

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

1
2010



JOVENE EDITORE

I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria

Guido Alpa

SOMMARIO: 1. Regole sui rimedi, regole sui rapporti di diritto privato inclusive di rimedi, regole sui rapporti di diritto privato non riferite ai rimedi. – 2. L'attuazione del diritto comunitario mediante *private enforcement*. – 3. I rimedi contrattuali nel progetto di direttiva sui “diritti del consumatore” [COM (2008) 614 def]. – 4. Rimedi individuali e rimedi collettivi: class action e conciliazione. – 5. Conclusioni.

1. *Regole sui rimedi, regole sui rapporti di diritto privato inclusive di rimedi, regole sui rapporti di diritto privato non riferite ai rimedi*

L'applicazione del principio di effettività combinato con il principio di sussidiarietà e con il principio della prioritaria competenza del legislatore nazionale e del preventivo ricorso ai rimedi previsti dal sistema processuale nazionale rispetto alla competenza del legislatore comunitario e alla operatività dei rimedi previsti in ambito comunitario per la violazione di normative comunitarie modella la disciplina dei rimedi previsti dall'ordinamento interno: si tratta sia di rimedi concernenti la violazione di normativa comunitaria, sui quali si è raccolta vasta letteratura, sia di rimedi concernenti i rapporti di diritto privato disciplinati dall'ordinamento comunitario nelle materie di propria competenza. In queste pagine mi occuperò di questo secondo aspetto.

Comunque, in ciascuno dei due settori la disciplina dei rimedi e la loro applicazione da parte del giudice è affidata al diritto interno, sempre che esso provveda a tutelare gli interessi protetti in modo adeguato; altrimenti sovviene l'ordinamento comunitario. In questo senso il ricorso ai rimedi comunitari è solo residuale.

Questo ordine gerarchico è consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee: di recente è stato riaffermato con la sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99 *Courage*, con la sentenza del 13 luglio 2006, causa C-295/04 *Manfredi*; ed ancora con la sentenza del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (london) Ltd, Unibert International Ltd/Justitiekanslern*.

In particolare con quest'ultima pronuncia la Corte ha stabilito che «il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso non richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, l'esistenza di un ricorso autonomo diretto – in via principale – ad esaminare la conformità di disposizioni nazionali con l'art. 49 del Trattato CE, qualora altri mezzi di gravame effettivi, non meno favorevoli di quelli che disciplinano azioni nazionali simili, consentano di valutare in via incidentale, tale conformità, ciò che spetta al giudice nazionale di verificare».

Con sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-168/05; Mostaza Claro / Centro Movil Milenium SL) la Corte ha avuto modo di sottolineare come “secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato Membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento comunitario in forza del principio dell'autonomia processuale degli stati membri a condizione tuttavia che tali modalità ... non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)”. Alcuni risalenti precedenti avevano già espresso questo principio: ne sono significativo esempio la sentenza resa nella causa C-45/76, Comet v. Produktschap e la sentenza resa nella causa C-33/76, Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtschaftskammer.

Di qui la prospettazione di tre diverse ipotesi:

(i) la previsione di strumenti comunitari rivolti a disciplinare specificamente rimedi inerenti la tutela dei diritti e degli interessi dei privati, sia che essi siano tutelati individualmente sia che siano tutelati in forma collettiva;

(ii) la previsione di strumenti comunitari diretti a porre norme di diritto sostanziale inerenti i rapporti con i privati, inclusive di regole rimediali;

(iii) la previsione di strumenti comunitari diretti a porre norme di diritto sostanziale inerenti i rapporti con i privati a cui non si accompagna la previsione diretta di regole rimediali e quindi si dia luogo o all'automatico rinvio ai rimedi previsti dall'ordinamento interno con specifico riferimento alla fattispecie considerata o ad essa

estensibili, o alla violazione delle regole del diritto comunitario con conseguente responsabilità dello Stato per omissione della previsione del rimedio.

Nel primo caso le regole comunitarie debbono essere adattate al sistema processuale ma possono introdurre nuovi rimedi o nuove concezioni dei rimedi esistenti in ambito nazionale. L'esempio più eclatante è dato dalla direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a la tutela degli interessi dei consumatori, con la quale¹ si sono previsti, all'art. 2, provvedimenti inibitori (La disposizione recita: «1. Gli Stati membri designano gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati a norma dell'articolo 3 ai seguenti fini: *a*) ordinare con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione; *b*) se del caso, prevedere misure quali la pubblicazione, integrale o parziale, della decisione, in una forma ritenuta adeguata e/o la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa al fine di eliminare gli effetti perduranti della violazione; *c*) nella misura in cui l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permetta,

¹ «(2) considerando che i meccanismi esistenti attualmente sia sul piano nazionale che su quello comunitario per assicurare il rispetto di tali direttive non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori; che per interessi collettivi si intendono gli interessi che non ricomprendono la somma degli interessi di individui lesi da una violazione; che ciò non pregiudica i ricorsi e le azioni individuali proposti da privati lesi da una violazione; (3) considerando che, al fine di far cessare pratiche illecite in base alle disposizioni nazionali applicabili, l'efficacia delle misure nazionali che recepiscono le direttive summenzionate incluse le misure di tutela che vanno oltre il livello prescritto dalle direttive stesse, purché siano compatibili con il trattato e autorizzate da tali direttive, può essere ostacolata allorché tali pratiche producono effetti in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno origine; (4) considerando che tali difficoltà nuociono al corretto funzionamento del mercato interno, in quanto basta trasferire il punto di partenza di una pratica illecita per essere al riparo da qualsiasi forma di applicazione della legge e che ciò costituisce una distorsione della concorrenza, (6) considerando che le pratiche menzionate travalicano spesso le frontiere tra gli Stati membri; che è quindi necessario e urgente ravvicinare in una certa misura le disposizioni nazionali che consentono di far cessare dette pratiche illecite a prescindere dal paese in cui la pratica illecita ha prodotto effetti; che, per quanto riguarda la giurisdizione, ciò non deve ostare all'applicazione delle regole del diritto internazionale privato e delle convenzioni in vigore tra gli Stati membri, tenendo conto tuttavia degli obblighi generali imposti agli Stati membri dal trattato, in particolare quelli connessi al corretto funzionamento del mercato interno».

