trasversale” in *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, p. 447.

¹⁴⁹ M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali scorrette e contratti nel Codice del consumo*, UTET giuridica, 2008, p.15.

¹⁵⁰ Cfr. C. Tuveri, *Il decreto sulle pratiche commerciali scorrette. Una nuova frontiera in tema di tutela del consumatore*, in *Giurisprudenza di merito*, fasc. 7-8, 2008, p.1830B.

¹⁵¹ Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 254.

consumatori, cioè quello sull'informazione completa, chiara e veritiera¹⁵². Si vogliono quindi rimuovere o ridurre gli ostacoli che si frappongono all'intensificazione delle negoziazioni transfrontaliere, armonizzare i prezzi praticati all'interno del mercato europeo per i medesimi prodotti e servizi, mentre, per altro verso, ampliare e diversificare l'offerta di prodotti e servizi attingibili da parte dei consumatori. Questo consente ai consumatori di accedere a beni o servizi qualitativamente migliori o più innovativi rispetto a quelli offerti da imprese stabilite nei Paesi in cui risiedono, finendo in tal modo per stimolare una maggiore ed effettiva concorrenza tra le imprese di tutti i Paesi membri¹⁵³.

A conferma dell'importanza di questa libertà di scelta, si da conto di un caso giurisprudenziale molto importante di Corte di Giustizia dell'Unione Europea in cui è stata confermata, seppur indirettamente, questa libertà stessa. Infatti il "principio *Cassis de Dijon*", sancito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel 1979 stabilisce che i prodotti immessi legalmente in commercio in uno Stato membro possono essere commercializzati anche in tutti gli altri Stati membri, ad eccezione del caso in cui sussistano motivi di interesse pubblico che giustifichino restrizioni attuative¹⁵⁴.

La direttiva 05/29, di rilevanza contrattuale, ha quindi un obiettivo di tutela di determinate categorie di contraenti, i consumatori, attraverso, così come rilevato in dottrina e giurisprudenza di corte di giustizia

¹⁵² Risoluzione del Consiglio CE del 14 aprile 1975 riguardante un programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore. Diritto all'informazione dei consumatori che è stato confermato dalla sentenza 362/88 GB-INNO-BM c. Confédération du commerce luxembourgeois.

¹⁵³ Così G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, Regole e Sistema*, Giappichelli, Torino, cit. p.5.

¹⁵⁴ Cfr. S. Tudorel, B. Andresan-Grigoriu, *Drept comunitar*, C.H. Beck, Bucharest, 2007, p.599.

dell'Unione Europea, il superamento delle differenze esistenti tra le diverse legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali e la creazione di un quadro giuridico uniforme in tutti gli Stati europei. In particolare si ritiene che quella disposta dagli artt. 2-13 della dir. 2005/29/CE sia un'armonizzazione completa, e non meramente minimale, essendo preclusa ai legislatori la possibilità non solo di ridurre il livello di protezione, ma anche di mantenere o introdurre disposizioni suscettibili di incrementarlo¹⁵⁵.

Infatti il Considerando (12)¹⁵⁶ della direttiva in questione è incentrato sull'importanza del rafforzamento della certezza del diritto, per i consumatori e per le imprese, rafforzamento che scaturisce dall'armonizzazione delle norme sulle pratiche commerciali stessa. Questa esigenza risulta ancora più urgente se si prende coscienza di quanto espresso in dottrina, nel senso di ritenere che “il contratto dell'economia e delle società globalizzate è un contratto in cui l'esigenza della flessibilità fa premio sui valori della certezza e della stabilità¹⁵⁷”.

Le diverse discipline in tema di consumatori e la prassi stessa, comportano un intervento della Commissione per realizzare

¹⁵⁵ Così G. De Cristofaro, A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, CEDAM, 2013, p.116-117. Gli autori contestualizzano il tema dell'armonizzazione completa riferendosi a sentenze di Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quali C-540/08, C-304/08, C-261/07 e C-299/07.

¹⁵⁶ Nel considerando (12) della dir. 05/29 si sottolineava che “dall'armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore”.

¹⁵⁷ Cfr. V. Roppo, *Il Contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, p.4.

l'armonizzazione delle regole e l'uniforme trattamento dei consumatori. Ciò che rileva non è solo la situazione interna dei consumatori nell'ambito dei singoli Stati membri, ma anche l'esigenza di assicurare parità di trattamento ai consumatori che, acquistando beni e servizi da imprese aventi sede negli Stati i cui ordinamenti sono "meno attenti o meno generosi nella tutela", potrebbero essere penalizzati rispetto ai consumatori che acquistano prodotti e servizi da imprese di altri Stati che sono vincolate a procedure più restrittive, perché propense a tutelare degli interessi dei consumatori¹⁵⁸.

La finalità della suddetta direttiva risiede anche nell'assicurare il buon funzionamento del mercato. Infatti "è difficile immaginare fattispecie di pratiche commerciali scorrette che siano lesive soltanto del consumatore e non anche del mercato nel suo complesso e, dunque, dei concorrenti"¹⁵⁹. Addirittura in dottrina è stato ritenuto che sia "corretto affermare che oggetto di prioritaria considerazione non è la tutela privatistica. La dir. 05/29 ha indicato l'obiettivo "combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori", lasciando ai legislatori nazionali la scelta delle vie da seguire per centrarlo. L'art. 11 è chiaro in tal senso, limitandosi a prefigurare, in alternativa o in concorrenza, l'azione giudiziaria o il ricorso al giudizio di un'autorità amministrativa"¹⁶⁰.

Il legislatore comunitario introduce questa normativa comune agli Stati basata su una nozione di pratica commerciale sleale molto ampia (V. art. 2 Direttiva 05/29), disciplinando "l'atto del consumo nel suo aspetto più

¹⁵⁸ Cfr. G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 1995, p. 295-296.

¹⁵⁹ P. Stanzione, A. Musio, *La tutela del consumatore*, op. ult. cit. p. 139.

¹⁶⁰ G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in Eur e Dir priv. fasc. 1, 2013, p. 1.

dinamico”¹⁶¹ e globale. Una nozione di pratica talmente ampia da includere qualsiasi condotta tenuta dai professionisti, anteriormente, contestualmente o posteriormente alla instaurazione di rapporti contrattuali, finalizzata a promuovere la conclusione dei contratti con consumatori, o comunque direttamente connessa a contratti siffatti. Quindi “una nozione destinata a coprire l’interezza del rapporto di consumo”¹⁶². Senza tralasciare l’articolazione nelle due specie di pratiche commerciali aggressive da un lato, e ingannevoli dall’altro, oltre ad una black list di pratiche in ogni caso scorrette, baluardo di fronte a scorrettezze possibili dei professionisti. Nonostante questa ampiezza, è stato rilevato in dottrina come la direttiva riguardi principalmente, anche se non esclusivamente, la fase che precede un’eventuale conclusione del contratto, ponendo il generale divieto in capo al professionista teso ad evitare l’impiego di pratiche commerciali sleali che possa falsare o essere idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico di un consumatore, inducendolo a stipulare contratti che non avrebbe stipulato in condizioni normali¹⁶³.

Il fine generale viene perseguito specialmente attraverso l’individuazione di criteri idonei a rendere scorretta una pratica commerciale e l’imposizione del divieto in capo al professionista di porla in essere (V. art. 5 Dir. 05/29). Tradizionalmente prevalgono le norme dispositive o suppletive in tema di contratti, mentre le norme imperative sono viste come un eccezionale vincolo alla libertà contrattuale. Nel caso di prescrizioni contenute nella direttiva che siano inderogabili, anche nelle

¹⁶¹ Così E. Minervini, L. R. Carleo, *Le pratiche commerciali sleali: direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, op. cit. p.83.

¹⁶² P. Stanzione, A. Musio, *La tutela del consumatore*, in Trattato di Diritto Privato diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2009, cit. p.134.

¹⁶³ A. Pap, *Clauzele abuzive si drepturile consumatorilor in legislatia Uniunii Europene*, Universul Juridic, Bucharest, 2017, p.31.

leggi nazionali di recepimento sono introdotte, nelle discipline contrattuali di riferimento, norme imperative che consentano di salvaguardare l'effettiva tutela dei diritti comunitariamente imposti. Il meccanismo del divieto è proprio indice dell'esistenza di una norma imperativa.

La pratica commerciale risulta sleale, in primis, se contraria a norme di diligenza professionale e, in secundis, se falsa o idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta. (art. 5 lett. a) e b). Si tutela la libertà di scelta del consumatore vietando quelle condotte dei professionisti che possano incidere su di essa, deviandola attraverso omissioni, oppure ostacolandola attraverso azioni. (V. Considerando 14 Direttiva 05/29). Una libertà di scelta del consumatore tutelata su un piano generale, quello del mercato unico, e questa libertà è una componente essenziale, una sorta di cellula prima, del buon funzionamento della dinamica concorrenziale.

I principi generali di correttezza e buona fede di cui all'art 18 lett.h) e c) del cod. Cons., sono i medesimi principi di buona fede, lealtà e correttezza cui debbono essere improntate le attività commerciali a norma dell'articolo 39 cod.cons., e che i consumatori hanno il diritto di vedere rispettati nell'esercizio delle pratiche commerciali a norma dell'art. 2 comma 2 lettera c) bis codice cons. Si tratta di principi che affondano le proprie radici nella correttezza e buona fede in senso oggettivo di cui agli artt. 1337, 1375, 1366 e 1175.

In dottrina si ritiene che per evitare che le pratiche commerciali possano essere giudicate contrarie alla diligenza professionale, il professionista debba adottare soltanto le cautele e le misure che nel suo settore di

attività siano richieste dai principi generali di correttezza e buona fede. “La diligenza professionale non va confusa, nè sovrapposta con i principi generali di buona fede e correttezza che costituiscono soltanto parametri da applicare per individuare quel livello di competenza, cura e attenzione che può considerarsi mediamente dovuto nel settore di attività del professionista”¹⁶⁴.

Proprio la buona fede in senso oggettivo che va a costituire un fondamentale nesso di congiunzione tra la disciplina delle clausole vessatorie e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Due discipline che costituiscono due pilastri del sistema delle regole cui debbono attenersi i professionisti nei rapporti contrattuali con i consumatori; un sistema imperniato su due divieti fondamentali, divieto di inserire clausole vessatorie nei regolamenti negoziali destinati a disciplinare i rapporti contrattuali intercorrenti con consumatori, ed il divieto di ricorrere a pratiche commerciali scorrette, in funzione della promozione dell’instaurazione di tali rapporti ovvero in sede di svolgimento ed esecuzione degli stessi ¹⁶⁵.

Le definizioni importanti in materia, ossia quella di consumatore e professionista, rispettivamente tradotte in lingua romena *consumator* e *comerciant* o talvolta *profesionist*, vengono chiarite all’articolo 2 della Direttiva 05/29. Per consumatore si intende, ai sensi della lett. a) articolo 2, “qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua

¹⁶⁴ Così M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET giuridica, 2008, cit. p.24.

¹⁶⁵ Cfr. G. De Cristofaro, A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*. CEDAM, 2013, p.157 e ss.

attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”¹⁶⁶. Infatti il criterio su cui si misura la scorrettezza stessa delle pratiche commerciali non è il consumatore come individuo determinato, bensì il consumatore medio. Nella relazione illustrativa di proposta di direttiva si spiega che “questo criterio, che è un’espressione del principio di proporzionalità, si applica quando una pratica commerciale si rivolge alla maggior parte dei consumatori. Esso subisce un adattamento qualora una pratica commerciale si rivolga specificamente a un determinato gruppo (es. ai minori); in tal caso come consumatore di riferimento viene considerato un esponente medio di quel gruppo”¹⁶⁷. Il considerando n.18 della Direttiva 29/2005 specifica che si debba trattare di un “consumatore medio, ossia di un consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto”. E’ poi la Corte di Giustizia dell’Unione europea a chiarire meglio la definizione di consumatore medio, specificando che debba essere inteso come quello ragionevolmente informato, attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici¹⁶⁸. Inoltre in materia è intervenuto anche il legislatore, a parziale modifica dell’articolo 18 cod.cons. inserendo alla lettera d-bis) la definizione di microimpresa intesa come “entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e

166 La nozione di consumatore è rintracciabile nella Convenzione di Bruxelles, 1968, in materia di contratti, (art. 13) si definisce consumatore il soggetto che agisce “per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale”, definizione ripresa dall’art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. In questo caso la Direttiva 29/2005/CE limita l’ambito di applicazione alle sole “persone fisiche” e non anche giuridiche, suscitando dibattiti e rinvii pregiudiziali alla CGUE. (C-481/99, C-89/91, C-541 e 542/99 Idealservice MN RE Sas c. OMAI Srl 2001).

¹⁶⁷ Cfr. M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET giuridica, 2008, p.26.

¹⁶⁸ Sentenza del 12 maggio 2011, *Ving Sverige*, C-122/10, EU:C:2011:299, punto 22.

realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di Euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla Raccomandazione n.2003/361/CE della Commissione, del maggio 2003", quali soggetti destinatari di tutele derivanti dalla suddetta direttiva¹⁶⁹.

Dall'altro lato, lett. b) articolo 2, il professionista risulta essere "qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista". Una definizione che va accostata alla diligenza professionale, necessario requisito affinché la pratica commerciale risulti corretta. Una diligenza inteso, nel senso rilevato in dottrina, come il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori medi attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai generali principi di correttezza e buona fede¹⁷⁰.

