



## IL DIRITTO DEL CONSUMATORE ED I CONSUMATORI NEL QUADRO GIURIDICO EUROPEO. ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE SUI RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA\*.

Di Federico Della Negra

**SOMMARIO:** 1. *Le linee della ricerca.* – 2. *La nascita e lo sviluppo del diritto dei consumatori.* – 3. *Le tecniche di armonizzazione e la loro incidenza sulla protezione del consumatore.* – 4. *I modelli di consumatore: il “consumatore ragionevolmente attento ed avveduto”.* – 5. *(segue) Il “consumatore vulnerabile”.* – 6. *I recenti orientamenti della Corte di Giustizia.* – 6.1. *La sentenza Banco Español de Crédito.* – 6.2. *La sentenza Mohamed Aziz.* – 6.3. *La sentenza RWE Vertrieb.* – 7. *Il consumatore vulnerabile come paradigma generale della tutela consumeristica?* – 8. *Considerazioni conclusive: il consumatore e i diritti fondamentali.*

### 1. Le linee della ricerca.

I consumatori in Europa sono 500 milioni e la spesa per i consumi ammonta al 56% del PIL dell'UE.<sup>1</sup> Sono alcune delle cifre che indicano l'urgente necessità, non soltanto teorica, di approfondire il rapporto tra tutela del consumatore e sviluppo del mercato interno. Due termini quelli di “consumatore” e “mercato” che si intrecciano tra loro, con effetti che restano da chiarire, in quello di “contratto”. Rappresenta questo un mero strumento, che facilita gli scambi e lo sviluppo del mercato ovvero ne costituisce l'attento regolatore? In altri termini,

quale ruolo spetta al diritto del mercato: “disciplina della viabilità o delle destinazioni”?<sup>2</sup>

Quest'ultima è in effetti la prospettiva che emerge dall'*acquis* comunitario, dove la mano del mercato, per mezzo del diritto contrattuale, si manifesta in maniera sempre più visibile.<sup>3</sup>

L'affermarsi della normativa a favore del consumatore ha infatti certamente ridisegnato i confini tradizionali dell'autonomia privata ma non ha determinato, quale corollario, “la morte

<sup>2</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 101, optando saldamente per la prima alternativa. In questo senso anche M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 310 ss.

<sup>3</sup> Cfr. H.-W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa – La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, EUI Working papers, 2010, disponibile in <http://cadmus.eui.eu>. Nello stesso senso G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 1212.

\* Lo scritto riproduce, con alcune modifiche e l'aggiunta delle note essenziali, la relazione svolta al convegno “Diritti e coesione sociale. I diversi modelli di giustizia sociale nella Unione Europea”, il giorno 8 maggio 2013 a Firenze.

<sup>1</sup> Cfr. la proposta di Regolamento relativo a un programma per la tutela dei consumatori (2014-2020), COM(2011) 707.

del contratto”.<sup>4</sup> Quest’ultimo, invece, si è rigenerato ed anzi ha tratto dal pluralismo delle fonti normative in cui si trova ora stabilmente inserito nuova linfa modernizzatrice.<sup>5</sup>

A ciò si è aggiunta, inoltre, la frammentazione degli statuti protettivi sorti a tutela delle cd. parti contrattualmente deboli: non solo i consumatori ma anche investitori, clienti, piccole-medie imprese. Da qui il fiorire di categorie concettuali volte, da un lato, a valorizzare tali rispettive diversità (come le formule del “primo”, “secondo”, “terzo contratto”), dall’altro ad attrarle entro modelli di riferimento unificanti (come la categoria del “contratto asimmetrico”).<sup>6</sup>

È in tale contesto di “complessità giuridica”<sup>7</sup> che il recente volume “*The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*” a cura di H.-W. Micklitz affronta la tradizionale e al contempo attuale problematica della giustizia contrattuale nel diritto privato europeo.<sup>8</sup> Il presupposto, tracciato nelle pagine introduttive del volume,<sup>9</sup> è che non si possa comprendere la destinazione e la funzione del diritto del mercato se non si individuano, a monte, i destinatari dell’intervento normativo. Applicare tale metodologia al diritto del consumatore si rivela tuttavia un’impresa tutt’altro che agevole. A quale

<sup>4</sup> G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974.

<sup>5</sup> Si vedano, in particolare, U. BRECCIA, La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 31 ss.; N. LIPARI, Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, p. 1 ss.

<sup>6</sup> Si vedano, rispettivamente, gli scritti raccolti nel noto volume di G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, ed il saggio di V. Roppo, Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal diritto del consumatore al contratto asimmetrico, in Corr. Giur., 2009, p. 267; Id., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in Riv. dir. priv., 2011, p. 5 ss. *Avanza recentemente alcune perplessità in merito a tali (divergenti) posizioni G. Vettori, Il contratto senza numeri ed aggettivi, cit., p. 1212.*

<sup>7</sup> Cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in Riv. dir. civ., 2009, p. 148 ss;

<sup>8</sup> H.-W. MICKLITZ (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Elgar, 2011, su cui si veda la recensione di G. Vettori, in questa Rivista, 2/2013, p. 147.

<sup>9</sup> Cfr. H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, in H.-W. MICKLITZ (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, op. cit., p. 3 ss.

tipo di consumatore si rivolge il legislatore comunitario?<sup>10</sup> Si tratta di un consumatore razionale, *homo oeconomicus*, ovvero di un consumatore vulnerabile, *homo consumens*,<sup>11</sup> che rischia di essere escluso dall’accesso al mercato dei beni e servizi? Tale questione, è bene sottolinearlo, non è soltanto teorica o speculativa. Come vedremo, essa assume una rilevanza pratica notevole in quanto incide direttamente sull’interpretazione e applicazione del diritto comunitario e dei suoi rimedi.

Per dimostrare tale ipotesi di partenza l’analisi verrà condotta su due diversi livelli. Dopo aver illustrato il quadro istituzionale in cui è sorto il diritto dei consumatori, esamineremo i vari modelli di consumatore, dapprima in relazione al formante legislativo (del diritto comunitario secondario) e, in seguito, a quello giurisprudenziale, verificando in che misura tali modelli vengano recepiti dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

## 2. La nascita e lo sviluppo del diritto dei consumatori

Il primo riconoscimento delle istanze di tutela del consumatore risale, storicamente, al messaggio rivolto da J. F. Kennedy al Congresso Americano il 15 marzo 1962. Con quel discorso, aperto dalla famosa frase “*consumers, by definition, include us all*”, veniva data forma al primo “manifesto” dei diritti dei consumatori fondato sul diritto alla sicurezza dei prodotti, alla completa informazione, alla libera scelta e ad essere ascoltati.<sup>12</sup> In Europa tali diritti furo-

<sup>10</sup> Si vedano, in proposito, le considerazioni di N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2010, p. 5, che rileva come il diritto del consumatore ha “capovolto il tradizionale schema della soggettività, che non viene più assunta come un prius rispetto all’attribuzione degli effetti, ma semmai come un posterius rispetto alla rilevazione di situazioni di segno meramente fattuale”.