condannare la parte soccombente a versare al Tesoro pubblico o ad altro beneficiario designato nell'ambito o a norma della legislazione nazionale, in caso di non esecuzione della decisione entro il termine fissato dall'organo giurisdizionale o dalle autorità amministrative, un importo determinato per ciascun giorno di ritardo o qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni»). La direttiva è stata attuata con l. 1 marzo 2002, n. (che ha aggiunto il c. 5-*bis* all'art. 3 della l. n. 281 del 1998) ed ora le previsioni sono contenute nel Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e succ. modif.) agli artt. 139-140. Le previsioni introducono rimedi che si affiancano all'azione inibitoria generale e ai provvedimenti d'urgenza di cui agli artt. 669 e 700 c.p.c.

Nel secondo caso, l'esempio eclatante è dato dalla direttiva n. 13/93 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, la quale prevede, all'art. 6 che

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

E all'art. art. 7

1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

2. I mezzi di cui al paragrafo 1 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.

L'attuazione della direttiva, avvenuta dapprima con l. 1996 n. 52 e poi con la redazione del codice del consumo e con la inclu-

sione in questo testo delle disposizioni previste nel codice civile (artt. 1469-*bis* - *sexies*), agli artt. 33-38, ha posto due questioni di rilevanza straordinaria: (i) l'adattamento all'ordinamento interno del rimedio rivolto a privare di effetti le clausole contrattuali qualificate come vessatorie, dapprima individuato nella *inefficacia relativa e parziale* e poi nella *nullità relativa e parziale* (art. 36); (ii) l'introduzione di una azione inibitoria di contenuto speciale, che legittima le associazioni de consumatori, dei professionisti e le camere di commercio ad agire in giudizio per inibire l'uso delle condizioni generali di contratto qualificate come "abusive".

L'attuazione della direttiva ha portato ad un florilegio di rimedi, diversi tra loro, negli ordinamenti nazionali. Vi sono ordinamenti nei quali il precetto di "non vincolatività" delle clausole abusive è stata intesa come implicante un rimedio di *nullità assoluta* e la sua rilevabilità *ex officio*; altri nei quali la nullità è relativa; altri nei quali la nullità è relativa e parziale. Vi sono ordinamenti in cui i rimedi non sono ben definiti; vi sono altri ordinamenti che consentono al giudice – o all'autorità amministrativa competente o all'Ombudsman – di modificare, rettificare, adattare il contenuto della clausola vessatoria secondo i criteri di buona fede e di bilanciamento dei vantaggi tra le parti del contratto.

La Corte di Giustizia ha stabilito che spetta al giudice nazionale stabilire le modalità con cui la clausola può essere considerata invalida (sentenza del 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, Océano Grupo Editorial SA e Murciano Quintero; che i giudici nazionali possono applicare il rimedio della nullità in ogni caso e non solo nel caso di clausola riguardante la giurisdizione (sentenza del 21 novembre 2002, C-473/2000, Cofidis v. Fredout. Inoltre in ognuna di queste decisioni (compreso il caso Mostaza Claro, cit.) la Corte ha stabilito che i giudici nazionali possono acquisire d'ufficio le prove concernenti la vessatorietà delle clausole

L'introduzione di regole dirette ad inibire l'uso di clausole vessatorie è stato effettuato in modo inesatto. Stante il richiamo effettuato dall'art. 37 all'art. 137 riguardante il registro nazionale delle associazioni dei consumatori è sorto il problema di coordinamento tra

la disciplina dell'azione inibitoria in questo specifico settore e l'azione inibitoria generale per la tutela dei diritti dei consumatori prevista dagli artt. 139-140 del Codice del consumo. La dottrina prevalentemente ritiene che non vi sia rapporto di generalità a specialità, e che il disposto dell'art. 37 debba intendersi come una riproposizione dell'art. 139.

Nella tormentata giurisprudenza di recente si è stabilito che «sebbene l'art. 37 del codice del consumo faccia riferimento sia alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia a quelle promosse dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio, esso si applica soltanto alle azioni promosse da questi secondi soggetti, posto che i primi ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 140. Con la conseguenza, sul piano applicativo, che le azioni così promosse da tali soggetti saranno diverse sia per l'ambito soggettivo sia per quello oggettivo. Le associazioni dei consumatori (quali l'Adiconsum) sono legittimate ad agire a tutela dei diritti e degli interessi collettivi, solo in quanto iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, oltre all'azione inibitoria ed accanto alla pubblicazione del provvedimento, prevede l'adozione di misure correttive idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Pertanto, le c.d. azioni di interesse collettivo a contenuto inibitorio, di cui alle richiamate disposizioni, mirano, da un lato, a fare cessare le condotte illecite già in essere e dall'altro ad imporre all'autore della condotta lesiva degli interessi dei consumatori un obbligo di astensione per l'avvenire da comportamenti dei quali sia stata accertata l'antigiuridicità. (Nella specie, il tribunale ha ordinato alla banca convenuta di astenersi dal respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale a debito)» (Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, n. 873).