La parte "sostanziale" della disciplina delle pratiche commerciali contenuta nella direttiva appare completa, puntuale, e dettagliata, tale da lasciare poco spazio di manovra allo Stato in sede di recepimento. La parte "procedimentale", invece, appare generica e indeterminata, sicché quasi tutto finisce di fatto per essere rimesso alla discrezionalità degli Stati membri. Gli articoli 11 e 13 infatti impongono agli Stati membri di assicurare l'esistenza di mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire che le prescrizioni della direttiva vengano rispettate, nonché di comminare sanzioni "effettive,

¹⁶⁹ Così C. Berti, *La figura del consumatore e la sua soggettività giuridica*, in *Resp.civ.e prev.*, fasc.5, 1 Maggio 2018, p.1648 e ss.

¹⁷⁰ Così M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET giuridica, 2008, p.21.

proporzionate, dissuasive” nei confronti dei professionisti che dovessero violare il divieto di pratiche commerciali sleali, adottando i provvedimenti necessari per assicurare che le sanzioni suddette vengano effettivamente irrogate. Quale debba essere la natura di tali sanzioni non viene specificato all’art. 13.

Il legislatore europeo quindi non individua dei rimedi contrattuali da riconoscere al consumatore nel caso in cui la scelta negoziale del consumatore risulti condizionata da pratiche commerciali scorrette. Infatti si conserva quella libertà di scelta degli Stati membri in tema di strumenti di tutela dei consumatori, come anche la possibilità, addirittura, di non indicare alcuno strumento. E’ stato ritenuto che non sussista una necessità nel senso di optare esclusivamente per sanzioni di natura pubblicistica (penali o amministrative), ma si debba riconoscere ai legislatori interni anche la possibilità di adottare misure *latu sensu* sanzionatorie di natura privatistica, quali ad esempio l’esplicita previsione della nullità o dell’annullabilità del contratto la cui conclusione sia stata favorita da una pratica commerciale sleale¹⁷¹. Tuttavia questa libertà comporta ancora una volta una frammentazione delle legislazioni nazionali. Molti paesi, come l’Italia e la Romania, hanno deciso infatti di non indicare alcuno strumento, affidando al giudice il compito di scegliere il rimedio da applicare, di volta in volta, alla singola pratica scorretta. Nel codice del consumo italiano d. lgs.n. 206 del 2005 vi è l’articolo 19, secondo il quale la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non pregiudica le norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto. Infatti il considerando n. 9 della Direttiva 2005/29/CE prevede che le disposizioni della direttiva non pregiudicano l’applicazione del diritto contrattuale. In

¹⁷¹ Cfr. G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistema*, Giappichelli, Torino, p.12-13.

Romania, con legge n. 363/2007 di attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, vengono previste, agli artt.12-16, sanzioni amministrative (*sanctiuni contraventionale*) e sanzioni complementari (*sanctiuni complementare*). Appare comunque nitido in entrambi gli ordinamenti, il già citato divieto, così come previsto dal codice del consumo italiano (art.20), di porre in essere pratiche commerciali sleali. Dall'altra parte nel codice del consumo della Romania è previsto, oltre al generale divieto, anche l'inibizione della sola intenzione del professionista, di cui si viene a conoscenza, di porre in essere in futuro pratiche commerciali sleali. Viene prevista in entrambi gli ordinamenti l'inibizione delle pratiche commerciali scorrette già poste in essere, e in casi estremi, addirittura la sospensione dell'intera attività commerciale fino al momento della cessazione della pratica commerciale scorretta oppure la pubblicazione su un quotidiano della decisione a spese del professionista (L.n.363/2007 articolo 13 comma 2 lett.a).

La regolamentazione dell'accesso alla giustizia da parte dei consumatori viene effettuata nell'importante direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori che è stata appunto modificata dalla direttiva cardine di questo elaborato 2005/29/CE. Secondo quanto previsto dall'articolo 2 della direttiva 98/27 gli stati membri designano organi giurisdizionali o autorità amministrative competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati¹⁷².

L'articolo 11 della direttiva 2005/29 stabilisce un compito in capo agli stati membri, ovvero sia quello di "assicurare mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali, al fine di garantire

¹⁷² S. Tudorel, B. Andresan-Grigoriu, *Drept comunitar*, C.H. Beck 2007, p.607.

l'osservanza delle disposizioni poste nell'interesse dei consumatori. Questi mezzi includono anche disposizioni giuridiche in base alle quali persone o organizzazioni con un legittimo interesse a contrastare le pratiche, possano promuovere azioni giudiziarie contro tali pratiche oppure sottoporre le medesime pratiche al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria¹⁷³.

In dottrina già una ventina di anni fa si faceva riferimento a consumatori scoraggiati dall'intraprendere iniziative giudiziarie nei confronti delle imprese¹⁷⁴. Il tutto a causa dell'esistenza di procedimenti giudiziari dispendiosi in termini di tempo, faticosi e costosi, incidendo negativamente sulla fiducia nell'operato dei tribunali. Si stavano già avviando iniziative nel senso di sottrarre la soluzione delle controversie concernente i consumatori all'autorità giudiziaria ordinaria. Con Risoluzione del 22 Aprile 1994, il Parlamento europeo manifestava infatti le preoccupazioni in ordine allo stato della giustizia nei paesi membri con riguardo alla tutela degli interessi dei consumatori e approva le iniziative per assicurare alla giustizia procedure adeguate, rapide, poco costose, invitando la Commissione ad avvalersi dell'art. K del Trattato di Maastricht per promuovere la cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione Europea.

Le Autorità amministrative che spiccano in questo ambito sono da un lato in Romania l'ANPC, *Autoritatea Nationala pentru Protectia Consumatorului*, che nasce nel 2003, mentre in Italia già a partire dal 1990 vi è l'AGCM, autorità garante per la concorrenza e per il mercato.

¹⁷³ M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET giuridica, Milano, 2008, p.50, 51.

¹⁷⁴ Cfr. G. Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 1995, p. 296 e ss.

In dottrina si fa riferimento ad una “vicenda legislativa sulle autorità amministrative indipendenti, soggetti pubblici preposti a vigilare, ovvero ad organizzare, il funzionamento del mercato in generale, o di suoi settori specifici. Nell’esercitare funzioni istituzionali, queste autorità intervengono anche in ambito contrattuale, ad esempio, esaminando la correttezza delle pratiche commerciali adottate da un certo imprenditore”¹⁷⁵.

Secondo l’articolo 13 della direttiva 05/29 rubricato “sanzioni”, gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l’applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Le leggi 363/2007 sull’attuazione della direttiva 2005/29 in Romania, così come la legge precedentemente menzionata n.193/2000 relativa alle clausole abusive, e infine l’ordinanza del governo OG n. 2/2001 relativa al regime giuridico delle sanzioni amministrative (*sanctiuni administrativ-contraventionale*), sono le fonti principali di riferimento relative alle sanzioni amministrative applicabili in caso di violazione del generale divieto di pratiche commerciali sleali in capo ai professionisti¹⁷⁶.

3.2 Scelte del legislatore in Romania in tema di *practici comerciale incorecte*

¹⁷⁵ A. Nervi, *Il contratto come strumento di conformazione del dell’assetto di mercato*, in Eur. e Dir. Priv. Fasc.1, 1 marzo 2018, p.95.

¹⁷⁶ A.M. Bogatu, M.C. Dijmarescu, *Legislatie privind protectia consumatorilor*, Printech, Bucharest, 2016, p.11 .

La direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, è stata attuata in Romania con legge n.363/2007. Nell'ordinamento romeno vi sono altre fonti importanti inerenti alla prevenzione e al divieto di pratiche commerciali sleali, nonché alla tutela dei consumatori in generale. In particolare la legge n. 296/2004 denominata Codice del consumo *codul consumului*, l'ordinanza del Governo O.G. n.21/1992 sulla protezione dei consumatori e l'O.G. n.85/2004 sulla tutela dei consumatori al momento della stipula ed esecuzione dei contratti a distanza nell'ambito dei servizi finanziari.

Le disposizioni più rilevanti restano, in particolar modo, quelle previste dalla legge n.363/2007 sulla prevenzione e lotta alle pratiche commerciali sleali dei professionisti nei rapporti con i consumatori e l'obiettivo di conformare la normativa nazionale agli standard europei. La direttiva 05/29, che viene attuata da questa legge, presenta come scopo fondamentale quello di un "elevato e completo livello di tutela dei consumatori e dei loro rispettivi interessi economici, contro le pratiche commerciali sleali poste in essere dai professionisti"¹⁷⁷. In questo senso si esprime anche il Considerando (23) della direttiva stessa e viene riconfermato dalla sentenza di Corte di giustizia dell'Unione Europea C-540/08, *Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag*, al punto 27¹⁷⁸. Lo stesso scopo è previsto espressamente anche dall'articolo 1 della legge n. 363/2007 per il quale si vuole assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, *asigurarea unui nivel inalt de protectie a consumatorilor*", in trasposizione di quanto previsto all'art. 1 Direttiva

¹⁷⁷ https://anpc.ro/anpcftp/anpc_junior/legea_363_2007.pdf

¹⁷⁸ V. Terzea, *Protectia consumatorilor, Jurisprudenta Curtii de Justitie a Uniunii Europene*, Universul Juridic, Bucharest, 2016, p.462.

05/29, oltre che contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, tutelando in via indiretta i concorrenti leali e la libera concorrenza.

L'ampia nozione di pratica commerciale è stata trasposta all'articolo 2 lett.d) della legge n. 363/2007, e ricomprende non soltanto le modalità di vendita e di negoziazione, ma anche la pubblicità dei prodotti e la loro immissione in mercato, nonché le pratiche di quegli enti, anche pubblici ¹⁷⁹, che assumono comportamenti simili a quelli dei professionisti. Quindi le pratiche commerciali, corrette o non, si collocano in una fase anche antecedente la stipula di contratti e alle trattative stesse, precisamente in quella dell'immissione in commercio dei prodotti e la relativa pubblicità di questi. Coprono quindi l'intero rapporto di consumo.

Anche nel *Codul consumului*, articolo 8, vi è un obbligo in capo ai professionisti di comportarsi in modo corretto nei rapporti con i consumatori ed è prescritto l'obbligo di non porre in essere pratiche commerciali abusive, *practici comerciale abuzive*. Un obbligo grazie al quale, secondo una dottrina, “viene perseguito lo scopo di non degenerare in situazioni in cui gli innocenti debbano pagare per i comportamenti disonesti di coloro che sono guidati dal principio del *easy money*, profitto semplice e rapido. L'adempimento di questo dovere crea un effetto dissuasivo anche nei confronti degli altri concorrenti che andranno a

¹⁷⁹ Grazie alla sentenza BKK oil anche gli enti pubblici possono essere chiamati a rispondere per pratiche commerciali scorrette. Sentenza 3 ottobre 2013 in causa C-59/12 Bkk Mobil Oil c. Wettbewerbszentrale.

correggere i propri comportamenti e si asterranno dal porre in essere queste pratiche”¹⁸⁰.

Le pratiche commerciali sleali sono, secondo quanto è stato rilevato, contrarie agli usi commerciali, corretti e leali, in violazione del generale principio di buona fede ed è per questo che la legislazione le sanziona e combatte (*sanctionate si combatute de legislatie*)¹⁸¹. Le pratiche commerciali leali sono considerate standard morali, collegati alla buona fede, che indicano come dovrebbe essere il comportamento dei professionisti per poter guadagnare o, in alcuni casi, riacquistare la fiducia dei partecipanti al mercato nella loro capacità di creare e distribuire ricchezza.

La prevedibilità e lealtà dei professionisti presuppone l’esistenza di valori, standard di riferimento che indichino in modo permanente quali sono i comportamenti che i partecipanti al mercato devono attendersi. Le pratiche commerciali leali sono denominate anche *uzante comerciale cinstite*, usi commerciali leali, modelli etici di comportamento sulla base dei quali si misura la compatibilità o conformità delle pratiche di un professionista alle previsioni normative nell’ambito della legislazione sulla concorrenza (ordine pubblico di direzione, *ordinea publica de directie*), e della legislazione sulla tutela dei consumatori (ordine pubblico di protezione, *ordinea publica de protectie*), nonché alla buona fede e buon costume.

La definizione di pratiche commerciali sleali è prevista agli articoli 6-7 della Direttiva 05/29 ed è trasposto quasi ad Litteram nella legge

¹⁸⁰ Cfr. G.Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, 2018, p.271 e ss.

¹⁸¹ Cfr. G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H.Beck, Bucharest, 2018, p.269 e ss.

363/2007. Infatti all'articolo 4 della legge stessa “una pratica commerciale è scorretta quando in modo cumulativo, *in mod cumulativ*, è contraria alla diligenza professionale; in secondo luogo quando è falsa o idonea a falsare in misura rilevante, *in mod esential*, il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo di consumatori”.

Infatti un consumatore che subisca un pregiudizio a causa della slealtà di un comportamento del professionista, può ricorrere per ottenere un provvedimento dall'ANPC, autorità nazionale per la protezione dei consumatori, oppure rivolgersi all'autorità giudiziaria competente ai sensi dell'articolo 10 della legge n. 363/2007.

Un primo passo é quello di inibire le pratiche commerciali del professionista che risultino sleali. Vi sono coloro che, nell'ambito della ANPC, accertano l'esistenza di una pratica commerciale sleale, aggressiva o ingannevole che sia e si può disporre che, oltre alla applicazione di una sanzione amministrativa principale, vi sia in più una sanzione complementare che consista nella restituzione del prezzo corrispondente al valore del bene o servizio, nel termine di 15 giorni dalla conoscenza da parte del professionista del verbale di accertamento della sanzione.