<sup>11</sup> Z. BAUMANN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Centro studi Erickson, 2007.

<sup>12</sup> *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, 15 March 1962. Public Papers of the Presidents of the United States, John F. Kennedy*, p. 235. Sulle origini storiche del diritto del consumatore, negli Stati Uniti ed in Europa, si veda H. Rösler, *The Transformation of Contractual Justice – A Historical and Comparative*





no sanciti per la prima volta nella Carta Europea dei consumatori approvata dal Consiglio d'Europa con la risoluzione 543/1973.<sup>13</sup> Successivamente, a livello comunitario, nel silenzio del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea del 1957, il diritto e i diritti del consumatore fanno il loro ingresso con la risoluzione del Consiglio del 1975 riguardante un programma preliminare “per una politica di protezione e di informazione del consumatore”.<sup>14</sup> Obiettivo che dette l'impulso alle prime direttive comunitarie in tema di prodotti difettosi (85/374/CEE), vendita porta a porta (85/577/CEE) e credito al consumo (87/102/CEE).<sup>15</sup>

L'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo, il 1° luglio 1987, ha segnato una svolta importante nell'evoluzione del diritto consumeristico.<sup>16</sup> Con esso infatti venivano poste le basi per il legame, poi divenuto inscindibile, tra protezione del consumatore, tutelata dal diritto comunitario derivato, e sviluppo del mercato interno, fondato sulla libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, garantito dai Trattati.<sup>17</sup> Negli anni Novanta la protezione del consumatore entra formalmente nell'architettura istituzionale della Comunità. Con l'art. 153 del Trattato CE (inserito dal Trattato di Amsterdam che a sua volta sostitui-

va l'art. 129A del Trattato di Maastricht), ora trasposto nell'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, l'Unione si impegna a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. È interessante notare, per inciso, che ancora prima della Carta di Nizza che annovera i diritti dei consumatori nel capo intitolato alla “solidarietà” (art. 38), la legge 30 luglio 1998, n. 281, in materia di “Diritti dei consumatori e degli utenti” aveva prefigurato il passaggio dal consumatore al cittadino, qualificando espressamente la tutela del consumatore come protezione di “diritti fondamentali della persona”.<sup>18</sup>

### 3. Le tecniche di armonizzazione e la loro incidenza sulla protezione del consumatore

Lasciando per un attimo da parte i riflessi della costituzionalizzazione del diritto dei consumatori, è importante sottolineare che la legislazione europea di fonte secondaria emanata durante gli anni Novanta (si pensi alle direttive in materia clausole abusive (93/13/CE), vendita a distanza (97/7/CE) e vendita di beni di consumo (99/44/CE) mirava a raggiungere un'armonizzazione minima delle legislazioni nazionali.<sup>19</sup> Gli Stati Membri rimanevano dunque liberi di innalzare la protezione del consumatore oltre il “minimo comun denominatore” fissato dalla normativa europea.<sup>20</sup>

*Account of the Impact of Consumption*, in H.-W. MICKLITZ, *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, op. cit., p. 327 ss.

<sup>13</sup> Cfr. G. ALPA-M. BESSONE, *La “Carta Europea dei Consumatori”*, in *Riv. soc.*, 1973, p. 828 ss.; E. GUERINONI, *Il del consumatore. Principi e regole*, 2011, Torino, p. 30

<sup>14</sup> Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 (GU C 92 del 25.4.1975).

<sup>15</sup> Secondo H.-W. MICKLITZ, *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Paris 2004, p. 725; ID, *Introduction*, cit., p. 25 ss., tale prima fase del diritto dei consumatori si caratterizza per un'impronta “sociale” nella tutela dei consumatori. Si veda in tal senso anche G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, in G. VISINTINI (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 1291 ss.

<sup>16</sup> L'Atto Unico modificava il Trattato istitutivo stabilendo, in particolare, all'art. 100 A che la Commissione nelle sue proposte in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e dei consumatori si dovesse basare su di un livello di protezione elevato.

<sup>17</sup> Cfr. H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 25.

<sup>18</sup> Si veda in proposito G. ALPA, Ancora sulla definizione di consumatore, in *Contratti*, 2001, p. 206; N. Lipari, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, I, p. 15.

<sup>19</sup> Il rapporto sviluppo della legislazione consumeristica ed evoluzione istituzionale dell'Unione Europea è messo in evidenza da H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 15 ss.; G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, cit., p. 1291 ss.; P. MENGOLZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 91.

<sup>20</sup> Cfr. G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, cit., p. 1299; F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003.

La netta inversione di tendenza, verso l'armonizzazione piena, si registra a partire dalla strategia di Lisbona del 2002.<sup>21</sup> Seguendo quanto già anticipato nel Libro Verde del 2001,<sup>22</sup> la Commissione ha posto l'accento sull'esigenza di eliminare "gli ostacoli agli scambi transfrontalieri per consentire alla dimensione consumatori del mercato interno di svilupparsi parallelamente alla dimensione imprese".<sup>23</sup> Tra questi ostacoli, figura, in primo luogo, la frammentazione legislativa (in parte) dovuta alla possibilità degli Stati membri di mantenere norme imperative-protettive che innalzano la tutela dei consumatori. Tuttavia l'ardito parallelismo istituito dalla Commissione tra esigenze dei consumatori e professionisti pone in ombra un aspetto non secondario.