Nel terzo caso non si prevedono rimedi, affidandosi quindi al legislatore nazionale la scelta dei rimedi più appropriati, e al giudice nazionale la loro applicazione. Di qui un ventaglio di ipotesi. L'esempio più eclatante è dato della violazione degli obblighi precon-

trattuali di informazione, in cui, ad eccezione della direttiva sulle vendite effettuate al di fuori dei locali commerciali, in cui si prevede direttamente quale rimedio una proroga del termine per l'esercizio del recesso da parte del consumatore, ogni ordinamento ha scelto il proprio rimedio. In dottrina e in giurisprudenza il dibattito è ancora aperto, dandosi luogo di volta in volta alla nullità, all'annullamento o all'inadempimento contrattuale con risarcimento del danno subito. Quest'ultima soluzione è stata adottata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26724.

Analoga situazione si riscontra in materia di pratiche commerciali sleali, per le quali la direttiva 2005/29/CE e il d.lgs. di attuazione 2 agosto 2007, n. 146, ora recepito nel Codice del consumo (all'art. 20 ss.) prevede sanzioni di natura amministrativa (nel nostro ordinamento affidate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato) ma nulla dice in ordine ai rimedi ordinari; per parte sua l'art. 27 c. 15 del Codice del consumo rinvia alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale; ma qualche voce in dottrina si interroga sulla applicabilità dell'art. 2043 c.c., anche se dare prova dei requisiti dell'illecito civile non è certo agevole per il consumatore, oppure sulla applicazione dei rimedi inerenti ai vizi del volere, che tuttavia non hanno mai incontrato il favor della giurisprudenza in questa materia.

2. *L'attuazione del diritto comunitario mediante private enforcement*

L'incidenza del diritto comunitario sul diritto interno si può apprezzare anche sotto un altro punto di vista, consistente nella soddisfazione di interessi pubblici mediante l'impiego di rimedi di diritto privato; in questo senso, il rimedio persegue due funzioni: la protezione dell'interesse di cui il privato è titolare e, nel contempo, la protezione dell'interesse generale. Esempio tipico di questo modo di operare del diritto comunitario è il c.d. *private enforcement* in materia di antitrust. Qui si incrociano gli effetti di atti assunti dagli organi comunitari – regolamenti (n. 773/2004, del 7 aprile 2004 e n. 139/2004 del 20 gennaio 2004), alcune risoluzioni del Parlamento europeo (del 26 marzo 2009, A-6-0123/2009 e del 25 aprile 2007, A-6-0152/2007), il libro verde (COM (2005) 672 def. del 19 dicembre

2005) e il libro bianco (COM (2008) 165 def. del 2 aprile 2008) della Commissione europea – nonché di decisioni rese dai giudici comunitari (Corte di Giustizia europea, sentenza del 13 luglio 2006, cause C-295/04, 296/04, 297/04, 298/04, Manfredi c. Lloyd Adriatico) e dai giudici nazionali, di legittimità (Cass., SS.UU., 4 febbraio 2005, n. 2207) e di merito. Si annoverano anche molti studi di diritto comparato; sul tema si è ormai raccolta una letteratura sconfinata.

Questo indirizzo fondato sul ricorso a rimedi di diritto privato promossi dai soggetti incisi dalla violazione della normativa sulla concorrenza è stato inaugurato dalla Corte di Giustizia, la quale ha stabilito che, per garantire la piena efficacia dell'art. 81 del Trattato, soggetti e imprese possano intentare azioni legali per ottenere il risarcimento del danno subito; iniziative processuali che possono essere assunte a livello individuale oppure a livello collettivo, mediante l'utilizzazione – là dove prevista – di class actions oppure di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie. Ovviamente si tratta di vie complementari a quelle segnate dalle competenze e dall'intervento delle Autorità amministrative di vigilanza del mercato.

Quanto alle azioni fondate sulla responsabilità extracontrattuale il Parlamento europeo, nella Risoluzione più recente, ha raccomandato che sia sempre rispettato il principio della colpa, salvo che la normativa nazionale preveda la presunzione di colpa assoluta o relativa, che sia definita a livello comunitario la nozione di danno, inclusivo del danno emergente e del lucro cessante, che siano previsti uniformi termini di prescrizione, anche in caso di iterazione dell'illecito, che comunque il termine di prescrizione non sia inferiore a cinque anni, rimettendo comunque la disciplina dell'azione individuale agli ordinamenti nazionali.

Nel Libro bianco la Commissione ha auspicato la diffusione del principio, affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Manfredi, in base al quale chiunque abbia subito un danno dalla violazione della normativa sulla concorrenza possa ottenere un risarcimento, e per raggiungere questo risultato, ha prefigurato azioni di natura collettiva a fianco delle azioni individuali: azioni collettive secondo il modello opt-in, cioè di adesione a domanda dell'interessato, con obblighi informativi volti a superare la asimmetria della posizione delle parti, con libertà dei giudici di acquisizione delle prove. Quanto al principio della colpa, poiché la violazione di una norma dà luogo – diremmo noi, applicando le nostre categorie dogmatiche – ad una

forma di “colpa oggettiva”, la Commissione ha proposto di invertire l’onere della prova, che rimane a carico del professionista che ha violato le regole di concorrenza, il quale si può liberare dalla responsabilità solo se prova che il suo comportamento è stato cagionato da errore scusabile. Ai fini del risarcimento del danno la Commissione ha auspicato, tra l’altro, che i danneggiati possano “invocare a propria difesa l’avvenuto trasferimento del sovrapprezzo”, e che possano beneficiare della tutela anche gli “acquirenti indiretti”.

Questi principi erano stati già accolti dalla Corte di Cassazione, nel caso concernente le intese tra alcune compagnie assicurative sulle tariffe da praticare nei contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione di veicoli, ammettendosi che fossero legittimati ad esperire dinanzi alla Corte d’appello competente per territorio l’azione di nullità del contratto individuale “a valle” (concluso cioè a seguito dell’intesa tra le compagnie) e di risarcimento del danno *ex art.* 33 della l. n. 287 del 1990.