Un'altra via per il consumatore è l'esercizio del diritto di recesso previsto dalla O.U.G. ordinanza governativa d'urgenza n. 34/2014 concernente i diritti dei consumatori a recedere dal contratto stipulato con i professionisti. In concreto, per quelle fattispecie concrete che sia possibile sussumere sotto la fattispecie astratta prevista all'articolo 9 di questa OUG, in presenza di contratti a distanza o conclusi fuori dai locali

commerciali, il consumatore beneficia di un diritto di recesso dal contratto, e la possibilità di esercitarlo nel termine di 14 giorni¹⁸², senza necessità di una motivazione e senza costi aggiuntivi. Il termine di 14 giorni decorre, tenuto conto della natura del contratto, o dalla data della conclusione del contratto stesso (fornitura di servizi), oppure dalla data del possesso fisico dei prodotti (compravendita). Tutto questo trova le sue origini nella Direttiva del 25 Ottobre 2011 che realizza un'armonizzazione completa in ambito di pratiche commerciali proprie di contratti stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali.

Secondo quanto rilevato in dottrina, il recesso di pentimento infatti è strumento di autotutela predisposto dal diritto privato comunitario per ovviare alla velocità degli scambi, che impone al consumatore di compiere scelte contrattuali spesso non ponderate a sufficienza, in un contesto negoziale in cui, peraltro, al consumatore è ritagliato il ruolo di semplice aderente ad un contratto predisposto dal professionista. Tale figura è di fonte legale ed è attivabile anche in presenza di un *incipit* di esecuzione. E' una forma di recesso ad nutum, senza obbligo di motivazione. Infine l'azione è esperibile senza costi da parte del consumatore, salvo il rimborso delle spese affrontate dalla controparte¹⁸³.

Il consumatore medio, *Consumatorul mediu* è, ex articolo 2 lett. m) legge n.363/2007, quello ragionevolmente informato, attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici.

Anche nell'ordinamento romeno vi è una suddivisione in pratiche commerciali aggressive da un lato e ingannevoli dall'altro, prevista agli articoli 5, 6, 7 e 8 della legge 363/2007.

¹⁸² G. Orga-Dumitriu, *Dreptul european al contractelor*, C.H. Beck, 2013, Bucharest, p.327.

¹⁸³ S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2016, p.247.

In relazione al regime giuridico dell'azione in giudizio per far inibire le pratiche commerciali scorrette, azione di inibizione, *actiunea in incetare*, indipendentemente dal carattere amministrativo o giudiziale dell'azione o dall'urgenza, sussistono due presunzioni. La prima presunzione è quella di *victima*, vittima del consumatore¹⁸⁴ e l'altra è la presunzione di scorrettezza delle pratiche commerciali portate all'attenzione dell'autorità. Questa seconda presunzione è prevista dall'articolo 11 della legge 363/2007 secondo cui sarà il professionista a dover fornire prove che dimostrino la lealtà di quanto posto in essere. Si rientra in particolare non nell'ambito della responsabilità contrattuale, bensì extracontrattuale. L'azione di inibizione deve essere un mezzo efficiente al fine di bloccare le pratiche commerciali sleali e i rimedi effettivi possono essere, ad esempio, l'inibizione di una campagna pubblicitaria, il blocco delle vendite di alcuni beni, inefficacia di alcuni contratti, l'obbligo dei professionisti di eseguire i contratti nel rispetto degli usi leali e dell'equilibrio contrattuale, l'eliminazione delle clausole che sono espressione diretta di pratiche commerciali sleali, privazione di costi del contratto e addirittura la risoluzione del contratto se questo va a vantaggio del consumatore¹⁸⁵. Lo scopo della legge è anche quello di dissuadere gli altri concorrenti dal porre in essere tali pratiche e l'articolo 13 in particolare prevede la possibilità di pubblicare la decisione per “mettere alla gogna” il professionista.

La trasparenza e lealtà delle pratiche sono requisiti essenziali al fine della formazione di un consenso responsabile e cosciente dei consumatori che acquistano beni o servizi o stipulano contratti con i professionisti. I contratti vanno stipulati a seguito di un processo di informazione onesto tra le controparti. La disinformazione, l'induzione in errore, il captare

¹⁸⁴ Cfr. Causa di CGUE *BKK Mobil Oil* C-59/12 par 36.

¹⁸⁵ Cfr. Causa di CGUE *Perenicova* C-453/10

l'attenzione del consumatore attraverso mezzi aggressivi e pubblicità ingannevole, nonché il suscitare in modo superficiale l'entusiasmo di acquistare beni che in condizioni normali non avrebbe acquistato, sono tutte forme diverse di pratiche commerciali scorrette.

La manipolazione e disinformazione dei consumatori possono essere, soprattutto se questi comportamenti vengono posti in essere ripetutamente, comportamenti talmente gravi da ricadere addirittura nella responsabilità penale e poi correlativamente in quella responsabilità civile. Per esempio in caso di professionista che inganna può essere accusato di frode, *inselaciunea penala 244 C.pen.* o di abuso di debolezza *exploatarea starii de vulnerabilitate a consumatorului, 247 C.pen.*¹⁸⁶

In Romania entrambe le categorie di pratiche commerciali scorrette, aggressive e ingannevoli, vengono ricondotte dalla dottrina al rimedio della nullità, quindi dalla privazione di effetti dei contratti o delle clausole, a seconda dei casi, e sono anche riconducibili, a seconda dei casi, alla responsabilità civile extracontrattuale, quella amministrativa, oppure addirittura la responsabilità penale (*raspunderea civila delictuala, contraventionala si penala*), secondo quanto è previsto agli artt. 12-16 della legge di attuazione n. 363 del 2007. Quindi, ricapitolando, sussistono sanzioni amministrative, sanzioni complementari gravi, responsabilità civile extracontrattuale del professionista, inibizione delle pratiche commerciali sleali, sospensione dell'intera attività commerciale, pubblicità negativa, nullità di clausole o contratti e insieme a questa la pretesa della restituzione di quanto indebitamente pagato oppure il risarcimento¹⁸⁷.

¹⁸⁶ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H.Beck Bucharest 2018, p.279 e ss.

¹⁸⁷ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H.Beck, Bucharest, 2018, p. 300-301.

L'ammissibilità di un'azione di inibizione comporta delle conseguenze riferibili all'intero comportamento commerciale viziato da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive. La garanzia di un elevato livello di tutela dei consumatori, secondo l'articolo 1 della legge 363/2007, non può che realizzarsi attraverso l'eliminazione di tutti gli effetti provocati da tali pratiche, inclusi i contratti standard utilizzati dal professionista.

Le disposizioni di legge che regolano i contratti e in particolare le norme relative alla validità e agli effetti contrattuali, si applicano anche in questi casi.

Tuttavia, se una serie di contratti standard sono espressione di pratiche commerciali sleali, allora la validità e gli effetti contrattuali sono viziati e le pratiche commerciali scorrette sono, a seconda dei casi, causa di nullità assoluta totale o parziale dei contratti.

La già citata nullità assoluta, è un rimedio previsto a tutela di interessi generali ex articolo 1250 Cod civil e 1238 Cod civil. Si ha, in conseguenza della sua dichiarazione, la privazione di effetti dell'intero contratto o di clausole contrattuali, a seconda che si tratti di nullità totale o parziale¹⁸⁸.

Si sostiene in dottrina che le pratiche commerciali ingannevoli sono poste in essere col fine di indurre in errore il consumatore, omettere o dissimulare informazioni necessarie al consumatore per poter prestare il proprio consenso con cognizione di causa. Nella prima ipotesi il consumatore prende una decisione che in assenza di tale pratica non avrebbe assunto. Un contratto di questo tipo è colpito da *eroare-osbtacol*, errore ostacolo, e conseguentemente ricade nell'ambito del rimedio della *nulitate absoluta*, per mancanza totale del consenso. (Ad esempio viene stipulato un contratto di compravendita, anziché un contratto di

¹⁸⁸ Cfr. G. Boroi, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil, partea generala*, Ed. Hamangiu, 2011, p.218 e ss.

locazione; quest'ultimo è il contratto che controparte ha reale intenzione di stipulare). Si tratta di una categoria di errore denominata anche distruttiva della volontà, *distructiva de vointa*, che consiste nella rappresentazione, sia in termini di natura del contratto che si sta stipulando sia in termini di identità dell'oggetto¹⁸⁹.

In secondo luogo, il contratto concluso, benché risulti conforme alle iniziali intenzioni del consumatore, col tempo subisce una trasformazione tale per cui assume le vesti di un rapporto giuridico differente da quello prospettato dal consumatore. In questo secondo caso un simile contratto, *contract metamorfic*, è inficiato dal vizio del consenso in forma aggravata, ovvero sia dal dolo, *dol*, quindi l'intenzione di indurre in errore il contraente. Inoltre la dissimulazione, *disimularea*, di un'informazione particolarmente significativa può condurre il contratto in una "zona aleatoria". Questa è una causa di nullità per mancanza dell'alea del contratto in capo ad entrambe le parti, oppure, a seconda dei casi, per violazione di legge (causa illecita, *cauza illicita*)¹⁹⁰.

L'azione di inibizione, *actiunea de incetare*, ha un duplice scopo. Bloccare e prevenire i comportamenti sleali dei professionisti che sono stati posti all'attenzione delle autorità, *reclamate*.

Questo scopo si realizza mediante il divieto e il porre fine a questi comportamenti, ai sensi dell'articolo 13 lettere a) e b), e la finalità di questi mezzi è quella di eliminare tutti gli effetti che sono conseguenza di queste pratiche, anche gli effetti che si concretizzano in *contracte-tip*. La lotta alle pratiche si realizza attraverso l'eliminazione di effetti, pubblicazione della decisione in un quotidiano e una sanzione

¹⁸⁹ Definizione in www.e-juridic.manager.ro

¹⁹⁰ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, 2018, p.274 e ss.

amministrativa. Secondo la dottrina le disposizioni di legge che regolano i contratti e specialmente le previsioni relative a validità, costituzione ed effetti del contratto, restano applicabili, tuttavia se una serie di contratti standard, contracte-tip, sono espressione di una pratica commerciale sleale, allora la validità e gli effetti di questo contratto sono colpiti, essendo a seconda dei casi le pratiche commerciali sleali causa di nullità assoluta, totale o parziale, per dolo (eroare intentionala) errore sulla natura giuridica del contratto (error in negotio), o sull'oggetto del contratto (error in corpore) o per causa illecita, ma anche causa di cessazione degli effetti contrattuali che risultano dalle pratiche commerciali sleali.

I principi del diritto contrattuale comune del contratto, il contratto ha forza di legge tra le parti, e la relatività degli effetti contrattuali, devono dar spazio alla applicazione della legge speciale, che deroga al diritto comune, in riferimento alle sanzioni, cessazione e lotta alle pratiche commerciali sleali. Il senso dell'articolo 3 della legge 363/2007 secondo cui la legge 363 non tocca le regole del diritto comune riferite alla validità costituzione e effetti, non è quello di favorire il diritto comune dei contratti a sfavore della legge speciale, bensì proprio quello di derogare nelle situazioni in cui la validità costituzione ed effetti sono espressione di pratiche commerciali sleali che ne inficiano totalmente o parzialmente gli effetti e la validità.

Anche in caso di pratiche ingannevoli che sono mirate a indurre in errore il consumatore eroare obstacol ha come conseguenza la nullità assoluta per mancanza totale del consenso. Nel caso in cui invece si omette o si dissimula una informazione significativa e necessaria per il consumatore per prendere una decisione con cognizione di causa, allora si ha il caso di eroare viciu de consintamant errore vizio del consenso in forma

aggravata del dolo o di induzione intenzionale in errore del contraente. Inoltre omettere o dissimulare una info significativa portando alla causa di nullità per mancanza di alea per entrambe le parti e per violazione di legge, causa illecita.

Insieme alla nullità i consumatori possono pretendere anche la restituzione dei pagamenti indebitamente effettuati o il risarcimento dei danni¹⁹¹.

3.3 Legislazione italiana

L'ordinamento italiano introduce la nozione di “pratica commerciale” grazie alla riforma dell'agosto 2007, realizzata principalmente tramite l'emanazione di due decreti legislativi paralleli in attuazione della normativa comunitaria.

Infatti la direttiva 29/2005/CE, di tipo orizzontale, in quanto riguardante tutte le pratiche commerciali”, è stata attuata in Italia con d.lgs. 2 agosto 2007, n.146, e recepita in particolare nel Codice del consumo (artt. 18-27 *quater*).

La disciplina italiana non é altro che la traduzione pressoché letterale della direttiva n.29/2005/CE. Una direttiva avente natura, così come

¹⁹¹ G. Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, C.H. Beck, Bucharest, 2018, p.290 e ss.

definita in dottrina, “sussidiaria”, per chiarire il fatto che laddove esistano delle disposizioni specifiche per la regolamentazione di determinati tipi di pratiche commerciali oppure pratiche aventi ad oggetto specifici beni o servizi poste in essere per mezzo di specifici mezzi di comunicazione, queste disposizioni sono destinate ad essere applicate accanto o al posto (se sussiste incompatibilità) delle previsioni più generali della direttiva in questione¹⁹².

Cosa debba intendersi per pratiche commerciali tra professionista e consumatore lo si evince dal d.lgs. 6 settembre 2005, n.206, all’articolo 18 lettera d): *“qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità diffusa con ogni mezzo (incluso il direct marketing) e la commercializzazione del prodotto (marketing), posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”*¹⁹³, mentre per prodotto si intende *“qualsiasi bene o servizio, compresi beni immobili, i diritti e le obbligazioni”*.

Quindi le definizioni di cui all’articolo 2 della Direttiva 29/2005/CE sono state trasposte tali e quali all’articolo 18 del Codice del consumo, d.lgs.n. 206/2005, mentre all’articolo 20 viene previsto il generale divieto di pratiche commerciali scorrette (art. 5 direttiva 05/29). Si ritiene utile leggere questa definizione di cui all’articolo 18 lett.d) c.cons. in combinato disposto con quella della “scorrettezza” di cui all’articolo 20 comma 2 c.cons.: intesa come contrarietà alla diligenza professionale e idoneità a “falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore merio che essa raggiunge o a

¹⁹² Cfr. De Cristofaro, Zaccaria, *commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, CEDAM, 2013, p.117.