Il prezzo della piena armonizzazione, non è soltanto l'ingessamento del diritto europeo a scapito delle varie culture giuridiche nazionali,<sup>24</sup> ma è soprattutto il rischio di obliterare il più alto livello di tutela consumeristica garantito da quest'ultime. Non a caso, i risultati della consultazione aperta con il Libro Verde sulla revisione del *consumer acquis* del 2007,<sup>25</sup> hanno inequivocabilmente (e prevedibilmente) mostrato che la tecnica della piena armonizzazione è invisibile alla maggior parte delle associazioni dei consumatori mentre risulta fortemente auspicata dai professionisti, al fine di ridurre i costi transattivi legati alla frammentazione legislativa nazionale. Contrasto che probabilmente ha indotto le istituzioni comunitarie ad adottare, nella versione finale della direttiva 2011/83/UE

sui diritti dei consumatori,<sup>26</sup> un approccio misto: la regola generale è quella dell'armonizzazione piena ma gli Stati membri possono introdurre obblighi informativi precontrattuali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva (art. 5, comma 4).<sup>27</sup>

#### 4. I modelli di consumatore: il "consumatore ragionevolmente attento ed avveduto"

Certamente, al di là delle problematiche relative a tale tecnica di armonizzazione "mista", nell'intenzione della Commissione,<sup>28</sup> minor frammentazione legislativa implica anche maggior fiducia dei consumatori nel mercato interno e dunque maggiore possibilità di trarne i benefici economici. Il nesso tra sviluppo del mercato concorrenziale e tutela del consumatore è infatti biunivoco.<sup>29</sup> Le politiche della concorrenza, eliminando le barriere alla circolazione di merci e servizi, agevolano l'incontro di domanda e offerta al livello del prezzo ottimale; l'aumento dei consumi determina, conseguentemente, la crescita e lo sviluppo del mercato interno.<sup>30</sup> Rimane da capire – sia detto per inciso – in che misura tale correlazione, riesca anche ad assicurare il raggiungimento di "un'eco-

<sup>21</sup> Strategia per la politica dei consumatori (2000-2006), COM (2002) 208.

<sup>22</sup> Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM(2001) 531.

<sup>23</sup> Tra le direttive che adottano l'approccio dell'armonizzazione piena o completa si ricordano, in particolare, quelle in tema di pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) e quella in tema di credito al consumo (2008/122/CE).

<sup>24</sup> Si veda, recentemente, L. NIGLIA, *The Double Life of Pluralism in Europe: Between Constitutionalism and Private Law – Arguments for a Post-Formalist Paradigm*, in L. NIGLIA (a cura di), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, 2013, p. 13 ss.

<sup>25</sup> Rapporto sui risultati della consultazione pubblica riguardante il Libro verde sulla revisione dell'acquis relativo ai consumatori, COM (2006) 744.

<sup>26</sup> La proposta di direttiva del 2008, COM(2008) 614, prevedeva un regime di armonizzazione completa senza deroghe.

<sup>27</sup> Cfr. R. PARDOLESI, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, 2012, p. 177 ss. La piena armonizzazione caratterizza la proposta di regolamento sul diritto comune della vendita, COM (2011) 635, che dovrebbe introdurre uno strumento contrattuale opzionale per i contratti transfrontalieri B2c e B2b.

<sup>28</sup> *Strategia per la politica dei consumatori dell'UE (2007-2013)*, COM(2007) 99 e la successiva proposta di regolamento relativo a un programma per la tutela dei consumatori (2014-2020), COM(2011) 707.

<sup>29</sup> Si veda, soprattutto, K.J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, Kluwer, 2005.

<sup>30</sup> In realtà alcuni dubbi sono stati avanzati sull'effettiva compatibilità tra diritto antitrust e interessi dei consumatori, essendosi rilevato che in realtà, da un punto di vista economico, il consumer welfare rappresenta un obiettivo non diretto ma mediato della tutela antitrust. In proposito si veda, recentemente, A. Pera, *Le relazioni pericolose: Antitrust ed interessi dei consumatori*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 1165 ss.





nomia sociale di mercato fortemente competitiva”, che mira, tra l’altro, “alla piena occupazione e al progresso sociale” (art. 3 comma 3, Trattato sull’Unione Europea).<sup>31</sup>

Ad ogni modo, è evidente che tale nesso funzionale tra sviluppo del mercato e tutela delle parti deboli si fonda su di un preciso modello di consumatore. Ferma restando la (pur discussa) definizione normativa del consumatore – persona fisica che agisce per fini che non rientrano, industriale, artigianale o professionale<sup>32</sup> – si tratta, come spesso afferma la Corte di Giustizia, di un consumatore “normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto” (reasonable consumer well informed and circumspect).<sup>33</sup> La debolezza consumeristica non riguarda dunque aspetti economici né tanto meno sociali ma concerne l’asimmetria informativa nei confronti del professionista ossia un tipico fallimento del mercato.<sup>34</sup> Per questo l’intensa regolamentazione dell’informazione precontrattuale, elemento caratterizzante l’impianto dell’*acquis communautaire* nonché dei progetti accademici di armonizzazione del diritto priva-

to europeo,<sup>35</sup> rappresenta il requisito necessario – ma anche sufficiente – per tutelare il reasonable consumer.<sup>36</sup> Tale modello ripone, inoltre, un particolare, e forse eccessivo, affidamento sulle generali abilità economiche e commerciali del consumatore (ability-oriented approach).<sup>37</sup> La capacità di comprendere criticamente e dunque determinare, in conseguenza di ciò, le scelte commerciali assume infatti una particolare importanza nella direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette. L’art. 5, comma 1 individua infatti proprio nella tipologia del consumatore ragionevolmente attento ed informato il criterio di valutazione dell’idoneità decettiva delle pratiche commerciali poste in essere dai professionisti.<sup>38</sup>

### 5. (segue) Il “consumatore vulnerabile”

Sennonchè una parte consistente della dottrina ha sollevato alcune forti obiezioni nei confronti del “riduzionismo economico” che in parte caratterizza il diritto del consumatore.<sup>39</sup> L’idea secondo cui “la cultura moderna improntata al mercato non avrebbe persone da coltivare, ma solo clienti [e consumatori] da sedur-

<sup>31</sup> Cfr. G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012*, cit., p. 4; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; M. LIBERTINI, *An highly competitive social market economy as a founding element of the European economic constitution*, in *Conc. e mercato*, 2011, p. 498 ss.

<sup>32</sup> Si veda, ex multis, art. 2, 1° comma, direttiva 2011/83/UE. Tale definizione è stata recepita all’art. 33 cod. cons. Per un quadro generale delle nozioni di consumatore negli stati membri si veda soprattutto H. HANS SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, *Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, 2008, p. 340 ss.

<sup>33</sup> Tale criterio è stato per la prima volta impiegato nel caso C-470/93, 6 Luglio 1995, *Handel und Gewerbe c Mars*, Racc. I-01923, in cui la Corte dichiarava che l’art. 30 TCE contrastava con normative nazionali che ponevano restrizioni alla circolazione di merci e prodotti a causa dell’idoneità dei loro messaggi pubblicitari ad ingannare il consumatore. In tal senso, ex multis, C. giust. CE, 16 luglio 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH*, Racc. I-04657; C. giust CE, 24 ottobre 2002, C-99/01, *Linhart and Biffl*, Racc. I-9375; C. giust CE, 13 maggio 2003, C-463/00, *Commissione c. Spagna*, Racc. I-4646.