Orientamento condiviso dalla Corte di Giustizia, nel caso Manfredi, poiché l’intesa volta allo scambio di informazioni tra compagnie assicurative e a concertare pratiche di trattamento degli assicurati ha un effetto diretto o indiretto, attuale o potenziale, sulla sottoscrizione delle polizze da parte dei clienti; tale intesa è da considerarsi nulla e tale da legittimare l’azione risarcitoria, spettando all’ordinamento nazionale stabilire la competenza dei giudici (nazionali) e le regole di prescrizione, nonché la possibilità o meno di irrogare danni punitivi e l’entità del risarcimento, sempre nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Sulla base dei medesimi principi la Corte ha stabilito che chiunque è legittimato a chiedere il risarcimento del danno, comprensivo di danno emergente, lucro cessante ed interessi.

3. *I rimedi contrattuali nel progetto di direttiva sui “diritti del consumatore” [COM (2008) 614 def] e nel Draft Common Frame of Reference*

3.1. *La proposta di direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*

La Commissione europea ha elaborato una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai “diritti dei consumatori” [COM (2008) 614/4 del 18.10.2008]. Il testo contempla cinquanta

articoli e alcuni allegati costituiti da formulari e tavole di raffronto. L'exposé des motifs comprende ben sessantasei considerando e si estende per venti pagine: la direttiva è volta alla revisione dell'*acquis communautaire* in materia di consumo, a semplificare il quadro normativo vigente, a migliorare il funzionamento del mercato interno e a risolvere i problemi posti dalla conclusione di contratti transnazionali. A questo proposito sono state introdotte disposizioni sulla scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali (c.d. "Regolamento Roma I" n. 593 del 17.6.2008). Tuttavia la Commissione ha preso atto che l'applicazione del Regolamento, che consente al consumatore di invocare le regole nazionali (art. 6), non esclude che possano porsi conflitti interpretativi tali da ostacolare la circolazione di merci e servizi. Di qui una scelta molto rilevante, consistente nell'aggirare gli scogli della legge applicabile con la previsione di regole contrattuali uniformi riguardanti i rapporti tra professionisti e consumatori in modo tale che in ogni ordinamento nazionale dei Paesi dell'Unione si possano applicare le medesime regole. Questo risultato è ottenuto – nei voti della Commissione – compiendo due operazioni: la redazione di un testo unitario che coordina le direttive comunitarie sui rapporti tra professionisti e consumatori, e la scelta del livello di armonizzazione, qualificata come "completa" o "totale" e "mirata" ("ciblé").

Questa scelta è molto rilevante perché, fino ad oggi, il diritto comunitario in materia di consumatori era affidato a direttive "minimale", le quali, stabilito per l'appunto un "minimo comun denominatore" costituito da principi non derogabili da attuare in tutti gli ordinamenti nazionali, consentivano ai singoli legislatori di elevare il livello di protezione. Il sistema presentava il vantaggio di non deprimere la tutela dei diritti negli ordinamenti in cui essa era più forte rispetto agli ordinamenti meno garantisti e nello stesso tempo di consentire a questi ultimi di adeguarsi gradualmente ai modelli più forti, nei settori di volta in volta considerati. Si riscontravano tuttavia due aspetti negativi: il trattamento giuridico dei rapporti con i consumatori finiva per essere variegato, e il grado di tutela ad essi assicurato cambiava da Paese a Paese. L'armonizzazione completa, proposta dalla Commissione, è invocata dai professionisti, che si trovano attualmente a dover fronteggiare notevoli costi transattivi dovuti alla varietà delle regole applicabili, e dalle associazioni dei consumatori,

che di volta in volta dovrebbero suggerire ai propri iscritti la migliore legge da applicare al contratto, tra le due che vengono in considerazione. Essa implica tuttavia una sorta di “ingessamento” del settore, la cui evoluzione dipenderà – se la proposta sarà approvata – esclusivamente dal legislatore comunitario, che limiterà quindi le scelte interne.

La proposta non riguarda tutte le direttive del settore, ma solo quelle aventi ad oggetto alcune tipologie di modalità di conclusione del contratto (i contratti conclusi fuori dai locali commerciali, i contratti a distanza) e alcuni ambiti inerenti il contenuto (le clausole abusive e le garanzie nella vendita). Il risultato è un “minicodice” del consumo, in cui, a seguito delle definizioni e del campo di applicazione (artt. 1-4), si regolano l’informazione (art. 5-7), il diritto di recesso (artt. 8-20), alcuni aspetti della vendita (artt. 21-29), le clausole contrattuali (artt. 30-39) e aspetti inerenti l’applicazione della direttiva (artt. 40-50).

L’art. 43 stabilisce che se il “diritto applicabile” appartiene al sistema di uno Stato membro il consumatore non può rinunciare ai diritti che gli sono attribuiti dalla direttiva. Il che implica che le regole siano inderogabili e che la differenza fondamentale tra una direttiva come questa, tendente alla armonizzazione completa, e un vero e proprio regolamento è esigua, consistendo soprattutto nella tecnica legislativa (attuazione dei principi, per l’una, immediata applicazione, per l’altro), e nei tempi di attuazione.

Altra scelta rilevante concerne le definizioni di “consumatore” e di “professionista”, nelle quali si è inserito il settore delle attività “liberali”. Per la verità si tratta di un semplice chiarimento, posto che nella nozione di “professionista” si comprendevano già l’imprenditore e il professionista che svolge attività intellettuale, come definiti nel codice civile.

Tra le novità si segnalano obblighi imposti agli intermediari che operano per conto dei consumatori, uniformi scadenze temporali per il diritto di recesso, l’imposizione al venditore del rischio di perdita o di danni alle cose nel corso della consegna, la previsione di una lista di clausole qualificate come abusive e una lista di clausole che si presumono abusive fino a prova contraria, offerta dal professionista.