¹⁹³ Cfr. P. Stanzione e A. Musio, *La tutela del consumatore in Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2009, p.133-134.

quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica sia diretta a un determinato gruppo di consumatori¹⁹⁴.

Un divieto con il quale si vuole garantire l'“elevato livello di tutela dei consumatori” e allo stesso tempo “contribuire al corretto funzionamento del mercato”, finalità generale stessa della direttiva (art.1 direttiva 05/29). Si vuole conseguire infatti un obiettivo di tutela in tre direzioni, quella dei consumatori, dei concorrenti e dell'intero mercato¹⁹⁵.

La prima chiave di lettura di questo provvedimento, infatti, risulta essere lo stretto legame intercorrente tra le istanze di protezione degli interessi dei consumatori e l'esigenza di assicurare la realizzazione del mercato interno, evitando che all'interno di esso la concorrenza venga falsata¹⁹⁶.

In dottrina si evidenzia proprio come soltanto in un mercato concorrenziale vi è la garanzia di poter porre in essere rapporti di scambio caratterizzati dalla correttezza. La concorrenza viene rappresentata come una veste che assumono più iniziative economiche nei loro rapporti reciproci e si realizza attraverso l'accordo anche l'iniziativa economica anticoncorrenziale stessa. E' con il contratto che si vuole realizzare lo scopo di ridurre o precludere l'iniziativa economica di altri, di realizzare intese vietate, abusare dell'altrui dipendenza economica, ovvero far valere la propria posizione dominante occupata sul mercato. Al fine di tutelare, assicurando una contendibilità e una libera concorrenza nel mercato, è necessario predisporre dei limiti all'autonomia contrattuale, perché non ogni disciplina degli interessi

¹⁹⁴ Cfr. E. Bargelli , *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, Regole e Sistema*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, p.95.

¹⁹⁵ Così L. Guffanti Pesenti, relazione al Convegno "*Successioni, contratto e responsabilità. Prospettive di riforma del codice civile alla luce del disegno di legge delega n. 1151/2019*" tenutosi presso l'Università Cattolica del S.C. di Piacenza in data 6 dicembre 2019.

¹⁹⁶ Cfr. G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, Regole e Sistema*, Giappichelli, Torino, p.3.

privati garantisce una pari libertà agli altri operatori economici¹⁹⁷. Proprio autorevole dottrina afferma che “il sistema concorrenziale, pur se funzionante in condizioni soddisfacenti, non è invece in grado, da solo, di correggere l’asimmetria di potere contrattuale che consente a produttori e commercianti di imporre ai consumatori clausole traslative di rischi inerenti all’esecuzione del contratto, in deroga alla disciplina dispositiva”¹⁹⁸.

Si ritiene infatti che “i consumatori siano al centro della problematica concorrenziale, non più come destinatari di prodotti e servizi, ma come operatori di scelte sulla base delle informazioni ricevute. Il che presuppone una libertà di scelta. Ma ciò è in parte contraddetto dalla educazione dei gusti del pubblico che si abbina spesso a una subdola imposizione di mode e quindi di sollecitazioni irresistibili, più che non di consigli, agli acquisti.

Alla base delle teorie economiche sensibili agli interessi dei consumatori sta una concezione da condividere, e cioè che il mercato non possa essere lasciato a se stesso, cioè agli speculatori. Deve essere guidato e le spinte in danno ai consumatori arginate.

L’efficienza economica si ottiene non lasciando libere le forze, ma guidandole con mano leggera”¹⁹⁹.

Nei novellati artt.18 e ss. c. cons. nulla si statuisce espressamente in merito alle possibili conseguenze giuridiche di diritto privato della violazione del divieto posto dal comma 1 articolo 20 c. cons. Questo silenzio assordante mantenuto sul punto nella disciplina italiana di recepimento, lascia perplessi e non manca di creare problemi agli

¹⁹⁷ Cfr. A. Zoppini, *Il Contratto in generale, Vol. III Obbligazioni*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 2009, p.55.

¹⁹⁸ Così L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, cit. p. 536.

¹⁹⁹ Così G.Alpa, *il diritto dei consumatori*, editori Laterza, 1999, op. cit. p.89.

interpreti, chiamati all'arduo compito di coordinare le regole nuove con i precetti generali del codice del consumo e anche del codice civile²⁰⁰.

Inoltre all'articolo 19 comma 2 lett. a) c.cons. si afferma che il nuovo Titolo III della Parte II del codice del consumo "non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia dei contratti". Ci si domanda se si è voluto dire che l'interpretazione e applicazione, ai contratti conclusi tra professionisti e consumatori, delle regole generali dettate dal c.c. in tema di conclusione, validità ed efficacia dei contratti, non potrà in alcun modo essere influenzata e condizionata delle nuove norme, e dovrà pertanto essere condotta con medesimi criteri e modalità con cui veniva condotta prima dell'introduzione degli artt.18 ss. c.cons e quindi senza tenere in considerazione i contenuti di queste disposizioni?

Oppure si è semplicemente inteso dire che il nuovo Titolo III non intende apportare in via diretta modificazioni o deroghe alle regole generali sul contratto dettate dal c.c., le quali continueranno pertanto a trovare integralmente applicazione ai contratti dei consumatori senza che possa porsi un problema di antinomia con le nuove regole sulle pratiche commerciali scorrette, ferma restando la possibilità, in sede di interpretazione delle disposizioni del cc di attribuire rilievo, soprattutto alla concretizzazione di talune nozioni più o meno generali, alle nuove regole poste dagli artt. 18 ss. c.cons?²⁰¹

E' stato rilevato anche come il legislatore nazionale, riproducendo alla lettera il divieto generale di pratiche commerciale scorrette, riprendendo la prescrizione della direttiva (art.5), si allinea alla posizione comunitaria,

²⁰⁰ Cfr. G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistema*, Giappichelli, Torino, 2008, p.90.

²⁰¹ Cfr. G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistema*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 80.

nella previsione di una clausola di portata così generale, secondo quanto affermato dalla direzione generale per la salute e la tutela dei consumatori della Commissione Europea, da “superare la prova del tempo”²⁰². Nel caso in cui in futuro dovessero emergere alcune pratiche che, seppur sleali, non rispondano alla definizione positiva, il divieto generale dovrebbe assicurare di sanzionare i nuovi comportamenti dei professionisti giudicati scorretti nei confronti dei consumatori.

E’ necessario prendere atto di quanto evidenziato in dottrina per cui “le pratiche commerciali possono essere considerate scorrette in applicazione dell’articolo 20 comma 2 soltanto se influiscono sulle informazioni di cui i consumatori abbisognano per decidere con cognizione di causa”²⁰³.

In tema di conseguenze giuridiche della violazione di questo divieto posto all’articolo 20 comma 1 nei confronti dei professionisti, la dottrina si esprime nel senso di ritenere come prima opzione quella di cui all’articolo 27 c.cons., instaurando un procedimento nell’ambito del quale l’AGCM possa adottare provvedimenti inibitori e ripristinatori, e soprattutto irrogare sanzioni amministrative pecuniarie. Il nostro legislatore ha assecondato il disegno della direttiva, sancendo il divieto delle pratiche commerciali scorrette, art. 20, comma 1, cod. cons. e disciplinando nel Capo III, la tutela amministrativa e giurisdizionale.

Nel caso in cui, invece, la condotta del professionista tenuta in violazione di tale divieto, leda interessi non di un singolo consumatore, bensì della pluralità dei consumatori, le associazioni possono instaurare il procedimento di cui all’articolo 140 bis c.cons. Con l’articolo 140 bis per

²⁰² M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET giuridica, 2008, cit. p.23 in cui l’autore fa espresso riferimento alla Direzione generale per la Salute e per la tutela dei consumatori della Commissione Europea.

²⁰³ Cfr. De Cristofaro, Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*. CEDAM, 2013, p.159 e ss.

la prima volta compaiono ufficialmente *i diritti individuali omogenei*²⁰⁴. Si deve trattare di associazioni iscritte nell'elenco di cui all'articolo 137 c.cons e, come tali, legittimate ad agire.

Sul piano dei rimedi privatistici che possano essere esperiti da parte dei consumatori uti singuli, si ritiene che, da un lato, i contratti stipulati grazie ad una pratica commerciale scorretta non possano, per ciò solo, considerarsi invalidi. Dall'altro sia possibile affermare che la natura di queste pratiche faccia sorgere in capo alle singole persone fisiche consumatori, nei confronti delle quali la pratica sia stata posta in essere, il diritto al risarcimento del danno ex articolo 2043 cc²⁰⁵. Quindi riconoscere in questo “diritto fondamentale” all'”esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà”, ora contemplato all'articolo 2 comma 2 lett.c-bis), un interesse giuridicamente rilevante facente capo ai consumatori uti singuli. In ogni lesione di siffatto interesse, lesione che verrebbe arrecata tutte le volte in cui venga posta in essere una pratica scorretta, sarà possibile ravvisare gli estremi di un danno ingiusto, per il solo fatto che in tal modo sono stati violati il divieto posto all'articolo 20 comma 2 c.cons. ed il precetto dettato dall'articolo 39 c.cons.²⁰⁶.

Starà comunque alla giurisprudenza stabilire man mano se sia fondato l'assunto secondo cui in ogni lesione arrecata al “diritto fondamentale” all'esercizio delle pratiche commerciali secondo lealtà e correttezza

²⁰⁴ Così P. Fiorio, *l'azione di classe nel nuovo art.140 bis e gli obiettivi di deterrenza e accesso alla giustizia dei consumatori*, in Strumenti del diritto a cura di P. G. Demarchi, Zanichelli, 2010, “Diritti soggettivi individuali sorti in occasioni di dinamiche e comportamenti di massa e connotati da omogeneità sia perché generati da uno stesso comportamento che da comportamenti simili ripetuti, sia perché il loro accertamento giudiziale richiede la soluzione di questioni di diritto o di fatto simili se non identiche”, op. cit. p.489.

²⁰⁶ G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistemi*, Giappichelli, Torino, 2008, p.92.

attraverso la violazione del divieto posto dall'art.20 comma 1, c.cons., dovrebbero ravvisarsi gli estremi di un danno ingiusto ai sensi dell'articolo 2043 c.c.²⁰⁷.

Una pratica commerciale viene qualificata come scorretta quando, in contrasto con il principio della diligenza professionale, falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta.

Secondo la dottrina, dal confronto tra le definizioni di “falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori” inserite nelle diverse versioni linguistiche della definizione inserita nella lett.e) art. 2 direttiva 2005/29/CE sorge un grave dubbio interpretativo: affinché una pratica commerciale falsi o sia idonea a falsare il comportamento economico dei consumatori è sufficiente che la condotta tenuta dal professionista sia in senso oggettivo suscettibile di “alterare sensibilmente la capacità dei consumatori di prendere decisioni consapevoli” oppure è necessario che tali condotte, sul piano soggettivo, vengano intenzionalmente poste in essere dai loro autori al fine preciso di cagionare questa alterazione? La versione italiana e francese si orientano verso la prima direzione, proprio perché si discorre di impiego di una pratica commerciale che sia “idonea ad a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio”, “*utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement*”. Mentre nella seconda direzione si orientano le versioni inglese e romena. Infatti si traduce con “*a afecta apreciable abilitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză*” e con “*using a commercial practice to appreciably impair the consumer's ability*”²⁰⁸.

²⁰⁷ G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistemi*, Giappichelli, Torino, 2008, p.93.

²⁰⁸ Cfr. G. De Cristofaro, A. Zaccaria, *Commentario breve al diritto dei consumatori. Codice del consumo e legislazione complementare*, CEDAM, 2013, p.159 e ss.

Una disciplina, quella relativa alle pratiche commerciali, che accompagna il consumatore lungo tutto il rapporto di consumo, in particolare durante tutta la fase negoziale del rapporto con il professionista (trattative, conclusione ed esecuzione del contratto). Il terreno di applicazione della direttiva infatti non è il contratto, ma la pratica commerciale. Il criterio su cui si misura la scorrettezza delle pratiche commerciali scorrette non è il consumatore-individuo, ma il consumatore medio. Si tratta quindi di un soggetto mediamente informato e ragionevolmente avveduto. Quindi un modello astratto di consumatore. La formulazione della fattispecie non è nei termini dell'obbligo, ma in quelli del divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette, quindi comportamenti sleali.

Vi è comunque un'interferenza tra la disciplina del codice del consumo in materia di pratiche commerciali e quella codicistica relativa al diritto comune dei contratti.

A conferma di ciò torna utile la previsione di cui all'articolo 19, comma 2, codice del consumo, secondo la quale "il presente titolo non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale". La disciplina del diritto comune, non essendo quindi incompatibile, "ben può essere chiamata a regolamentare la patologia del contratto"²⁰⁹. In questo senso il Titolo III della II del c.cons. non può pregiudicare l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale. Pertanto non si può sostenere che la disciplina sia del tutto priva di indicazioni circa la tutela privatistica da assicurare al consumatore, vittima della pratica commerciale scorretta²¹⁰. Anche se, come approfondito, la disciplina

²⁰⁹ Così M. Dona, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, UTET giuridica, Milano, 2008, op.cit. p.52.

²¹⁰ G.Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in Eur e Dir Priv, fasc.1, 2013, p.1 e ss.

sulle pratiche commerciali scorrette non ha comunque individuato in capo ai consumatori degli specifici rimedi privatistici²¹¹.

Riguardo quindi ai profili patologici delle fattispecie concrete, quali sono le possibili conseguenze, in termini di rimedi, dell'accertamento della scorrettezza di una pratica commerciale?

Anzitutto va segnalata la possibilità del verificarsi di due ipotesi.

Da un lato il caso di conclusione del contratto tra professionista e consumatore ed eventualmente, dall'altro lato, il mancato perfezionamento del vincolo negoziale.