<sup>34</sup> Cfr. G. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, (88) 1970, p. 488 ss.

<sup>35</sup> Tra questi ultimi si pensi, in particolare, ai Principles of European Contract Law (PECL) e ai *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

<sup>36</sup> Sulle funzioni dell’informazione precontrattuale si veda, in particolare, S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, 2001.

<sup>37</sup> T. WILHEMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 2004, p. 712. Si veda anche H.-W. MICKLITZ, *Do Consumers and Businesses Need a New Architecture of Consumer Law? A Thought-Provoking Impulse*, EUI working papers, 2012, disponibile su <http://cadmus.eui.eu>.

<sup>38</sup> Sul significato del consumatore medio nella direttiva si veda G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. la nozione generale di pratica commerciale «sleale» e i parametri di valutazione della «slealtà»*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali” nei rapporti tra professionisti e consumatori*, Torino, 2007, p. 222 ss.

<sup>39</sup> P. PERLINGIERI, *Il Diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 345 ss; P. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell’Unione Europea*, op. cit., p. 92; F. D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 287 ss.

re”,<sup>40</sup> trascura, si sostiene, la dimensione personalistica cui, come accennato, anche la Carta di Nizza (art. 38) nonché l’art. 2 del codice del consumo fanno riferimento.

A ciò va aggiunta un’importante considerazione di carattere socio-economico. Il consumatore, infatti, si muove nel mercato con un certo grado di istintività e ingenuità,<sup>41</sup> che si accompagna, oltretutto, ad una generale diffidenza verso forme di regolazione, come quelle comunitarie, ancora percepite, purtroppo, come estranee, in quanto non nazionali.<sup>42</sup> L’intensa regolamentazione dell’informazione precontrattuale, su cui si fonda l’*acquis communautaire*, rischia allora di venir non compresa e/o semplicemente trascurata dal consumatore medio.<sup>43</sup> Tali considerazioni consentono, a nostro avviso, di valorizzare alcune tracce normative dalle quali, in effetti, sembra emergere un diverso modello di consumatore.<sup>44</sup> La stessa direttiva 2005/29 all’art. 5, comma 3 precisa che le pratiche dirette “ad un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell’ottica del membro medio di tale gruppo”. Un modello, contrapposto a quello della “*market-rational regulation*”, che si

basa su di una “*market-rectifying regulation*”<sup>45</sup> la quale tende alla “compenetrazione tra autonomia privata e uguaglianza sostanziale nel rispetto di una necessaria permeabilità del contratto ai valori della persona”.<sup>46</sup> Ciò si riflette, a sua volta, in un “*need-oriented approach*”<sup>47</sup> il cui punto di riferimento non è un comportamento assunto come razionale ma piuttosto uno stato psicologico (ignoranza, credulità, ingenuità), fisico (età) o sociale (povertà) del consumatore.

Significativamente la figura del “consumatore vulnerabile” aveva fatto il suo ingresso nelle direttive 2003/54 e 2003/55 (sostituite, rispettivamente, dalle direttive 2009/72 e 2009/73) riguardanti la liberalizzazione del mercato interno del gas ed energia elettrica.<sup>48</sup> Queste attribuiscono primaria importanza al fatto che “tutti i consumatori, in particolare i consumatori vulnerabili, possano trarre beneficio dalla concorrenza e da prezzi equi”.<sup>49</sup> Riferimento che, a ben vedere, non appare casuale ove si ricordi che l’art. 36 della Carta di Nizza – espressamente richiamata dai considerando delle direttive<sup>50</sup> – secondo cui riconosce e rispetta l’accesso ai servizi d’interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione.<sup>51</sup> Previsione che, come autorevolmente è stato sottolineato, si pone a fondamento di un modello di giustizia, denominato “*access justice*” caratterizzato proprio dal fatto di garantire al

<sup>40</sup> Z. BAUMANN, *Capitalismo parassitario*, Roma-Bari, 2009, 34, cui fa riferimento N. LIPARI, *Persona e mercato*, cit., 739.

<sup>41</sup> Cfr. J.-U. FRANCK, K. PURNHAGEN, *Homo Economicus, Behavioural Sciences, and Economic Regulation: on the Concept of Man in Internal Market Regulation and its Normative Basis*, EUI Working Papers, 2012, disponibile su <http://cadmus.eui.eu>.

<sup>42</sup> Il fenomeno del “consumer nationalism” è sottolineato da T. WILHEMSSON, *The Abuse of the “Confident Consumer” as a Justification for EC Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, p. 317; W. DORALT, *Diritto europeo dei contratti: rischi ed opportunità dello strumento opzionale*, in *Resp. Civ. prev.*, 2011, p. 1205.

<sup>43</sup> Si veda, soprattutto, G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, *Journal of Law and Society*, 32, 2005, p. 349 ss.

<sup>44</sup> Si veda, in tal senso, anche M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell’economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, p. 51.

<sup>45</sup> T. WILHEMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, cit., p. 712.

<sup>46</sup> E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 967.

<sup>47</sup> T. WILHEMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, cit., p. 714.

<sup>48</sup> In proposito si veda, ampiamente, G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nei mercati dell’energia*, Bologna, 2009.

<sup>49</sup> Si vedano in particolare i considerando n. 47 e 50, rispettivamente, delle direttive 2009/72 e 2009/73. Il riferimento alla protezione nei confronti delle persone vulnerabili compare, tra l’altro, nel considerando n. 41 della direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno e nel considerando n. 26 della direttiva 2009/136/CE sui diritti degli utenti in materia di comunicazioni elettroniche.

<sup>50</sup> Considerando n. 68, direttiva 2009/72 e n. 66, direttiva 2009/73.

<sup>51</sup> In questo senso H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 40.





“consumer-citizen” un’accesso effettivo ai servizi economici ed ai rimedi giuridici (art. 47 Carta di Nizza) dell’ordinamento europeo.<sup>52</sup> E benché tale disposizione non sia direttamente applicabile nei rapporti interprivati essa potrebbe, nondimeno, essere impiegata in via ermeneutica, ossia nell’interpretazione della normativa europea di fonte secondaria (effetto orizzontale indiretto).<sup>53</sup>

Ciò che però risulta fondamentale capire è fino a che punto la nozione di consumatore vulnerabile, che viene così a delinarsi seppur in modo frammentario a livello normativo, sia in grado di intaccare il paradigma del consumatore-agente-razionale influenzando, in ultima analisi, l’interpretazione del diritto contrattuale europeo.