Sono rimaste fuori dall’ambito di applicazione della direttiva le regole pure incluse nell’*acquis communautaire* riguardanti le prati-

che commerciali sleali, le etichette, la sicurezza dei prodotti, la responsabilità del fabbricante, i servizi turistici, il credito al consumo, i rimedi. Nulla si dice sulla direttiva concernente i servizi, che deve essere attuata dagli Stati membri entro il dicembre 2009, nonostante si possa verificare una parziale sovrapposizione di regole, soprattutto per quanto riguarda l'informazione e le clausole contrattuali.

La direttiva avrà certamente un impatto anche sulla redazione di principi uniformi in materia di contratti, di fonti delle obbligazioni non contrattuali e di disciplina della vendita.

Nel contempo sono stati pubblicati due importanti lavori: un compendio delle direttive riguardanti i contratti dei consumatori e lo stato della loro attuazione nei Paesi membri ed una ricostruzione sistematica dell'*acquis communautaire* in materia. Ci si avvia dunque verso una "codificazione" del diritto dei consumatori in ambito comunitario.

3.2. *Il Draft Common Frame of Reference*

Nel 2008 è stata pubblicato il testo di un progetto di codice civile europeo – definito con termini molto vaghi "progetto di un quadro comune di riferimento" (Draft Common Frame of Reference) – predisposto da una Commissione di natura accademica coordinata da alcuni professori (Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Noelke). Nel 2009 il testo è stato aggiornato.

Per rendersi conto da un lato dell'enorme sforzo compiuto dai redattori, e dall'altro, delle scelte di fondo che essi hanno compiuto nel redigere il Draft, occorre scendere in qualche dettaglio. Evidentemente, si tratta di una analisi fatta per accenni, dal momento che il Draft è composto da dieci libri e da un'appendice di definizioni; ciascun libro è composto di decine di regole, le definizioni si estendono per decine di pagine; ciascuna regola, ciascuna definizione meriterebbe un commento; quando sarà pubblicata l'edizione commentata, si potrà procedere ad una analisi più completa.

È inevitabile, anche se gli scopi, come sottolineavo in apertura, sono diversi, porre il Draft a confronto con i codici vigenti. A differenza di quanto è accaduto in Germania, o sta accadendo in Francia e in Spagna, in Italia non vi sono progetti ufficiali di riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti; tuttavia nel 2005 si è introdotto il «codice del consumo», un codice di settore nel quale sono

state raccolte le disposizioni riguardanti quasi tutti i rapporti con i consumatori, incluse ovviamente le regole di attuazione delle direttive in materia di contratti dei consumatori. Inizialmente le regole di attuazione della direttiva sulle clausole vessatorie e quelle di attuazione della direttiva sulle garanzie nella vendita erano state inserite nel codice civile, ma dal 2005 quelle regole sono confluite nel codice di settore.

La struttura del Draft presenta qualche incongruità per il giurista italiano, ad es., con riguardo alla collocazione delle regole sulle obbligazioni, che sono posposte (Book III), anziché anteposte alle regole sul contratto (Book II) mentre, essendo il contratto una delle fonti delle obbligazioni, ci si aspetterebbe una scelta diversa. Così, appaiono interessanti le regole su «acquisition and loss of ownership of goods» (Book VIII), che nel codice civile italiano sono sparse nel libro sulla proprietà e negli altri libri, con riguardo alla disciplina dei singoli contratti o della tutela dei diritti; allo stesso modo, si capisce l'enfasi posta sui «proprietary security rights in movable assets» (Book IX), che nel codice civile italiano sono appena accennati, dal momento che una delle finalità del Draft consiste nell'allestire regole funzionali alla integrazione del mercato interno, alla circolazione di beni e servizi dando certezza ai rapporti, affidamento agli imprenditori, tutela ai destinatari; del tutto nuove – per il giurista italiano – sono le regole sui «trusts» (Book X), che nel diritto italiano o si surrogano con le regole giurisprudenziali concernenti il negozio fiduciario o si derivano dalla convenzione internazionale in materia, ritenendo che essa contenga anche norme di diritto sostanziale.

Molte sono le novità in materia di contratti. I limiti alla libertà contrattuale sono intesi nel rapporto tra disposizioni inderogabili e disposizioni derogabili (mandatory e non mandatory rules), nel rapporto tra legittimazione del potere contrattuale e abuso del potere contrattuale, nell'applicazione del principio di trasparenza e del principio di buona fede e correttezza (good faith and fairness).

Due sono tuttavia gli aspetti che più colpiscono – direi favorevolmente – il giurista italiano, che trova nel Draft molte regole congeniali perché già previste dal *Codice civile*, come quelle sull'oggetto, sull'interpretazione del contratto, sulla simulazione etc.: i “pre-contractual duties” e agli “unfair terms”. Il Book II del Draft contiene regole riguardanti il contratto in generale, ma all'interno di ciascun

istituto distingue (i) regole rivolte a disciplinare i contratti conclusi da contraenti non qualificati, (ii) regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da consumatori, (iii) regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da professionisti “deboli”, (iv) regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da consumatori “deboli”. Il primo gruppo di regole però non è neutro, come si potrebbe pensare di primo acchito. Perché pur essendo rivolte a tutti i contraenti, queste regole contengono correttivi ispirati alla trasparenza del contratto, alla buona fede e correttezza del comportamento, al divieto di abuso contrattuale, che soddisfano sia l'esigenza di “moralizzare” il mercato, sia l'esigenza di dare ingresso ad istanze sociali che non sarebbero realizzate compiutamente dal libero gioco delle forze in campo.