Affinché una pratica commerciale sia qualificata scorretta non è necessario che il contratto si perfezioni, ma è sufficiente che essa sia idonea a pregiudicare in astratto la libertà di scelta del consumatore medio, proprio perché la disciplina, come già *ut supra* descritto, copre tutto il rapporto di consumo.

Viene evidenziata anche la dimensione dinamica della trattativa, a prescindere dalla conclusione o meno del contratto, perciò le pratiche commerciali scorrette si muovono anche nell'area presidiata dall'articolo 1337 c.c.²¹².

Nel caso in cui un consumatore stipuli effettivamente un contratto con un professionista, ma successivamente si accerti che tale negozio si colloca nell'ambito di una pratica commerciale scorretta, pur nel silenzio della disciplina di matrice europea, si ritiene in via generale che il consumatore possa essere garantito attraverso la possibilità di attivazione di rimedi di carattere invalidatorio, che gli consentano di liberarsi, in tutto o in parte, dal vincolo contrattuale, salva la possibilità di chiedere il risarcimento degli eventuali danni.

²¹¹ M. Maugeri, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, II, 478.

²¹² Cfr. G.Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur e Dir priv*, fasc 1, 2013 p.1 e ss.

Le considerazioni fatte in generale conducono verso un obiettivo di tutela, della disciplina in esame, incentrato sulla libertà di scelta del consumatore. Tuttavia questo obiettivo di tutela è considerato dalla direttiva in una dimensione generale, quella del mercato, e non sul piano particolare del contratto.

Questa duplicità conduce l'interprete verso l'annullabilità o la nullità, a seconda che si ponga l'accento e l'attenzione sull'uno o sull'altro degli aspetti menzionati, quindi che si faccia riferimento ad un interesse particolare o generale.

In dottrina si era affermata l'opinione per cui si voleva collegare alla violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette la conseguenza della nullità di protezione di cui all'articolo 36 cod. cons. Infatti la pratica commerciale è scorretta non solo se effettivamente falsa, ma già se idonea a falsare il comportamento economico del richiamato "consumatore medio"²¹³. Quindi si pone l'accento sulla protezione di un interesse di una categoria.

Questa previsione è incentrata sul fatto che l'interesse perseguito attraverso la repressione delle pratiche commerciali scorrette sia di natura non individuale, bensì generale, che si caratterizza per essere comune ai consumatori, ai concorrenti e all'intero mercato; un triplice obiettivo di protezione. L'obiettivo di tutela è visto in una dimensione generale, del mercato, e non in una dimensione individuale del contratto.

Tale orientamento basato sulla nullità trova il fondamento nel dettato dell'articolo 1418, comma 1, codice civile, che collega la nullità del contratto in via immediata alla contrarietà a norme imperative, senza ulteriori specificazioni, sicché se ne dovrebbe dedurre che la violazione

²¹³ P. Stanzione, A. Musio, *La tutela del consumatore*, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2009.

delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette, in quanto infrazione di norme vincolanti, comporti la nullità del relativo negozio²¹⁴.

Un orientamento che però si pone in netto contrasto con orientamenti giurisprudenziali per cui si tende a preferire una lettura complessiva dell'art.1418 c.c.

In questo senso un contratto è nullo per violazione di norme imperative quando tale violazione si riverbera sul contenuto sostanziale dell'atto stesso ex art.1418, comma 2, c.c.

Più nel dettaglio, per aversi nullità, la violazione di una norma imperativa deve tradursi nella mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c., nell'assenza di uno degli elementi essenziali di cui all'art. 1325 c.c., quindi nell'illiceità della causa 1343 c.c. o del motivo determinante e comune ad entrambe le parti, 1345 c.c.²¹⁵.

Quindi un contratto, pur concluso nell'ambito di un'attività commerciale non corretta ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n.206/2005, non presenta tuttavia alcuna carenza in ordine agli elementi essenziali, di cui all'art.1325 c.c., né alcun profilo di illiceità caratterizzante uno di tali elementi.

Al contrario, leggendo in combinato disposto gli artt. 20 comma 1 e 18 lett. d), e), m), d.lgs. 206/2005, si conclude che nell'eventualità di conclusione del contratto tra professionista e consumatore in ambito di una pratica commerciale scorretta, siamo di fronte ad un negozio perfetto e completo dei suoi elementi, ma caratterizzato dalla circostanza che uno dei contraenti lo ha concluso in virtù di una falsa rappresentazione della

²¹⁴ P. Stanzione, A. Musio, *La tutela del consumatore*, in Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, Giappichelli, Torino, 2009.

²¹⁵ V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p.472 e ss. in correlazione al Codice civile e leggi complementari in *I codici nel diritto* di g. Alpa e R. Garofoli.

realtà che ne ha sensibilmente alterato la capacità di assumere decisioni consapevoli²¹⁶.

Il profilo qualificante della scorrettezza di una pratica commerciale è esterno alla pattuizione stessa e si identifica con la volontà coartata del consumatore.

Chiarito il passaggio interpretativo, risulta immediato il parallelismo tra la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e quella relativa ai vizi della volontà e, dunque, alla annullabilità ex art.1427 c.c. precisamente, le due categorie in cui si specifica la nozione generale di pratica commerciale scorretta, cioè di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, paiono riconducibili, rispettivamente, agli istituti del dolo e della violenza²¹⁷.

Parte della dottrina condivide soltanto in parte questa conclusione, poiché ritiene che la disciplina dei vizi della volontà, pur facilmente evocabile dall'analisi della direttiva in commento, non appare idonea a tutelare adeguatamente la parte debole nel rapporto con le imprese, né tantomeno un interesse generale.

Una recente dottrina si domanda “se la pratica commerciale sleale possa determinare l'invalidità del contratto a valle e si sono richiamati a tal proposito sia la nullità che l'annullamento. Le argomentazioni poste a fondamento della risposta negativa si rilevano più probanti di quelle adottate a sostegno dell'opposto orientamento. L'annullamento del contratto sarà solo ipotizzabile ove si accerti la ricorrenza dei requisiti che il codice civile in materia di vizi a quel fine richiede. Il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per aggiornare le disposizioni in

²¹⁶ V. D'Antonio, G. Sciancalepore, *Le pratiche commerciali*, in *Trattato di Diritto Privato* (La tutela del consumatore a cura di P. Stanzone e A. Musio), Giappichelli, Torino, 2009, p.150 e ss.

²¹⁷ Cfr. G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur e dir.priv.* fasc.1 2013 p.1 e ss.

materia di vizi della volontà, ma ha evitato di farlo. In dottrina si è ugualmente fatto discendere dalla nuova disciplina un effetto innovativo che incide soprattutto sulla delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina sul dolo e, comunque la si pensi sul punto, non può certo dirsi improponibile l'accostamento al dolo della progettazione della pratica diretta a falsare in misura rilevante il comportamento dei consumatori".

Il Codice del consumo distingue le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Le prime (articoli 21-23 cod. cons.) sono idonee a indurre in errore il consumatore medio, falsandone il processo decisionale. L'induzione in errore può riguardare il prezzo, la disponibilità sul mercato del prodotto, le sue caratteristiche, i rischi connessi al suo impiego. Sono considerate illecite dall'Autorità anche quelle pratiche che inducono il consumatore a trascurare le normali regole di prudenza o vigilanza relativamente all'uso di prodotti pericolosi per la salute e sicurezza o che possano, anche indirettamente, minacciare la sicurezza di bambini o adolescenti. Dall'altro lato (articoli 24-26 cod. cons.) se l'impresa agisce con coercizione, molestie o altre forme di indebito condizionamento, la pratica commerciale viene considerata aggressiva. L'aggressività della pratica viene fatta dipendere dalla natura, tempi, modalità, dall'eventuale ricorso a minacce fisiche o verbali²¹⁸.

Accanto alla fattispecie generale e alle articolazioni, pratiche aggressive e pratiche ingannevoli, vi è poi una lista nera di pratiche in ogni caso scorrette. Infatti il Codice del consumo indica le pratiche commerciali che devono essere considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive. Sono di per sé ingannevoli, ad esempio, i comportamenti attraverso i quali l'operatore economico promette di vendere un prodotto a un certo prezzo

²¹⁸ Cfr. www.agcm.it

e poi si rifiuta di accettare ordini per un certo periodo di tempo; afferma, contrariamente al vero, di avere ottenuto tutte le autorizzazioni. Sono di per sé aggressivi, ad esempio, i comportamenti che creano nel consumatore l'impressione di non poter lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto.

In ogni caso, si afferma che “il riconoscimento della natura “scorretta” di una pratica commerciale non potrà non influenzare le valutazioni dell'interprete, e segnatamente del giudice ordinario, eventualmente chiamato a stabilire se il professionista che a tale pratica abbia fatto ricorso “nel corso di una trattativa” si sia comportato “secondo buona fede” ex art. 1337 c.c., ovvero se il professionista che tale pratica abbia posto in essere posteriormente all'instaurazione di un rapporto contrattuale con un consumatore abbia eseguito il contratto “secondo buona fede”, ai sensi e ai fini di cui all'articolo 1375 c.c.”²¹⁹.

3.4 Profili comparatistici e prospettive di riforma

Risulta a questo punto interessante, nel prosieguo di questo elaborato, dar conto delle riflessioni al disegno di legge 1151 del 2019²²⁰ anche alla luce di profili comparatistici rilevanti.

²¹⁹ Così G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistemi*, Giappichelli, Torino, 2008, cit. p. 93.

²²⁰ art 1. DDL 1151: “il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:
g) disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette, o circostanze quali la distanza tra le parti, la sorpresa, la situazione di

Si parte dall'interesse perseguito attraverso la repressione delle pratiche commerciali scorrette, che risulta essere un interesse di natura generale caratterizzato per essere comune ai consumatori, ai concorrenti e all'intero mercato, in un triplice fronte di protezione.

Coerentemente, con riguardo al nostro ordinamento e anche quello romeno, l'applicazione di questa disciplina è affidata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato²²¹, investita di un potere sanzionatorio nei confronti di chi ponga in essere pratiche commerciali scorrette.

Tuttavia viene prevista la possibilità, in entrambi gli ordinamenti, di rivolgersi al giudice al fine di dirimere controversie di questo tipo. Quindi si configura un doppio binario rimediale di *public and private enforcement*. Pertanto ci si domanda dal punto di vista civilistico quali siano i rimedi da applicare.

Interessante è compiere una verifica in astratto di quali, tra le possibili forme dell'invalidità, sia quindi la più adatta a tradurre sul piano privatistico la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Per un verso l'obiettivo di tutela della disciplina in esame è certo la libertà di scelta del consumatore, mentre, per altro verso, l'obiettivo di tutela può essere considerato in una dimensione generale, quella del mercato, e non sul piano particolare del contratto.

Questa duplice visione conduce l'interprete, in termini di rimedi contrattuali, verso il rimedio dell'annullabilità e della nullità, a seconda che ci si focalizzi sull'uno o sull'altro degli aspetti *ut supra* indicati.

Se il *focus* è sulla libertà di scelta del consumatore, allora è il vizio della volontà che viene in rilievo. Il vizio della volontà è proprio ciò che

dipendenza di una parte rispetto all'altra determinano l'invalidità del contratto concluso"

²²¹ ANCP in Romania

condiziona la libertà di scelta del consumatore e quindi l'autodeterminazione della parte debole.

Infatti la pratica commerciale è scorretta se falsa o è idonea a falsare il comportamento del consumatore, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe preso altrimenti. Questo evoca un consenso carpito con dolo oppure un consenso estorto con violenza di cui all'articolo 1427 del codice civile.

Dall'altra parte, l'ingannevolezza e l'aggressività si attagliano, da un lato alle minacce che danno vita alla violenza e dall'altro agli artifici e raggiri che danno vita al dolo.

I vizi della volontà quali il dolo e la violenza sono stati infatti presi in considerazione fin dai tempi della trasposizione della direttiva n. 29/2005 per questa loro vicinanza con le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Sono stati visti come una traduzione possibile, sul piano privatistico, delle condotte considerate pratiche commerciali scorrette.

Passando da un piano generale del mercato a un piano del contratto, si è ritenuto così di poter considerare le pratiche commerciali scorrette, come condotte in grado di generare il vizio della volontà, con conseguente annullabilità del contratto.

Nell'elaborazione di questo percorso ci si è resi conto che non sussiste una corrispondenza biunivoca tra vizi e condotte di questo tipo.

La ragione è incentrata sul fatto che l'area dei vizi è più stretta e meno estesa rispetto a quella coperta dalle pratiche commerciali scorrette. In casi di dolo incidente (1440 c.c. "se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido") e dolo omissivo²²² non si ha come conseguenza l'invalidità del contratto derivato, e queste stesse

²²² Cassazione civile, sez.II, sentenza 20/04/2006 n.9253 "il dolo omissivo può essere causa di annullamento del contratto solo quanto l'inerzia di uno dei contraenti si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia a realizzare l'inganno a danno dell'altro contraente".

condotte possono essere fatte rientrare nelle pratiche commerciali scorrette. In questo senso non si avrà il rimedio dell'annullabilità.

Quindi vi sarebbero delle pratiche commerciali sleali che, pur vietate dalla direttiva, non consentirebbero al consumatore di ottenere la l'annullamento del contratto, perché la condotta del professionista sarebbe situata "sotto soglia" rispetto alla disciplina codicistica dei vizi della volontà.

Per giungere alla invalidità, auspicata dal disegno di legge delega, sub specie di annullabilità del contratto a valle, sarebbe necessaria una revisione della teoria dei vizi che consenta di ottenere la rimovibilità del vincolo anche in presenza di condotte attualmente inabili di conseguire detto effetto.