## 6. I recenti orientamenti della Corte di Giustizia

### 6.1. La sentenza *Banco Español de Credito*

A tal proposito risulta di particolare interesse accennare ad alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia, riguardanti la direttiva 1993/13 sulle clausole abusive, dalle quali affiora una modulazione dei rimedi sulla figura del “vulnerable consumer.”

Nella nota causa *Banco Español de Credito*, la Corte ha attribuito al giudice del procedimento monitorio il potere di esaminare d’ufficio l’abusività della clausola vessatoria anche prima, dunque, dell’eventuale opposizione formulata dal consumatore.<sup>54</sup> Tale decisione che si pone nel solco di un consolidato filone giurisprudenziale che sin dal caso *Océano Grupo Editorial*<sup>55</sup> ha progressivamente esteso il potere

del giudice nazionale di esaminare *ex officio* l’abusività della clausola contrattuale.

Tuttavia essa se ne distanzia per una ragione fondamentale. Non soltanto perché questa concerne, per la prima volta, la fase monitoria del procedimento d’ingiunzione, ma soprattutto perché sembra abbandonare il fondamento teorico del consumatore ragionevole su cui le precedenti sentenze sembrano riporre affidamento. In effetti, l’esigenza, costantemente affermata dalla Corte, di colmare attraverso l’intervento d’ufficio del giudice nazionale, una “situazione di inferiorità del consumatore per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione”<sup>56</sup> rimane, in realtà, nella maggior parte dei casi, a livello meramente declamatorio. Come affermato dalla Corte nella sentenza *Pannon GSM*,<sup>57</sup> il potere di esaminare la clausola d’ufficio non implica che il giudice possa autonomamente disapplicare la clausola in esame. Ciò può accadere solo se, secondo il principio del contraddittorio, il consumatore ne invochi la natura abusiva e non vincolante.<sup>58</sup> Ed infatti l’Avvocato Generale Trstenjak, nel caso *Banco Español*, appellandosi proprio a tale importante precedente, afferma che “quest’[ultima] concezione della posizione processuale del consumatore è in linea con il modello di consumatore, anch’esso elaborato nella giurisprudenza della Corte, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto.”<sup>59</sup>

La Corte tuttavia non ha seguito, su tale specifico punto, le conclusioni dell’Avvocato Ge-

ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, Racc. I- 10421; C. giust CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, Racc. I-04713; C. giust. CE, 9 novembre 2011, C-137/08, *Pénzügyi Lizing Zrt*, Racc. I-10847; C. giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*, Racc. I-09579; C. giust. UE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank*; C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-397/11, *Jörros*; C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brussee*. Su tale giurisprudenza si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell’interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 68 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole abusive e tutela solo (procedurale?) del consumatore: le ultimissime dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 658

<sup>52</sup> Si veda H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, op. cit., p. 41.

<sup>53</sup> Sull’effetto orizzontale indiretto dei diritti fondamentali si veda, in particolare, G. COMANDÉ, *Comparative remarks*, in G. BRÜGGEMEIER, A. COLOMBI CIACCHI, G. COMANDÉ (a cura di), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Cambridge, I, 2010, p. 721.

<sup>54</sup> C. giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, in questa *Rivista con nota di D’ADDA*, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto.

<sup>55</sup> C. giust. CE, 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, Racc. I-04941; C. giust. CE, C-473/00, 21 novembre 2002, *Cofidis*, Racc. I-10875; C. giust. CE, 26

<sup>56</sup> Si vedano le sentenze citate in nota n. 48.

<sup>57</sup> C. giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, cit.

<sup>58</sup> In questo senso, recentemente, C. giust. UE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank*, cit.

<sup>59</sup> Conclusioni Avv. Gen. Trstenjak, p. 73.

nerale.<sup>60</sup> Sussiste infatti un rischio non trascurabile, precisa la Corte, “che i consumatori interessati non propongano l’opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, ovvero poiché possono essere dissuasi dal difendersi tenuto conto delle spese che un’azione giudiziaria implicherebbe rispetto all’importo del debito contestato, oppure poiché *ignorano o non intendono* la portata dei loro diritti, od ancora in ragione del contenuto succinto della domanda d’ingiunzione introdotta dai professionisti e, pertanto, dell’incompletezza delle informazioni delle quali dispongono”.<sup>61</sup> Di conseguenza, se il giudice della fase monitoria, che si svolge *inaudita altera parte*, non potesse esaminare *ex officio* la vessatorietà di una clausola, “sarebbe sufficiente che i professionisti avviassero un procedimento d’ingiunzione di pagamento invece di un procedimento civile ordinario per privare i consumatori del beneficio della tutela perseguita dalla direttiva 93/13.”<sup>62</sup>

## 6.2. La sentenza Mohamed Aziz

Nel riferimento ai costi economici per affrontare il giudizio nonché all’ignoranza delle norme giuridiche si riflette non solo la previsione dell’art. 47, comma 3 della Carta di Nizza, ma soprattutto un’immagine di consumatore che appare ben lontana da quella dell’agente razionale. Quest’ultimo avrebbe infatti la possibilità di eccepire la vessatorietà della clausola instaurando, mediante opposizione, la successiva fase di merito. Un ulteriore passo in avanti verso tale direzione è stato successivamente compiuto nella recentissima sentenza Mohamed Aziz.<sup>63</sup> Nella vicenda sottoposta all’esame della

Corte, un consumatore, nelle more della procedura esecutiva per il pignoramento della sua abitazione principale, agiva in giudizio per veder accertare la vessatorietà della clausola del contratto di mutuo ipotecario in base alla quale era stata avviata l’esecuzione forzata. Tale clausola consentiva alla banca di presentare direttamente, in caso di inadempimento di una singola rata del mutuo, un certificato notarile recante la liquidazione dell’importo mancante.

Ricevuta l’ingiunzione di pagamento, il consumatore, non ottemperava alla richiesta di pagamento delle rate residue, né si opponeva. Poco prima di essere sfrattato dalla sua abitazione, per il passaggio di proprietà all’aggiudicatario, il sig. Aziz domandava però un provvedimento dichiarativo che accertasse l’abusività della suddetta clausola e annullasse l’esecuzione forzata. Poiché il diritto processuale spagnolo non prevede siffatta possibilità, il giudice domandava alla Corte se ciò costituisse una limitazione della tutela del consumatore, lesiva del diritto ad avere una tutela giurisdizionale effettiva dei suoi diritti, ai sensi dell’art. 7 della direttiva 93/13.