Il Chapter 3 del Book II riguarda la materia del «Marketing and pre-contractual duties» (II.-3:101 - 3:501). La materia è del tutto nuova rispetto al *Codice civile*, che contiene (primo tra i codici moderni) regole specifiche in materia di trattative e responsabilità pre-contrattuale (artt. 1337-1338). A fronte dei principi generali riferiti alla applicazione della clausola generale di “buona fede” nella fase precedente la conclusione del contratto e all'obbligo di comunicare all'altra parte le cause di invalidità del contratto, la giurisprudenza italiana ha completato il precetto normativo stabilendo la natura extracontrattuale della responsabilità per violazione di queste disposizioni e l'entità del danno risarcibile contenuto nel c.d. *interesse negativo* (rimborso dei costi sostenuti nel corso della trattativa e liquidazione dei profitti perduti per non aver concluso altri contratti). Gli obblighi nella fase precontrattuale sono dunque limitati e non tipizzati: essi riguardano soprattutto l'interruzione della trattativa senza giustificazioni, ma non l'obbligo di *disclosure* di fatti e circostanze, salve le cause di invalidità del contratto.

L'adempimento di precisi obblighi precontrattuali di informazione riguardanti l'elenco dei dati e la trasmissione di note e documenti esplicativi è previsto solo da leggi speciali concernenti i contratti con i consumatori e i contratti conclusi dalle banche, dalle società di assicurazione e dalle società di intermediazione finanziaria nei confronti dei clienti.

Per contro il Draft eleva a regola di tenore generale (da osservarsi cioè nei confronti di chiunque, come si dice nel testo “another person”) nel caso di vendita di goods, assets, services obblighi di

informazione a carico dell'imprenditore ("business"): non identifica in dettaglio le informazioni che debbono essere date, ma impiega una clausola generale, fondata sulla ragionevole aspettativa ("...reasonably expect...") della controparte, e tiene conto dello standard di qualità e della prestazione, qualificate come "normali" attese le "circostanze" (II.-3:101).

Nel caso la controparte sia anch'essa un imprenditore ("business") la violazione del dovere corrisponde al difetto di fornire l'informazione che sarebbe attesa tenendo conto delle buone prassi commerciali ("good commercial practice"). Certamente questa è una assoluta novità per la nostra esperienza, ove la trattativa tra professionisti è normalmente affidata al libero mercato, salve per l'appunto le regole speciali.

Il Draft disciplina poi gli obblighi precontrattuali di informazione nei confronti del consumatore che potremmo definire "medio" (II.-3:102) e del consumatore particolarmente svantaggiato (II.-3:103); prevede regole sulle informazioni trasmesse in tempo reale e mediante mezzi elettronici (II.-3:104, 3:105). Prevede inoltre che siano resi noti il prezzo, l'identità e il recapito dell'imprenditore (II.-3:107, 3:108).

In generale, prevede che le informazioni siano chiare e precise, ed espresse in un linguaggio semplice e intelligibile (II.-3:106). Anche questa è una grande novità: nel nostro ordinamento non è stato codificato un principio di tal fatta; regole simili si applicano solo ai contratti del consumatore in virtù della direttiva comunitaria in materia di clausole abusive.

Analogo principio è previsto dal Draft a proposito delle clausole predisposte da una parte e sottoposte all'altra (II.-9:402). Anche in questo caso, con disposizione non derogabile dalle parti (II.-9:401) le clausole debbono essere redatte e comunicate in modo chiaro, semplice, intelligibile. Se così non è, la clausola è considerata "unfair" e quindi non vincolante.

Nel caso di violazione degli obblighi precontrattuali la sanzione è il diritto al risarcimento del danno ("loss") (II.-3:501), che va al di là del semplice *interesse negativo*. Quando sarà pubblicato il commento occorrerà verificare se i redattori ascrivano la fattispecie all'area della responsabilità extracontrattuale, piuttosto che non a quella della responsabilità contrattuale, con tutte le conseguenze che

ne derivano in materia di onere della prova e di prescrizione dell'azione risarcitoria. È evidente però la scelta effettuata dai redattori: il contratto concluso in violazione degli obblighi precontrattuali di per sé è valido, e non risolubile; per contro, in caso di clausole “unfair” la clausola non è vincolante (II.-9:408).

Come si è detto a suo luogo, la recente giurisprudenza della Corte di cassazione italiana prevede invece la risoluzione del contratto, se l'obbligo di informazione è previsto per legge, con conseguente risarcimento del danno contrattuale; ma vi sono decisioni che applicano il rimedio della nullità, con le conseguenti restituzioni.

Il Draft prevede poi regole speciali quando il contratto è concluso con il consumatore (II.-3:102).

Un altro esempio di elevazione del diritto dei consumatori al livello di normativa generale è dato dalla applicazione del principio di invalidità delle clausole predisposte da una parte e sottoposte alla controparte.

Nel *Codice civile* – per la prima volta nei codici moderni – si sono previste regole sulle condizioni contrattuali predisposte da una parte e sottoposte all'altra, senza fare distinzioni di status; tuttavia se sono accettate mediante specifica sottoscrizione le clausole non sono invalide (art. 1341 c. 2).

Qui invece le clausole si sottopongono al vaglio della “unfairness”, cioè ai “significantly disadvantages” imposti alla parte contraente con un comportamento contrario a buona fede e a fair dealing (II.-9:404), non fa differenza se la controparte è un consumatore o un non-consumatore.

Ma se la controparte è un imprenditore (“business”) il Draft estende la tutela anche a questo e va al di là dello stesso diritto comunitario che riserva questa tutela solo al consumatore. Il Draft quindi non riflette, almeno a questo proposito, l'orientamento degli ordinamenti nazionali e neppure l'orientamento del diritto comunitario; non opera qui né come *restatement* e neppure come specchio del diritto comunitario, ma accoglie le istanze di certa dottrina e di certi organismi (come la Law Commission inglese) che avevano auspicato la moralizzazione del mercato nella redazione delle clausole e nella loro imposizione mediante il controllo dell'abuso del potere contrattuale. Nel caso di contratti tra imprenditori non si farà riferimento al disadvantages ma piuttosto alla grave violazione delle

buone pratiche commerciali, alla buona fede e alla correttezza (“...grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing”: II.-9:405). Non è proprio un controllo sull’abuso, dal momento che si legittima la pratica commerciale, ancorché “buona”, ma l’uso della buona fede e della correttezza nella redazione del contratto, nell’apprezzamento delle singole clausole, nel loro confronto con le clausole applicate nella prassi è tuttavia un grande passo in avanti.