In dottrina qualcuno ha ipotizzato che l'avvento della disciplina 29/2005 e la successiva trasposizione, possa aver indotto una rilettura di quella dei vizi, la quale, senza bisogno di alcun intervento legislativo, sarebbe possibile riadattare già solo per via interpretativa alle rinnovate esigenze di tutela del consumatore, in funzione di caducazione del contratto.

Il che tuttavia genera qualche dubbio sia sul piano sistematico che pratico. Su quello sistematico perché un'applicazione dei vizi della volontà di questo tipo, che appartengono al diritto privato generale, dovrebbe valere appunto in generale e non unicamente per le pratiche commerciali scorrette. Però a livello dogmatico, un siffatto generalizzato ampliamento dei vizi per via interpretativa contrasterebbe con la lettera della legge del codice e con la ratio sottesa, ispirata ad un regime che è stato detto "di egoismo in contrasto", in cui soprattutto alle parti contraenti è affidata la tutela degli interessi.

Quello che si potrebbe discutere è semmai se questo assetto di egoismi in contrasto, risponda alla sensibilità odierna, mutata in parte in ragione della spersonalizzazione dei rapporti contrattuali, dalla contrattazione di

massa e lo sviluppo tecnologico. In quest'ottica si è auspicato un avanzamento della soglia dell'invalidità, ricomprendere condotte anche solo contrarie a buona fede, ma è evidente che un simile devolgimento, che sia condivisibile o meno sul piano delle motivazioni, necessiterebbe di una riforma di carattere generale, che non sembra rientrare negli orizzonti di questo disegno di legge delega.

A conferma di ciò, il disegno di legge delega non prevede conseguenze invalidanti, o perlomeno non esplicitamente, nemmeno per la violazione di obblighi di informazione nella fase delle trattative.

Preclusa perciò la via di una revisione generale della disciplina dei vizi, potrebbe prospettarsi la individuazione di un nuovo vizio, che si innesti sulla disciplina repressiva delle pratiche commerciali scorrette, e si potrebbe ritenere cioè che il contratto sia annullabile non solo in caso di errore, violenza o dolo, ma quando sia scaturito, per l'appunto, da una pratica commerciale scorretta.

Tuttavia, a rendere problematica questa ipotesi è l'annullabilità in se. Anzitutto perché, una volta accertata la pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista, non se ne potrebbe trarre automaticamente la caducazione del contratto a valle, restando da stabilire altresì se in quel concreto rapporto, essa abbia effettivamente falsato la scelta di consumo.

La pratica commerciale infatti è di per se scorretta anche solo se idonea a falsare il comportamento economico del consumatore, laddove la annullabilità del contratto discenda dall'accertamento della reale violazione della volontà del contraente.

Un tale accertamento tuttavia graverebbe il consumatore dell'onere di provare non solo la scorrettezza della pratica, ma anche l'incidenza negativa che essa abbia avuto sul suo processo cognitivo, prova sulla quale però si infrangono talvolta le domande volte all'annullamento del

contratto per vizio, con il rischio di una scarsa effettività di tale forma di tutela del consumatore. Questa stessa considerazione induce poi quella per cui l'essere l'annullamento fondato sul contatto psicologico della pratica nella sfera di ogni singolo consumatore, avrebbe per conseguenza che i consumatori stessi non potrebbero unire gli sforzi in un giudizio collettivo, di classe, ma necessiterebbero di giudizi separati, i quali tuttavia in considerazione della nota scarsa convenienza sul piano economico, quando si tratta di consumatori, finirebbero per non essere affatto promossi. Queste difficoltà sembrano affievolirsi quando dalla annullabilità si passi a considerare invece la nullità.

Anzitutto perché la nullità potrebbe conseguire automaticamente alla declaratoria di scorrettezza della pratica e non dovrebbe passare per la prova della alterazione della libertà di scelta del singolo consumatore. Inoltre perché la nullità, non necessitando di verifiche di carattere individuale, potrebbe essere pensata anche quale oggetto di accertamento in un giudizio collettivo. Anche ancor prima, sul piano del suo fondamento, la nullità sembrerebbe meglio in linea con la materia repressiva delle pratiche commerciali scorrette, che si sono dette di interesse generale. La nullità più precisamente è posta dal legislatore a tutela di interessi indisponibili e tali si direbbero anche quelli protetti dalla disciplina repressiva delle pratiche commerciali scorrette. Come mostra il fatto che a presidio dei rilievi posti dal codice del consumo operano delle sanzioni di diritto pubblico, irrogabili dalla AGCM anche d'ufficio. Se dunque di nullità sembra più opportuno parlarsi che di annullabilità, il dubbio che residua però è se rispetto alla nullità ex art 1418 comma 3 che è richiamato dal disegno di legge delega, non sia preferibile una nullità relativa, analoga a quella introdotta dal legislatore in occasione del recepimento della disciplina europea delle clausole vessatorie in questa forma speciale di nullità sono note le seguenti novità

che la distinguono dalla figura generale della nullità, in particolare la legittimazione a farla valere che spetta alla sola parte protetta e la rilevabilità anche d'ufficio, che va solo a vantaggio del consumatore. Le quali peculiarità sono emblematiche di una figura giuridica che non rinuncia al suo ruolo tradizionale di interessi indisponibili, ma assume altresì una funzione ulteriore, di protezione della parte debole del rapporto contrattuale.

Anche per questo, tale forma di nullità sembrerebbe più idonea, perché in grado di coniugare il fine generale della disciplina repressiva delle pratiche commerciali scorrette con gli intenti perseguiti dal disegno di legge delega, appunto la tutela del consumatore individuo.

La preferibilità della nullità di protezione, rispetto a quella di diritto privato generale, per altro depone nel senso che sia il codice del consumo, e non il codice civile, la sede entro cui inserire la disciplina delegata.

Quindi si individua la nullità relativa come possibilità percorribile dal legislatore, in consonanza con gli intenti che esso si propone con il disegno di legge delega, ma non ci si può tuttavia esimere dal rilevare come la nullità, generale o speciale che essa sia, esibisca a sua volta alcuni profili problematici che andrebbero tenuti in considerazione in fase di elaborazione della disciplina nuova.

Sono in particolare due. Il primo riguarda le conseguenze della nullità. La quale induce le restituzioni, salvo che quanto prestato non possa più essere restituito. Senonché nella materia in esame, trattandosi di beni di consumo nella maggior parte di casi, o di servizio al consumatore, può ben essere che il bene sia stato consumato nell'immediatezza dell'acquisto, o il servizio già fruito, e dunque quale concreto vantaggio potrà trarre il consumatore dalla nullità?

Immaginando questo esito probabile, l'ordinamento belga, ad esempio, ha previsto la restituzione del prezzo al consumatore, senza che il consumatore debba restituire il bene al professionista o l'ordinamento inglese consente la restituzione del bene anche quando il bene sia stato già in parte consumato.

L'altro profilo è dato dal fatto che la nullità colpisce il contratto concluso a valle tra un consumatore e un venditore. Il venditore però potrebbe non essere l'autore della pratica stessa, ma semplicemente l'intermediario. Bisognerebbe allora individuare una qualche forma di raccordo tra la nullità del contratto, che si ripercuote nell'immediato sul solo venditore, e la posizione del professionista scorretto nei casi in cui si tratti di soggetti diversi.

Il problema non è nuovo. Si pensi ancora una volta alla disciplina delle clausole vessatorie, ai sensi della quale il venditore ha il diritto di regresso nei confronti del fornitore, per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive. La previsione di una nullità testuale consentirebbe il superamento di quello che risulta essere l'ostacolo principale finora ravvisato in dottrina e giurisprudenza, ed evocato anche dalla relazione che accompagna il disegno di legge delega, cioè l'impossibilità di far conseguire alla violazione di regole di comportamento, quali sono quelle repressive delle pratiche commerciali scorrette, un esito di invalidità del contratto quando non sia il legislatore a prevederlo.

In presenza della comminatoria della nullità, invece, la condotta, qualificabile come pratica commerciale scorretta, assumerebbe la causa di nullità del contratto a valle, con ciò soddisfacendo gli obiettivi del disegno di legge delega 1151 del 2019. Ciò che viene da domandarsi è in conclusione se quella della nullità sia la via più idonea quando si tratti di

tutelare il consumatore da condotte contrarie a buona fede, quali si rilegano in estrema sintesi le pratiche commerciali scorrette.

La nullità è pur sempre la forma più radicale di invalidità del contratto, che si giustifica generalmente in presenza di un difetto strutturale, funzionale, o come è stato altrimenti affermato dalle SU più volte, la nullità riguarda elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, e non già fatti ad essa estranei quali i comportamenti tenuti dalle parti.

Esiste, è vero, proprio nella materia del consumo, il precedente normativo delle clausole vessatorie, nel quale la invalidità nella forma della nullità relativa si innesta sulla violazione della buona fede, ma in tale ipotesi ad essere disapprovato dalla legge, non è solo il comportamento precontrattuale del professionista, ma altresì il regolamento di interessi da questi predisposto. La clausola infatti, per essere giudicata abusiva, deve dar luogo ad un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto. Al contrario, nella fattispecie pratiche commerciali sleali si tratta di pura e semplice violazione di regole di condotta, rispetto alla quale la nullità rischierebbe di risultare un fuor d'opera.

Certo in presenza dell'intervento del legislatore, questa incoerenza cadrebbe sul piano formale, sanata da una norma di legge che conferirebbe alla nullità la necessaria legittimazione, cionondimeno si tratterebbe dell'utilizzo di una forma giuridica aliena rispetto al terreno sul quale si domanda di operare.

Anche alla luce di ciò potrebbe rilevarsi meno problematico lo strumento del recesso che non per niente, nei tempi in cui si discorreva ai tempi della trasposizione di rimedi civilistici verso le pratiche commerciali sleali, era stato considerato tra le soluzioni astrattamente percorribili dal legislatore la tutela del consumatore, e sul quale, come già indicato in apertura, è caduta per esempio la scelta dell'ordinamento inglese che si è occupato di questo tema. Il recesso, infatti, consentirebbe a chi e soltanto

a chi lo reputasse conveniente, di liberarsi dal vincolo a seguito dell'accertamento della scorrettezza, senza inciampare in quelle difficoltà che si sono viste caratterizzare sotto profili diversi le due specie dell'invalidità.

Anche il recesso andrebbe tuttavia adeguatamente configurato dal legislatore, stabilendo ad esempio se vi abbia il diritto chi abbia già in parte goduto del bene, e a quali condizioni, o per quanto tempo dall'accertamento della scorrettezza, il consumatore possa esercitare. Qualunque sarà la forma giuridica prescelta per tutelare il singolo dalla pratica commerciale sleale peraltro, il problema è ancora e sempre, e tale ha mostrato essere anche oltre il confine, quello dell'inconsapevolezza o del disinteresse del consumatore per la tutela che gli è riservata dall'ordinamento. Sia per il valore sovente assai misero della controversia, sia per ragioni di scarsa convenienza del giudizio, lungo e costoso, entro cui dovrebbe immettersi per rappresentare le proprie ragioni. Questo dunque il primo scoglio da considerare di come vincere l'apatia del consumatore.

L'individuazione di una tutela civilistica, quale essa sia, rischierebbe di rilevarsi vana, laddove le modalità o sedi in cui farla valere, continuassero ad essere percepite come ostili da colui che dovrebbe trarre vantaggio.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Volendo fare delle considerazioni finali su analogie e differenze, si prendono in considerazione i punti *clou* della ricerca che suscitano maggiore interesse.

Nella legislazione di stampo europeo che incide sul contratto stipulato dai consumatori con i professionisti non si rinvengono, in caso di violazione dei divieti previsti in capo ai professionisti, menzioni di rimedi civilistici specifici.

L'Unione Europea stabilisce due divieti precisi in capo al professionista. Vi è il divieto di introduzione di clausole abusive nei contratti con i consumatori e il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette quale strumento per manipolare chi si trova in una posizione inferiore e ottenerne profitto. Il legislatore europeo ripone grande fiducia nei legislatori nazionali, affinché questi individuino rimedi specifici da applicare in caso di contratti colpiti da questi comportamenti vietati e modalità per farli valere. Il lessico giuridico europeo è privo di espressioni quali validità e il trattamento dei contratti invalidi viene demandato ai singoli legislatori nazionali, in modo che si possano raggiungere gli scopi, attraverso i propri mezzi, previsti dalle direttive. L'armonizzazione che viene operata risulta in questo modo del tutto "pragmatica", poiché viene richiesta una finalità raggiungibile liberamente dagli Stati membri nella prassi.

Al consumatore viene riservato dall'ordinamento giuridico, sia italiano che romeno, la possibilità di attivare dei rimedi per ripristinare la situazione di equilibrio contrattuale compromessa in modo ingiusto, nei

casi in cui risulti iniquo, e in violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, il comportamento del professionista²²³.

Il legislatore italiano, nel lungo percorso dal 1996, approda all'elaborazione di un istituto, quale è quello della nullità di protezione, attualmente ben delineato e funzionale, tanto da incrementare la fiducia di chi intenda farla valere, poiché non corre il rischio di “perdere” quel che ha stipulato. Viene operata un'innovazione giuridica nel 2005 attraverso la nullità speciale di protezione, art. 36 cod. cons., del tutto a favore dei consumatori.

Una sua caratteristica è infatti quella di poter essere fatta valere soltanto dalla parte a tutela della quale la nullità stessa viene comminata. E' un rimedio volto a reagire anzitutto all'introduzione di clausole vessatorie, colpendo con l'inefficacia la parte del regolamento contrattuale o la singola clausola accertata come vessatoria. Le clausole previste espressamente dall'articolo 33 cod. cons. sono da considerarsi nulle a prescindere da qualsiasi sottoscrizione, a differenza di quelle elencate all'articolo 1341 del codice civile italiano del 42 e di quelle aggiunte nei contratti conclusi mediante moduli o formulari ex art 1342 c.c. che sono inefficaci, salvo specifica approvazione per iscritto.