La Corte, seguendo le conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott, risponde affermativamente ripercorrendo l’argomentazione del caso *Banco Español*. Presupposto della decisione è proprio la constatazione di un profilo di vulnerabilità del consumatore che “vuoi perché *ignora o non comprende* la portata dei suoi diritti” non riesce ad effettuare un’opposizione tempestiva nei confronti del provvedimento esecutivo.<sup>64</sup> L’inerzia processuale del consumatore, stigmatizzata dalla Corte nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*,<sup>65</sup> viene anche

<sup>60</sup> Ciò che in precedenza era già avvenuto nella sentenza *Pénzügyi Lizing Zrt*, 9 novembre 2011, C-137/08, cit. e *Eva Martín Martín*, 17 dicembre 2009, C-227/08, Racc. I-11939 dove il giudizio della Corte si è discostato dalle Conclusioni presentate dall’Avv. Gen. Trstenjak aderendo ad una prospettiva più favorevole al consumatore e meno aderente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri. In proposito si veda *amplius* S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell’interpretazione delle Corti*, op. cit., p. 97 ss.

<sup>61</sup> C. giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Credito*, p. 54.

<sup>62</sup> Ivi, p. 55.

<sup>63</sup> C. giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*.

In proposito, sia consentito il rinvio a F. DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *I contratti*, 11/2013, p. 1059 ss.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>65</sup> C. giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*, cit., p. 32 dove la Corte affermava che “il rispetto del principio di effettività non può [...] giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un’omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti [...] ma di supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato”. La Tuttavia la Corte consentiva al giudice di esaminare la vessatorietà della clausola arbitrare, nonostante il lodo fosse ormai definitivo, in base ai principi di proporzionalità.





qui, come in *Banco Español*, ricondotta alla sua debolezza “intrinseca” che evidentemente travalica il brocardo “*ignorantia legis non excusat*”. Del resto, continua la Corte, negando al giudice del processo di cognizione la possibilità di sospendere la procedura esecutiva, il consumatore otterrebbe “una tutela a posteriori meramente risarcitoria, che si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare il ricorso a suddetta clausola”.<sup>66</sup>

Non solo. La tutela risarcitoria apparirebbe financo sproporzionata se confrontata con la perdita irreversibile, quale effetto del pignoramento, “dell’abitazione del consumatore leso e della sua famiglia”.<sup>67</sup> Quale è il significato del riferimento alle conseguenze socio-economiche dell’esecuzione forzata? Potrebbe essere il segnale di una svolta verso un *social-justice oriented approach*?

Quel che è certo è che l’obiettivo di offrire una tutela più forte, soprattutto nel contesto dell’attuale crisi economico-finanziaria, ai consumatori che stipulino un contratto di credito relativo ad immobili residenziali è alla base di una recente proposta di direttiva europea.<sup>68</sup> Stupisce tuttavia il fatto che la proposta menzioni la Carta dei diritti fondamentali non già in relazione ai “diritti sociali” del consumatore – *in primis* quello “all’assistenza abitativa sancito dall’art. 34, comma 3 – ma al diritto alla protezione dei dati personali (art. 8).

### 6.3. La sentenza RWE Vertrieb

Anche la sentenza *RWE Vertrieb* assume una particolare importanza per dimostrare la crescente attenzione della Corte verso i profili di vulnerabilità o debolezza del consumatore.<sup>69</sup> A differenza delle decisioni in precedenza menzionate, questa pronuncia si concentra su un aspetto “sostanziale” della direttiva 93/13.

Il caso riguarda una clausola del contratto per la fornitura di gas che attribuiva lo *ius variandi* a favore dell’impresa fornitrice. Quest’ultima si riservava il diritto di modificare unilateralmente il prezzo della fornitura, ma senza indicare il motivo, le condizioni o la portata di detta modifica. Al consumatore venivano tuttavia garantite le informazioni relative alla modifica del prezzo con un preavviso ragionevole, al fine di consentirgli l’eventuale esercizio del diritto di recesso. Il giudice nazionale domandava alla Corte se una clausola di questo tipo potesse considerarsi abusiva ai sensi della direttiva 93/13. Come abbiamo visto la direttiva 2003/55 (sostituita dalla direttiva 2009/73) impone agli Stati membri, al fine di garantire un accesso effettivo ai servizi economici di interesse generale, clausole contrattuali eque e trasparenti. L’obbligo di trasparenza è inoltre affermato, parallelamente, dall’art. 5 della direttiva 93/13 la quale, come noto, trova applicazione in tutti i contratti B2C.<sup>70</sup>

Su tale presupposto, la Corte afferma che l’assenza di informazioni riguardanti lo *ius variandi* prima della conclusione del contratto “non può essere compensata dalla mera circostanza che i consumatori, nel corso dell’esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del loro diritto di recedere dal contratto qualora non desiderino accettare detta modifica”.<sup>71</sup> Ciò non è sufficiente dal momento che l’obbligo informativo, soprattutto nei confronti di un consumatore vulnerabile, deve essere funzionale a consentire un esercizio effettivo e non puramente formale del diritto di recesso.<sup>72</sup>

È evidente, allora, afferma la Corte, che tale diritto non può essere realmente esercitato ove, come accaduto nel caso di specie, il consumatore non abbia, in concreto, la possibilità di cambiare il fornitore.<sup>73</sup> Fermo restando dunque che

<sup>66</sup> C. giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*, p. 60.

<sup>67</sup> Ivi, p. 61.

<sup>68</sup> Proposta di direttiva in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, che come noto non sono coperti dall’attuale *acquis comunitario*, COM(2011) 142.

<sup>69</sup> C. giust UE, 21 febbraio 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*.

<sup>70</sup> L’allegato A della direttiva 2003 /55 fa salve le norme a protezione dei consumatori previste, tra l’altro, dalla direttiva 93/13. Sui rapporti tra diritto contrattuale e diritto dei mercati regolamentati si veda G. BELLANTUONO, *The Limits of Contract Law in the Regulatory State*, in *European Review of Contract Law*, 2010, p. 115 ss.

<sup>71</sup> C. giust UE, 21 febbraio 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, p. 51.

<sup>72</sup> Ivi, p. 54.