Si propongono poi rimedi per la risoluzione del contratto, che si avvicinano a quelli previsti dal Codice civile italiano.

4. *Rimedi individuali e rimedi collettivi: class action e conciliazione*

Per promuovere le Alternative Dispute Resolutions sono state essenziali le iniziative comunitarie assunte alcuni fa: le due raccomandazioni della Commissione (Commission Recommendation of 30 march 1998 n. 257 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes; Commission Recommendation of 4 April 2001 n. 1016 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes) e il Libro Verde della Commissione del 19.4.2002 (COM 2002, 196).

Da quegli anni si è avviata una serie di progetti promossa da enti e da associazioni di consumatori. Si tratta di regole riguardanti la conciliazione individuale predisposte dalle Camere di Commercio, dagli Ordini professionali (in particolare dagli Avvocati) e dalle stesse Associazioni dei consumatori. Una delle questioni che dovrebbero essere affrontate con urgenza è data dalla redazione e approvazione delle clausole di conciliazione, che, se contenute nei contratti per adesione potrebbero essere qualificate come vessatorie.

Con la direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale gli organi comunitari hanno sottolineato – come si legge nei “considerando” – che (2) il principio dell’accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative. Ciò in quanto, precisano i “considerando”, (6) la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in

materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera².

Al fine di agevolare l'attuazione di programmi di risoluzione stragiudiziale delle controversie il legislatore italiano è intervenuto in alcuni settori specifici.

Le «disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari» recate dalla l. 28.12.2005, n. 262 costituiscono l'esito di un processo di creazione normativa che – promosso inizialmente per coordinare il t.u. sulla intermediazione finanziaria, il t.u.

² La direttiva si applica ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione. (13) La mediazione è intesa come un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento. (18) Nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione. (19) La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti. Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo. Dovrebbe essere consentito a uno Stato membro di rifiutare di rendere esecutivo un accordo soltanto se il contenuto è in contrasto con il diritto del suddetto Stato membro, compreso il diritto internazionale privato, o se tale diritto non prevede la possibilità di rendere esecutivo il contenuto dell'accordo in questione. Ciò potrebbe verificarsi qualora l'obbligo contemplato nell'accordo non possa per sua natura essere reso esecutivo. (20) Il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile, ad esempio in base al regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [4], o al regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

bancario e la riforma della disciplina societaria – ha assunto via via maggiori compiti e suscitato sempre più estese aspettative da parte dei risparmiatori a causa degli scandali finanziari che si sono susseguiti nel nostro Paese nell'ultimo quinquennio. Il legislatore ha in parte soddisfatto, in parte lasciato inevasi gli adempimenti che emergevano dal progetto, ampio ed articolato, predisposto a suo tempo, e non si è curato di coordinare la nuova disciplina con altre norme entrate in vigore qualche mese prima della sua approvazione: in particolare due «codici di settore» quali il Codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206) e il Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7.9.2005, n. 209), peraltro anche questi codici non coordinati tra loro. Certamente, i principi generali della nuova legge e i suoi obiettivi sono condivisibili, ed è anche vero che la legge «segna una decisiva svolta non solo nelle modalità di regolazione del settore finanziario italiano, ma anche nella stessa cultura giuridico-finanziaria del nostro Paese», ma i commenti che si sono via via raccolti sul testo ne hanno messo in evidenza aporie, lacune, oscurità interpretative, che implicherebbero un intervento legislativo correttivo, al fine di non lasciare irrisolte alcune questioni di fondamentale interesse per la tutela dei risparmiatori.

Comunque, i controlli nel governo societario, la trasparenza dei rapporti societari, i rapporti tra banca e impresa, i conflitti d'interesse delle banche nella prestazione dei servizi di investimento, la circolazione dei prodotti finanziari, le regole di comportamento, la risoluzione stragiudiziale delle controversie e la istituzione del fondo di garanzia costituiscono un complesso di solide misure che dovrebbero già migliorare notevolmente la situazione degli investitori.

Venendo alle aspettative insoddisfatte, si possono distinguere le materie affrontate dalla nuova disciplina (quali, a titolo meramente esemplificativo, i conflitti d'interesse, le regole di comportamento, la risoluzione stragiudiziale delle controversie) da quelle che la nuova disciplina ha ignorato, quali appunto i rimedi in caso di violazione degli obblighi legislativi imposti all'intermediario nella conclusione di contratti con i risparmiatori.

Sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie il discorso dovrebbe essere più diffuso: l'art. 128-*bis* aggiunto al t.u. bancario fa obbligo a banche e intermediari finanziari di «aderire» a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori.

Il testo non dà la definizione di *consumatore*.

È certamente apprezzabile il fatto che, al di là del credito al consumo, per la prima volta compare questo termine nell'ambito di una disciplina come quella bancaria e finanziaria, in cui la controparte dell'operatore professionale è sempre stato denominato come *cliente*. Tuttavia, la definizione di consumatore è assai controversa, non solo per le molteplici formulazioni legislative contenute, oltre che nel Codice del consumo, nelle norme che non sono state incluse nel Codice, ma anche per la sua definizione emergente in un'ampia e variegata giurisprudenza, che va al di là delle posizioni assunte dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale.