L'azione di nullità speciale di protezione è imprescrittibile ed è prevista una rilevabilità d'ufficio da parte del giudice particolare. In questo ultimo caso, il giudice ha l'obbligo di tenere conto della volontà del consumatore potendo quest'ultimo esprimere un consenso libero e informato della clausola in questione²²⁴. Questa possibilità costituisce proprio l'attuazione del principio del contraddittorio stabilito anche dall'articolo 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea.

²²³ Cfr. M. Astone, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in Eur e dir priv. Fasc.1, 2014, pag. 1. e ss.

²²⁴ CGUE C-243/08 *Pannon*.

Inoltre, se nel comportamento del professionista sia rinvenibile una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'articolo 20 cod.cons., potrà essere convenuto dinanzi all'AGCM nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 27 cod.cons. e anche davanti all'autorità giudiziaria ordinaria attraverso l'azione di inibizione collettiva promossa da associazioni di consumatori a norma dell'articolo 140 bis cod. cons.

Emblematica risulta l'espressione di cui all'articolo 19 comma 2, cod.cons. secondo cui "il nuovo Titolo III della Parte II del codice del consumo non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia dei contratti".

E' stato ritenuto che il nuovo Titolo non intenda apportare in via diretta modificazioni o deroghe alle regole generali sul contratto dettate dal c.c., le quali continueranno a trovare applicazione ai contratti dei consumatori senza che possa porsi un problema di antinomia con le nuove regole sulle pratiche commerciali scorrette. Tuttavia resta ferma la possibilità, in sede di interpretazione delle disposizioni del c.c., di attribuire rilievo, soprattutto ai fini della concretizzazione di talune nozioni, più o meno generali, alle nuove regole poste dagli artt.18 e ss. cod.cons²²⁵.

Ritornando sulla direttiva 93/13, e prendendo in considerazione le trasposizioni della direttiva, in entrambi gli ordinamenti una clausola contrattuale è considerata, abusiva in Romania, e vessatoria in Italia, nel caso in cui sussistono 3 requisiti. Non sono state oggetto di trattativa individuale con il consumatore, determinano un significativo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti e infine sono contrarie al principio di buona fede.

²²⁵ G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in Principi, regole e sistema, Giappichelli, Torino, 2008, p.80 e 81.

In Romania non viene previsto dalla legge speciale 193/2000 un rimedio specifico. Si susseguono varie teorie dottrinali sull'interpretazione dell'"inefficacia delle clausole".

Si sono sostenute tesi, poco accreditata, per cui il rimedio da applicare sia l'annullabilità (*nullitate relativa*) e in particolare sussistano vizi nel consenso prestato dal consumatore. Quest'ultimo rimedio è corrispondente all'annullabilità italiana e si ritiene che le norme poste a tutela dei consumatori siano a garanzia di interessi privati e andando a prendere "in prestito" delle caratteristiche della nullità assoluta, corrispondente alla nullità in Italia, cioè quella per cui si possa rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola.

Altri autori filofrancesi tentano di tradurre l'espressione inefficacia con "clausole non scritte", non essendoci però una norma che tipizzi questo rimedio.

Dottrina maggioritaria concorda nel ritenere che in caso di inserimento di clausole abusive in contratti stipulati tra consumatori e professionisti il rimedio prevalente sia quello della nullità assoluta, parziale o totale del contratto, corrispondente alla nullità italiana di cui all'articolo 1418, e in particolare una nullità virtuale.

Tra le interpretazioni effettuate si ha quella per nei casi di clausole inquadrabili nella lista grigia, cioè clausole che si presumono abusive (presunzione relativa), il rimedio sarà una nullità relativa, mentre nei casi di inquadramento nella lista nera, la presunzione è assoluta e quindi si avrà nullità assoluta²²⁶.

Altra dottrina ritiene questa interpretazione del tutto errata in quanto, anzitutto, l'unica lista allegata alla legge 193/2000 si reputa nera, con

²²⁶ A.-J. Goicovici, *Clauze abuzive versus clauze lezionare in contractele consumatorilor*, disponibile su www.studia.law.ubbcluj.ro

A.-J. Goicovici, *Creditele pentru consum si de investitii imobiliare. Comentarii si explicatii*, Ed. C.H. Beck, Bucharest, 2014. Nonostante l'autrice nella prefazione faccia espresso riferimento all'ordine pubblico di protezione, sostiene nell'opera il rimedio della nullità relativa.p.128.

clausole che si presumono assolute senza ammetterne prove contrarie. In secondo luogo, tutte le disposizioni contenute nella Legge 193/2000 risultano a tutela di un interesse generale, e pertanto, è praticamente giocoforza constatare che il rimedio sia il medesimo, a prescindere dal ragionamento che si adotta per applicarlo²²⁷. Questo specialmente alla luce dell'argomento incontestabile della Corte di giustizia dell'unione Europea nel caso *Pohotovost* del 16 novembre 2010.

Giurisprudenza unanime ritiene che sia quest'ultimo il rimedio applicabile, ribadendo la tutela di interessi generali della legislazione consumeristica. In soccorso giungono le sentenze di Corte di Giustizia dell'Unione europea che hanno più volte delineato questo rimedio e di cui la Corte di Cassazione di Bucharest si serve per delineare il rimedio in questione. E' il giudice a dover accertare l'abusività delle clausole e non vi è possibilità di rinegoziazione.

Nella sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione di Bucharest *Înalta Curte de Casație și Justiție*, del 25 Gennaio 2017 n.76/2017, chiarisce la questione sulla nullità assoluta della clausola abusiva, dando conto di quello che è l'orientamento giurisprudenziale quasi unanime in questo senso. Nel corso del giudizio di Appello, nonostante il giudice abbia accertato il carattere abusivo delle clausole sugli interessi moratori contenute nel contratto di credito, non ha disposto la restituzione delle somme pagate e relativi interessi. L'effetto della declaratoria della nullità consiste nell'obbligare l'istituto di credito a restituire le somme e i rispettivi interessi, indebitamente percepiti. La Corte chiarisce l'impossibilità per il giudice di intervenire a modificare il contratto di cui alcune clausole sono colpite da nullità, proprio perché non si tratta di casi

²²⁷ Cfr. L. Mihail-Viorescu, *Clauzele abuzive in contractele de credit*, Hamangiu, 2017, p.184.

di equità. Richiama infatti la sentenza di CGUE Banco Espanol de Credito SA C-618/10 che va a chiarire l'aspetto per cui i giudici non possano intervenire, nell'accertare la nullità di clausole, a modificare e adattare in contratto modificando il contenuto di suddette clausole. Non è certo la prima volta che la corte interviene nel chiarire il fatto che i giudici non possano intervenire in tal senso. L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola.

Quindi risulta che giurisprudenza consolidata in Romania, soprattutto di I.C.C.J., opta per la nullità assoluta, parziale o totale. Nel codice del consumo romeno si prevede espressamente che le disposizioni dell'articolo che regola la questione delle clausole abusive sono di ordine pubblico. In questo senso la natura della nullità risulta assoluta, a tutela di interessi generali. L'articolo 1250 C.civ. prescrive che un contratto sia colpito da nullità assoluta nei casi previsti espressamente per legge, richiamando la nullità testuale di cui all'articolo 1418 comma 3 c.c. del nostro ordinamento, oppure nei casi in cui risulta in modo certo dalla legge che l'interesse tutelato sia generale. In quest'ultimo caso si richiama, invece, l'articolo 1418, comma 1, che prevede una nullità virtuale applicabile in caso di violazione di norme imperative.

Oltre al caso *Pohotovost* di CGUE, anche le sentenze *Mostaza Claro e Oceano Grupo Editorial* chiariscono la natura pubblica dell'interesse protetto con riguardo alla direttiva 93/13. Di tutte queste pronunce la Corte di Cassazione di Bucharest tiene conto nel ribadire che il rimedio da applicare sia *nulitatea absoluta*.

La Corte di Giustizia con sentenza C-211/17 *Topaz*, ha ribadito il fatto che, nell'interpretazione dell'articolo 6 della direttiva 93/13, non si possa adottare la soluzione per cui al posto della nullità il giudice sostituisca la clausola con una propria decisione. L'eccezione è data dalla possibilità di applicare una disposizione nazionale suppletiva nei casi in cui il contratto non possa proseguire a seguito dell'eliminazione di dette clausole, e in casi in cui il contratto nel suo insieme comporti un pregiudizio superiore per il consumatore²²⁸.

Nel caso di nullità parziale, della sola clausola abusiva, si ha prosecuzione del contratto per volontà del consumatore e sempre che il contratto possa continuare a produrre validamente i suoi effetti, altrimenti la legislazione conferisce al consumatore il diritto di ottenere la risoluzione del contratto, ai sensi dell'articolo 7 l. n. 193/2000, salva in questi casi l'eventuale richiesta di risarcimento di danni-interesse (1530 C.civ e 1549 C. civ.), denominati anche danni moratori. L'articolo 1530 C.civ. prescrive che “il creditore ha diritto ai *daune interese* per il risarcimento del danno causato dal debitore e che risulta essere conseguenza necessaria e diretta dell'inadempimento senza giustificazione, ovvero per colpa nell'obbligazione *culpabile a obligatiei*”. L'azione di nullità in sé risulta imprescrittibile, mentre nel caso di richiesta di risoluzione del contratto, il diritto si prescrive in 3 anni.

Le disposizioni sono state trasposte in modo tale da ritenere che il professionista resti obbligato alla prosecuzione del contratto anche in casi in cui le obbligazioni diventino eccessivamente onerose in seguito all'eliminazione delle clausole abusive.

²²⁸ https://www.mae.ro/sites/default/files/file/anul_2019/ordonanta_cjue_in_cauza_c_211_17,_topaz.pdf

Le modifiche al codice di procedura civile apportate dalla legge romena 76/2012, entrate in vigore dal 2013, obbliga il giudice adito dalle associazioni dei consumatori oppure da una richiesta formulata dall'ANPC, di imporre al professionista la modifica non soltanto del contratto standard oggetto del giudizio, ma anche tutti gli altri contratti già in corso di esecuzione e anche i contratti standard. Tuttavia le lacune in questa legge riguardo ai mezzi attraverso i quali si possa giungere ad una decisione, restano assordanti²²⁹.

Per potere, una pratica, essere definita scorretta, i requisiti sono previsti espressamente e risultano ben chiari in entrambi gli ordinamenti. E' in termini di rimedi privatistici che si sono riscontrate difficoltà da parte degli interpreti. Se in tema di clausole vessatorie si è dato vita ad un nuovo rimedio in Italia, nel caso della legislazione speciale riguardante pratiche commerciali scorrette, la lacune spiccano in modo evidente in entrambi gli ordinamenti.

In Italia il decreto legislativo del 2007 rinvia al sistema giuridico nazionale ed affida agli interpreti il compito arduo di individuare i rimedi negoziali nei confronti di un contratto derivante da una pratica commerciale scorretta.

Attraverso un'interpretazione sistematica si sono individuati due rimedi applicabili astrattamente al contratto derivante da una simile pratica scorretta. In primo luogo il rimedio dell'invalidità nelle due forme dell'annullabilità e nullità e in secondo luogo il rimedio della responsabilità aquiliana extracontrattuale, ipotizzando anche una responsabilità precontrattuale per la fase delle trattative.

²²⁹ www.curieruljudiciar.ro R. Dinca, *Clauzele cuprinse in contractele de servicii financiare nebancaare pot fi abuzive*, 22 novembre 2013. (razvan.dinca@razvandinca-legal.ro).

Il contratto è colpito da nullità in casi di difetto o grave anomalia di uno o più elementi costitutivi, tale per cui non possa produrre i suoi effetti tipici. Leggendo in combinato disposto gli articoli 18 lettera d) , e) e m), cod cons e 20 comma 1 cod cons, si ritiene in dottrina che dinanzi a un contratto concluso tra un consumatore e professionista ci si trova dinanzi a un negozio completo di suoi elementi e perfetto, poiché il profilo della scorretta non ricadrebbe sul contratto eventualmente concluso o sui suoi elementi essenziali, bensì risulta esterno dalla pattuizione stessa, ricadendo sulla volontà coartata del consumatore.

In questo senso il focus si sposta verso l'annullabilità ex articolo 1427 c.c.²³⁰. Quindi si avrebbe l'annullamento del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta. L'annullabilità si riconduce alla tutela di interessi particolari in caso in cui i soggetti in questione abbiano concluso contratti in situazione di incapacità ovvero di vizi del consenso, quali rispettivamente errore, violenza, dolo²³¹.

L'errore, inteso come falsa o erronea rappresentazione della realtà potrebbe essere accostato alle pratiche commerciali ingannevoli, mentre la violenza esercitata da uno dei contraenti verso l'altro per estorcere il consenso altrui, presenta assonanze con le pratiche commerciali aggressive di cui all'articolo 24 cod. cons.

Infine il dolo consiste nella condotta di un contraente che induce l'altro con artifici e raggiri alla stipulazione del contratto che diversamente non avrebbe stipulato 1439 c.c, ovvero avrebbe concluso, ma a condizioni diverse 1440 c.c.

Tuttavia la disciplina consumeristica qualifica come aggressive le pratiche caratterizzate da molestie, coercizioni, condizionamenti indebiti,

²³⁰ Cfr. V. D'Antonio, G. Sciancalepore, *Le pratiche commerciali*, in Trattato di diritto privato (diretto da M. Bessone), 2009, Giappichelli, p.150.

²³¹ Approfondimenti in E. Del Prato, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, IV., p.175 ss.

e non vi è traccia di minacce e timore, cuore della disciplina di diritto comune della violenza.