<sup>73</sup> Ragione per la quale è necessario verificare, tra l’altro,

spetta al giudice nazionale stabilire la vessatorietà della clausola in questione,<sup>74</sup> la Corte precisa che a tal fine dovrà essere valutata la concreta possibilità per il consumatore di prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le successive eventuali modifiche e di esercitare realmente il diritto di recesso.<sup>75</sup>

### 7. Il consumatore vulnerabile come paradigma generale della tutela consumeristica?

Le sentenze menzionate sembrano aprire una crepa nell'idea secondo cui il diritto dei consumatori deve essere piegato alle finalità efficientistiche del mercato. Logica che sta e cade, naturalmente, con l'assunto che gli attori del mercato si comportino secondo canoni di razionalità e siano volti alla massimizzazione del loro utile. L'ingresso, nei testi legislativi e nelle sentenze, di termini come ignoranza, ingenuità, credulità segnano invece l'abbandono di una visione formalistica,<sup>76</sup> che qui veste i panni dell'*homo oeconomicus*. Evidenti sono le ripercussioni sul piano rimediabile. Ciò contribuisce infatti ad innalzare sia la tutela processuale, rafforzando la garanzia di un accesso effettivo alla giustizia, che quella sostanziale del consumatore, ampliando il controllo di vessatorietà sulle clausole dei contratti B2C.

Naturalmente si tratta di un percorso giurisprudenziale che riguarda, specificatamente, la direttiva 93/13. Ed in effetti le soluzioni che emergono dalla giurisprudenza comunitaria so-

---

*“se il mercato rilevante sia concorrenziale, i costi eventuali, per il consumatore, connessi al recesso dal contratto, il termine tra la comunicazione e l'entrata in vigore delle nuove tariffe, le informazioni fornite al momento di tale comunicazione nonché i costi da sostenere e i tempi necessari per cambiare il fornitore” (Ivi, p. 55.)*

<sup>74</sup> In questo senso si esprime la giurisprudenza consolidata. Si vedano, *ex multis*, C. giust. CE, 7 maggio 2002, C-478/99, *Commissione c. Svezia*, Racc. I-4147; C. giust. CE, 1° aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Racc. I-103403; C. giust. CE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, cit.; C. giust. UE, 15 marzo 2010, C-453/10, *Perenicova Pereničová Perenič*.

<sup>75</sup> *Si veda, in tal senso, C. giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, Invitel.*

<sup>76</sup> Sul rapporto tra formalismo positivista e giustizia sociale si vedano le riflessioni di G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., p. 7.

no spesso variegata al punto che può risultare particolarmente complesso tracciare linee di sviluppo dotate di una coerenza generale. Se dunque l'adozione di un parametro più realistico di consumatore risulta *de iure condendo* auspicabile, emergono ancora alcuni segnali “resistenza” che inducono ad un esame più approfondito.

Si pensi, ad esempio, alla vicenda giurisprudenziale che ha riguardato il diritto di recesso previsto dalla direttiva 85/577 per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Con la nota sentenza *Heininger* la Corte aveva esteso la facoltà di recesso anche ai contratti di credito fondiario (esclusi *stricto iure* dall'ambito di applicazione della direttiva), aggiungendo, soprattutto che ove il consumatore non fosse stato correttamente informato sulla possibilità di esercitare tale diritto non poteva porsi il limite temporale di un anno per il suo esercizio.<sup>77</sup> Nella sentenza *Hamilton* la Corte riteneva invece conforme alla suddetta direttiva il termine di un mese dal pieno adempimento delle obbligazioni delle parti, fissato dal legislatore tedesco, ove il consumatore avesse ricevuto un'informazione errata sulle modalità di esercizio di detto diritto.<sup>78</sup> Vero è che nel caso *Hamilton il termine a quo* decorreva non già dalla conclusione del contratto di mutuo ma dall'esecuzione delle obbligazioni. Tuttavia, la Corte parte dal presupposto, condiviso espressamente dall'Avvocato Generale Poireres Maduro,<sup>79</sup> secondo cui la tutela del consumatore non può essere assoluta e fonda la limitazione temporale dello *ius poenitendi* sul “principio generale del diritto civile” secondo cui “la piena esecuzione di un contratto risulta, in linea di massima, dalla realizzazione delle reciproche prestazioni

---

<sup>77</sup> C. giust. CE, 13 dicembre 2001, C-481/99, *Heininger*, Racc. I-9945. In questo senso anche C. giust. CE, 25 ottobre 2005, C-350/03, *Schulte*, Racc. I-09215; C. giust. CE, 25 ottobre 2005, C-229/04, *Crailsheimer Volksbank*, Racc. I-09273.

<sup>78</sup> C. giust. CE, 10 aprile 2008, C-412/06, *Hamilton*, Racc. I-02383. Ai sensi dell'art. 10 della direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE, il diritto di recesso, nel caso di mancata informazione da parte del consumatore può essere esercitato entro il termine di 12 mesi dalla conclusione del contratto.

<sup>79</sup> Conclusioni Avv. Gen., p. 26, il quale sottolinea che *nell'esercitare il diritto di recesso “il consumatore debba prestare una certa attenzione e avvedutezza.”*



delle parti di detto contratto e dalla fine dello stesso”.<sup>80</sup>

L’esigenza di raggiungere un equilibrio tra le esigenze del consumatore e quelle del professionista contraddistingue anche il caso *Messner*.<sup>81</sup> Qui la Corte stabilisce che una normativa nazionale può imporre al consumatore il pagamento di un’equa indennità nel caso in cui egli abbia fatto uso del bene acquistato a distanza “in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l’arricchimento senza giusta causa”. A prima vista parrebbe una brusca inversione di rotta rispetto al precedente di *Quelle AG*, relativo all’interpretazione della direttiva 1999/44, dove la Corte aveva invece escluso il pagamento di qualsiasi indennità d’uso da parte del consumatore.<sup>82</sup>

In realtà, a prescindere dalle non trascurabili differenze rispetto al caso *Quelle AG*,<sup>83</sup> il riferimento alle categorie del diritto civile (per altro ben diverse tra loro, come la buona fede e l’arricchimento senza causa) razionalizza, come autorevolmente è stato notato, gli “eccessi del consumerism”.<sup>84</sup> Ciò non pare tradursi, tuttavia,

in un effettivo abbassamento di tutela. Anzi, la Corte sottolinea, proprio nella sentenza *Messner*, che domandare al consumatore un’indennità, per il solo fatto di aver usato il bene, avrebbe l’effetto di deprimere il diritto di recesso, il cui esercizio risulterebbe così subordinato al pagamento di tale indennità.<sup>85</sup>

## 8. Considerazioni conclusive: il consumatore e i diritti fondamentali

Un temperamento dunque, non un regresso, della tutela consumeristica.<sup>86</sup>