Si deve poi osservare che le procedure sono affidate ad una deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia. Si impone l'imparzialità dell'organo decidente, la cui composizione è affidata allo stesso CICR, e la rappresentatività dei soggetti interessati. Gli scopi perseguiti sono la rapidità, l'economicità della soluzione, l'effettività della tutela. Ma anche a non sottilizzare sulla opportunità di rimettere ad una deliberazione amministrativa la istituzione di tali organismi, che incidono su interessi (sia pur disponibili da parte dei contraenti) che assurgono alla natura di diritti soggettivi, nulla si dice in ordine: alle modalità processuali, al principio del contraddittorio, alla natura della decisione (che dovrebbe essere presa in via di equità, piuttosto che non in via di diritto), alla inclusione delle modalità di risoluzione in clausole contrattuali sottoscritte dal cliente, alla competenza dell'organo decidente, e soprattutto alla natura dell'ADR, che potrebbe essere meramente conciliativa, oppure mediatrice oppure arbitrale.

In attesa di conoscere il testo definitivo della normativa concernente l'introduzione di azioni collettive – o di una class action secondo il modello italiano – ci si è posti la questione se sia opportuno ricorrere a procedure conciliative anche per questo tipo di procedure, come si è suggerito dalla Commissione europea nel corso di un seminario organizzato a Lisbona nel mese di novembre del 2007. Il testo di riforma dell'art. 140-*bis* del codice del consumo già prevedeva l'introduzione di un procedimento conciliativo anteposto alla fase della deliberazione dei presupposti dell'azione (collettiva). Gli effetti della normativa sono stati sospesi, e il testo sarà modificato secondo un progetto, approvato da un ramo del Parlamento, che non prevede più il ricorso alla conciliazione.

Il progetto prevede invece un modello di azione di “classe” con la definizione dei requisiti per poter appartenere alla “classe”, la delibazione dei requisiti di ammissibilità dell’azione, il risarcimento del danno nei settori in cui l’azione può essere promossa (contratti assoggettati alla disciplina degli artt. 1341-1342, responsabilità del fabbricante, pratiche commerciali sleali, violazione delle regole sulla concorrenza).

5. Conclusioni

La dottrina favorevole alla armonizzazione delle regole del diritto privato di conio comunitario, con riguardo particolare all’*acquis communautaire* in materia di tutela del consumatore, e in generale alle regole del diritto contrattuale europeo, è favorevole anche alla armonizzazione delle regole concernenti i rimedi. Le ragioni sono evidenti: la disciplina dei rimedi integra il diritto sostanziale, e, per quanto riguarda i riti e i poteri del giudice, sconfinava nel diritto processuale; è pur vero che in ciascun ordinamento le sanzioni per la violazione del diritto comunitario possono essere irrogate e la tutela dei diritti e degli interessi può essere assicurata da organi aventi natura non giurisdizionale in senso proprio, come le Autorità amministrative indipendenti o gli Ombudsman, ma è anche vero che la tipologia dei rimedi, i requisiti per la loro applicazione, gli effetti che essi producono comportano una situazione così frastagliata e disomogenea da far dubitare che alle categorie protette – come i consumatori, gli utenti, i risparmiatori – sia assicurata una effettiva parità di tutela. In altri termini, non è sufficiente, per fornire adeguata tutela, prevedere solo regole omogenee istitutive di diritti, occorrendo anche prevedere regole omogenee inerenti la loro giustiziabilità.

Sul piano del diritto comunitario, entrano perciò in conflitto il principio di effettività con il principio di sussidiarietà.

Ciò per quanto riguarda le regole “alla fonte”. Ancora più complessa la problematica che riguarda l’attuazione delle direttive comunitarie e i rimedi previsti dai sistemi statuali. Qui soccorrono il consumatore le previsioni dei Regolamenti (Roma I, Roma II) concernenti la scelta della legge applicabile, che è sempre la più favorevole al consumatore, e della disciplina del foro, che è il più conveniente per il consumatore; ma ciò presuppone un consumatore informato e legalmente ben assistito.

Per i rimedi offerti dai sistemi nazionali, l'applicazione di due clausole generali espone i soggetti lesi e legittimati ad agire a notevoli incertezze: da un lato, la valutazione della "adeguatezza" del rimedio offerto, che spetta al giudice nazionale; dall'altra la sua comparazione con il rimedio della responsabilità dello Stato per violazione della normativa comunitaria; in quest'ultimo caso ottenere il risarcimento è via assai impervia, sì che sarebbe auspicabile la previsione di rimedi uniformi già previsti a livello comunitario per garantire a tutti una adeguata tutela. Entra quindi in gioco anche il principio di effettività.

La valutazione della "equivalenza" dei rimedi comunitari e dei rimedi nazionali – stabilita con la sentenza della Corte di Giustizia causa C-14/83, Von Colson and Kamann / Land Nordrhein-Westfalen – incide sull'apprezzamento di rimedi collettivi e di rimedi individuali, e non è detto che la previsione di rimedi collettivi (ad es., l'esperimento dell'azione inibitoria) sia di per sé soddisfacente delle legittime attese del soggetto leso e perciò possa sostituire tout court il rimedio individuale. In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia, in un caso afferente il diritto all'informazione dei prestatori di lavoro [causa C-271/91, M.H. Marshall / Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching) No. 2].

Se l'introduzione di direttive che tendono ad un alto livello di armonizzazione sia poi la risposta più appropriata è una ulteriore questione, alla quale gli organi comunitari non sembrano, in questa fase, particolarmente sensibili.

I temi accennati non esauriscono, ovviamente, tutta la problematica dei rimedi di diritto privato nella prospettiva comunitaria. Un ampio settore, qui non indagato, di grande rilevanza, concerne la violazione dei diritti fondamentali e i rimedi di natura contrattuale, in particolare i rimedi previsti – o prevedibili – per la violazione del principio di eguaglianza e le discriminazioni. Tema di grande momento sul quale si stanno cimentando gli studiosi del diritto costituzionale e gli studiosi del diritto privato.