Nel caso dell'errore, invece, per poter legittimare l'annullamento deve essere essenziale e riconoscibile. L'errore è riconoscibile quando il contraente, persona di normale diligenza, avrebbe potuto riconoscerlo, ed è inteso in senso soggettivo, cioè richiede una soggettivizzazione in relazione alla singola operazione negoziale. Nel caso invece di pratiche commerciali scorrette, si prende in considerazione una figura oggettiva, il consumatore medio, che considera non il consumatore per quello che effettivamente è, ma per come dovrebbe essere, in termini astratti e oggettivi.

Resta il dolo (1439 c.c. 1440 c.c.), unico vizio che potrebbe essere esteso alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Tuttavia, “ciò che emerge dall'applicazione dell'art. 1439 c.c. è una necessaria presenza di un comportamento in cui sussiste un profilo di intenzionalità. Sembra andare in questo senso anche il diritto privato europeo. Ad esempio, l'art. 4.107 dei Principi Ole Lando stabilisce che “la parte indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata, può annullare il contratto”. In tale quadro appare molto impegnativo immaginare una totale rilettura, che fino ad oggi non c'è stata, dei requisiti enunciati nel codice civile in tema di dolo conformata alle più generali previsioni contenute negli artt. 21-26 c. cons”²³².

Questa possibilità di applicare il dolo non comporta una coincidenza di discipline, quella sulle pratiche commerciali scorrette e vizi del consenso,

²³² Così T. Sillani, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, cit. p. 779.

che restano distinte. La disciplina dei vizi del consenso appare molto più restrittiva di quella relativa alle pratiche commerciali sleali²³³.

La legge romena prevede anch'essa un generale ed espresso divieto di porre in essere pratiche commerciali sleali, senza prevedere rimedi di tipo civilistico.

Anzitutto nella trasposizione della nozione di pratica commerciale sleale viene ricompresa, oltre alle modalità di compravendita, anche la pubblicità. Così come un tempo, *l'error in negotio*, sotto il vigore del codice del 1865, veniva inquadrato come ipotesi di errore ostativo, causa di nullità del negozio, allo stesso modo in Romania viene previsto tutt'ora. Omettere di informare con riguardo agli elementi essenziali del contratto determina nel diritto commune la nullità per *error in negotio*, un errore sulla natura del contratto²³⁴.

In particolar modo, se una serie di contratti standard sono il risultato di pratiche commerciali scorrette, la validità e gli effetti di questi contratti sono pregiudicati. Le pratiche commerciali scorrette risultano pertanto causa di nullità assoluta, parziale o totale, a seconda dei casi, inquadrando il vizio del consenso nella fattispecie del dolo, errore intenzionale (*eroare provocata*), errore sulla natura del contratto (*error in negotio*), errore sull'oggetto stesso del contratto (*error in corpore*), e infine per causa illecita.

I rimedi definitivi risultano essere l'azione di inibizione, che riguarda le pratiche commerciali sleali del professionista e tutti i contratti standard generati da queste; pubblicità negativa mediante quotidiani o social

²³³ Cfr. V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p.478 e ss.

²³⁴ G.Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, Bucharest, 2018, C.H. Beck, p.5.

media; nullità delle clausole contrattuali o addirittura dei contratti se questi costituiscono il risultato di pratiche commerciali sleali²³⁵.

La tutela offerta dalla legislazione consumeristica romena, che ha lo scopo di riequilibrare i rapporti tra professionisti e consumatori, determina importanti deroghe al diritto comune dei contratti e alla responsabilità civile extracontrattuale, proprio in conseguenza della natura di queste norme giuridiche di questo settore, considerate di ordine pubblico. La legislazione speciale in materia risulta prolissa, incoerente e poco chiara, tanto da comportare anche in giurisprudenza lo stesso tipo di approccio.

La relatività del contratto e la sua forza di legge tra le parti, lasciano lo spazio alla legislazione speciale. L'articolo 3 comma 2 lettera a) l. 363/2007 va interpretato nel senso di ritenere che la validità, costituzione, effetti dei contratti restano assoggettati al diritto comune, ad eccezione di quelle situazioni in cui i contratti siano espressione di pratiche commerciali scorrette. L'azione di inibizione deve rivestire un rimedio efficiente per l'eliminazione degli effetti di queste pratiche. In concreto si dovranno bloccare le campagne pubblicitarie, la vendita di determinati prodotti, cessazione di alcuni effetti dei contratti, l'obbligo del professionista di eseguire i contratti secondo l'equilibrio contrattuale e gli usi onesti, l'eliminazione di clausole espressione di pratiche scorrette, e, infine, invalidità del contratto se questa soluzione va a vantaggio del consumatore (CGUE *Perenicova*).

Interessante infine portare l'attenzione sul Pacchetto "new deal" per i consumatori proposto dalla Commissione europea l'11 aprile del 2019 al Parlamento e al Consiglio dell'Unione per garantire un pieno godimento

²³⁵ G.Piperea, *Protectia consumatorilor in contractele comerciale*, Bucharest, 2018, C.H. Beck, p. 290 e 297.

dei diritti da parte dei consumatori dell'Unione Europea e che contiene nuove misure legislative in materia di tutela dei consumatori. In particolare questo pacchetto consiste nell'iniziativa legislativa per cui si proceda alla modifica delle direttive prese in analisi da questo elaborato, direttiva 2005/29 e 13/1993. In particolare in questo pacchetto si fa espresso riferimento al fatto che soltanto alcuni stati membri come il Belgio prevede rimedi specifici in casi di violazione della legge sulle pratiche commerciali scorrette e sollecita gli stati membri ad assicurare ai consumatori, mediante espressa previsione di legge, almeno il diritto di risoluzione del contratto e la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni in caso di pregiudizi sofferti²³⁶.

Con riguardo, invece, al diritto di recesso, si ritiene opportuno prevedere la perdita di questo nei casi in cui il consumatore utilizzi il bene "di consumo" per un periodo di tempo molto più lungo di quello necessario a testare il prodotto e infine la possibilità per il professionista di non rimborsare il prezzo prima ancora di aver verificato le condizioni del prodotto restituito.

Un passo importante sarebbe quello, *de lege ferenda*, di migliorare le modalità e sedi in cui far valere la propria tutela civilistica che dovrebbero risultare tutt'altro che ostili al consumatore tutelato dalla legislazione fin qui analizzata.

²³⁶ <http://www.apc-romania.ro/ro/i-un-new-deal-/NTIzLTE.html>

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2005/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn.145 e 146 del 2 agosto 2007)*, DE CRISTOFARO G. (a cura di), Torino, Giappichelli, 2008.
- AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali: Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, MINERVINI E., ROSSI CARLEO L., (a cura di), Milano, Giuffré, 2007, op. cit. p.83.

- AA.VV., *La tutela del consumatore*, in *Trattato di diritto privato*, Vol XXX, diretto da Mario BESSONE, a cura di P. STANZIONE A. MUSIO, Torino, 2009.
- ALBANESE A. *Contratto, mercato e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008.
- ALBANESE A. *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, *Europa e dir. priv.* 2013, 3, p. 670.
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Editori Laterza, 1999, p.225.
- ALPA G. *I diritti dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p.2.
- ALPA G., PATTI S., *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore art.1469-bis-1469-sexies*, in *Comm. c.c.* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2003, op. cit. p.10.
- ALPA G., *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law: New Paths in a Comparative Perspective*, München, European Law Publishers, 2013.
- ASTONE M. *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur e dir priv.* Fasc.1, 2014, p. 1. e ss.

- BERTI C., *La figura del consumatore e la sua soggettività giuridica*, in *Resp.civ.e prev.*, fasc.5, 1 Maggio 2018, p.1648 e ss.
- BESSONE M., *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, p.31.
- BOROI G., ANGHELESCU C.A. *Curs de drept civil, partea generala*, Hamangiu, 2012, p.236.
- BOROI G., STANCU M, *Drept procesual civil*, Ed.4, Hamangiu, Bucharest, 2017, p.55.
- BIANCA C.M., ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, CEDAM, Padova, 1996.
- CASTRONOVO C. *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, *Europa e dir priv*,1, 1998.
- CASTRONOVO C. *Armonizzazione senza codificazione, la penetrazione asfittica del diritto europeo*, *Europa e dir.priv.*, 2013, 3.
- CASTRONOVO C. - MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2007
- CESARO E., *I contratti del consumatore, Commentario al codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n.206)*, CEDAM, Padova, 2007, p.51.

- D'AMICO G., *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. e dir. Priv.*, fasc.1, 2019 p.1 e ss.
- D'ANTONIO V., SCIANCELEPORE G., *Le pratiche commerciali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, 2009, Giappichelli, p.150.
- D'IPPOLITO E., *I contratti dei consumatori in generale*, in *I diritti dei consumatori e la nuova class action* a cura di P.G. Demarchi, Zanichelli, 2010.
- DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, IV., p.175 ss.
- DEMARCHI P.G. *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, Zanichelli, 2010, p.31.
- DE CRISTOFARO G., ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori, Codice del consumo e legislazione complementare*, CEDAM, 2013.
- DE CRISTOFARO G., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, in *Principi, regole e sistema*, Giappichelli, Torino, 2008.
- DONA M. *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet giuridica, 2008.

- ENACHE C.D., *Clauze abuzive in contractele incheiate intre profesioniști și consumatori, practica judiciară*, Hamangiu, 2012.
- FEBBRAJO, TOMMASI, *Profili di diritto dei consumatori*, EUM – Edizioni Università di Macerata, 2010.
- FERRANTE E., *Alcune considerazioni “malgrado” o “contro” la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. Trim. di Dir. e proc.civ.*, fasc.2, 2017, p.541.
- GABRIELLI E., E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei Contratti* diretto da P. Rescigno ed Enrico Gabelli, Utet giuridica, 2005, p.43.
- GOJCOVICI A.-J., *Creditele pentru consum și de investiții imobiliare. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, Bucharest, 2014.
- GOJCOVICI A.-J. *Clauze abuzive versus clauze lezionare in contractele consumatorilor*, *Universul Juridic* nr. 9/2015 disponibile su www.studia.law.ubbcluj.ro
- GRISI G., *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur e dir. Priv.*, fasc.1, 2013.
- MANESCHI A., *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie*, Giuffrè, 1997.

- MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, cit. p. 536.
- MIHALI-VIORESCU L. *Clauzele abuzive in contractele de credit*, Ed. a 2-a, Hamangiu, 2017.
- MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p.10.
- NEGRI A., *Sistemi giuridici nel mondo: introduzione di Gabriele Crespi Reghizzi*, Giappichelli, 2016, p.124.
- NICOLUSSI A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa e dir. Priv.*, cit. p.908.
- ORGA-DUMITRIU G., *Dreptul european al contractelor*, BECK, Bucharest, 2013.
- PALADINI M., RENDA A., MINUSSI D., *Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 2019, p.1603 e ss.
- PAP A., *Clauzele abuzive si drepturile consumatorilor in legislatia Uniunii Europene*, Universal Juridic, 2017.

- PIPEREA G. *Protectia consumatorilor in contractile comerciale*, C.H.Beck, Bucharest, 2018.
- RIZZO V., *Trasparenza e “contratti del consumatore”*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p.19.
- ROPPO V. *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014.
- ROPPO V. *Il contratto*, Giuffré, Milano, 2001, p.909.
- ROPPO V. *Trattato del contratto (IV RIMEDI – 1)*, Giuffré Editore, Milano, 2006, p.9.
- ROPPO V. *Il Contratto del duemila*, G.Giappichelli, Torino, 2011, p.4.
- SEVERIN I., BOGATU A.M., DIJMARESCU M.C., *Legislatie privind protectia consumatorilor*, Printech, Bucarest, 2016, p.7.
- SILLANI T. *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 775-783.
- SPOTO G. *Rilievo d’ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della corte di giustizia*, in *Eur. e dir. Priv.*, fasc.1, 2016, p.249.
- STANZIONE P., MUSIO A., *La tutela del consumatore*, in *Trattato di diritto privato*, vol. XXX, diretto da Bessone, Giappichelli, Torino, 2009.

- TERZEA V. *Protectia consumatorilor. Jurisprudenta Curtii de Justie a Uniunii Europene*, Universul Juridic, Bucharest, 2016, p.58 e ss.
- TOMMASI F. *Contratti e tutela dei consumatori*, UTET Giuridica, Torino, 2007.
- TUDOREL S., ANDRESAN-GRIGORIU B., *Drept comunitar*, C.H. Beck, Bucharest, 2007, p.599.
- VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, CEDAM, 2004, Padova, cit. p.133, 249.
- VERARDI C.M., *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995.
- ZAMFIR I., *Protectia consumatorilor de la A la Z*, Editura Premier, Ploiesti, 2000.
- ZOPPINI A. *Il Contratto in generale, Vol. III Obbligazioni*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari, P. Rescigno, Giuffr , Milano, 2009, p.55.

PRINCIPALI FONTI GIURISPRUDENZIALI

CORTE DI GIUSTIZIA dell'UE

Corte di Giustizia, 27/06/2000, C-240/98-C-244/98

Corte di Giustizia, 26/10/2006, C-168/05

Corte di Giustizia, 04/06/2009, C-243/08

Corte di Giustizia, 03/06/2010, C-484/08

Corte di Giustizia, 06/06/2009, C-40/08

Corte di Giustizia, 16/11/2010, C-76/10

Corte di Giustizia, 15/03/2012, C-453/10

Corte di Giustizia 14/06/2012, C-618/10

Corte di Giustizia, 03/10/2013, C-59/12

Corte di Giustizia, 03/09/2015, C-110/14

Corte di Giustizia, 24/10/2019, C-211/17

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

Cassazione Civile, sez.II, sentenza 20/04/2006 n. 9253

Cassazione Civile S.U. sentenza 12/12/2014 n. 26242

INALTA CURTE DE CASATIE SI JUSTITIE

I.C.C.J. *Sectiunea comerciala*, Decizia nr. 3440, 01/11/2007

I.C.C.J. s. a II-a civ., *dec.nr. 686/2013*, www.scj.ro