È evidente infatti che l’adozione del modello del *vulnerable consumer* non può risolversi in una tutela paternalistica ad assoluta.<sup>87</sup> Essa richiede, piuttosto, una visione più realistica in grado di considerare i fattori economici e sociali che ostacolano l’effettivo accesso del consumatore al mercato interno e ai rimedi giuridici europei. Esclusa, come più volte è stato ribadito, la possibilità di affidare al diritto contrattuale obiettivi di giustizia sociale che spettano più propriamente al legislatore,<sup>88</sup> appare in questo senso possibile adottare un modello di “*access to justice*” in cui “the legal system is responsible for establishing tools which transform the theoretical chance into realistic opportunity, thereby eliminating the all sort of barriers which hinder the assertion of the claim to access”.<sup>89</sup> Si aggiunga, inoltre, che un’immagine più realistica di consumatore dovrebbe indurre a valorizzare la formula dell’“economia sociale di mercato fortemente competitiva” su cui, secondo l’art. 3, comma 3 del T.U.E., l’Unione Europea dovrebbe fondarsi.

Certo, per concludere, non si può fare a meno di notare che le tre sentenze in precedenza

<sup>80</sup> C. giust. CE, 10 aprile 2008, C-412/06, *Hamilton*, p. 42. Da notare invece che l’Avvocato Generale si riferisce invece, più chiaramente, alla prescrizione, considerato “principio comune condiviso dagli ordinamenti giuridici dei vari Stati membri” (Conclusioni, p. 24). Si veda in proposito le considerazioni di P. MENGOZZI, *Il principio personalista nell’Unione Europea*, op. cit., p. 84.

<sup>81</sup> C. giust. CE, 2 settembre 2009, C-489/07, *Pia Messner*, Racc. I-07315.

<sup>82</sup> C. giust. CE, 17 aprile 2008, C-404/06, *Quelle AG*, Racc. I-02685, secondo cui “il legislatore comunitario ha inteso fare della gratuità del ripristino della conformità del bene da parte del venditore un elemento essenziale della tutela garantita al consumatore da tale direttiva” (p. 33). In relazione a tale decisione F. D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, cit., 295 ha sottolineato la “svolta personalistica” della Corte di Giustizia.

<sup>83</sup> Dove il bene venduto non era conforme a quello pattuito, mentre nel caso *Messner* il difetto è sorto successivamente, come rileva S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell’interpretazione delle Corti*, op. cit., p. 223.

<sup>84</sup> S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell’interpretazione delle Corti*, op. cit., p. 228. Critico invece verso il riferimento a tali principi, per la loro generalità, M. HESSELINK, *The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy*, in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL, *The Involvement of EU*

*Law in Private Law Relationships*, Oxford, 2013, p. 131 ss.

<sup>85</sup> C. giust. CE, 2 settembre 2009, C-489/07, *Pia Messner*, cit., p. 23.

<sup>86</sup> In questo senso si veda P. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell’Unione Europea*, op. cit., p. 91.

<sup>87</sup> Sul concetto di “paternalismo” in senso economico-giuridico si veda C.R. Sunstein, R. H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not An Oxymoron*. *University of Chicago Law Review*, 2003, 70, p. 1159.

<sup>88</sup> Si vedano, in particolare, G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., p. 7; E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 967 ss.

<sup>89</sup> H.-W. MICKLITZ, *Introduction*, cit., p. 37.



menzionate avrebbero potuto compiere un passo più deciso verso tale direzione facendo (esplicito) riferimento ai diritti fondamentali della Carta di Nizza. Al contrario, i diritti fondamentali, ed in particolare quelli all'accesso effettivo alla giustizia (art. 47), ai servizi economici di interesse generale (art. 36), nonché quello ad una elevata tutela dei consumatori (art. 38), rimangono i "convitati di pietra" di queste decisioni. Recenti questioni pregiudiziali rivolte alla Corte di Giustizia potrebbero tuttavia segnare una decisiva inversione di rotta. In diversi casi tutt'ora pendenti dinnanzi alla Corte di Giustizia, i diritti fondamentali, ed in particolare, l'art. 47 della Carta, sembrano assumere la funzione di criterio di controllo (costituzionale) della legittimità della normativa nazionale di trasposizione delle direttive comunitarie.<sup>90</sup> Ciò dimostra non soltanto una rinnovata sensibilità dei giudici nazionali per i diritti fondamentali<sup>91</sup> ma soprattutto che le scelte normative riguardanti i modelli di tutela consumeristica, lungi dal costituire mere questioni teoriche, stanno assumendo un peso pratico e applicativo sempre più rilevante nel quadro giuridico europeo.

Non si tratta, allora, di attribuire a tali diritti il ruolo di "stampelle costituzionali",<sup>92</sup> quanto di rafforzare, tramite il loro ingresso nel ragionamento giuridico, la dimensione personalistica del diritto privato europeo consolidando, in tal

modo, l'integrazione tra esigenze del consumatore-cittadino e sviluppo del mercato interno.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Si vedano i rinvii pregiudiziali riguardanti le cause (tutt'ora pendenti dinnanzi alla Corte di Giustizia): C-413/12, *Asociación de Consumidores*, 23 novembre 2012, rispetto al quale sono state depositate il 5 settembre 2013 le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi; C-451/12, *Esteban Garcia*, 7 settembre 2012; C-460/12, *SKP*, 1° febbraio 2013; C-470/12, *Pothovost*, 1° febbraio 2013.

<sup>91</sup> Esempio paradigmatico di tale sensibilità è dato dalla recente pronuncia Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905 (rel. Rordorf) che, nel sostenere un'interpretazione estensiva dell'art. 30 TUF, afferma "all'esigenza di effettività dell'indicata tutela, [...] dà ulteriore rinforzo la previsione dell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, nel garantire "un livello elevato di protezione dei consumatori", per ciò stesso impone d'interpretare le norme ambigue nel senso più favorevole a questi ultimi".

<sup>92</sup> Il riferimento è alla nota espressione di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1997, p. 10.

<sup>93</sup> Cfr. M. MADURO, *Europe's social self: "The sickness unto death"*, in J. Shaw (a cura di), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford, 2000, p. 325 ss.; F. BENYON, *Services and EU Consumer – or the EU Citizen?*, in F. BENYON (a cura di), *Services and the EU Citizen*, Oxford, 2013, p. 163; H.-W. MICKLITZ, *The ECJ between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies*, in H.-W. MICKLITZ, B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Intersentia, 2012, p. 358; G. ALPA, *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, cit., p. 1299.

