

ANDREA ZOPPINI

***Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai “codici di settore”
(muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento
contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni
elettroniche)****

SOMMARIO: 1. Conclusione del contratto e nuovo contratto: il problema nei codici di settore; - 2. Sui rapporti tra codice civile, codice del consumo, codice delle comunicazioni elettroniche; - 3. Autonomia disciplinare del codice delle comunicazioni elettroniche; - 4. L’antinomia tra norme dei codici di settore; - 5. La distinta qualificazione normativa della conclusione del contratto e della modificazione del contratto in essere; - 6. Considerazioni di ordine sistematico e giuseconomico e conseguenze di ordine normativo; - 7. Conseguenze in termini di disciplina applicabile.

1. – Quando può dirsi *generale* la regola del diritto privato? E quale relazione sussiste tra più regole che derogano alla norma generale¹?

I quesiti giustificano più d’un preliminare schiarimento di ordine, insieme, sistematico e normativo.

Il diritto privato è stato edificato sulla distinzione tra le regole suscettibili di disciplinare casi analoghi e le regole *eccezionali* (come si legge all’art. 14 disp. prel.), insuscettibili pure di estensione interpretativa. Non invece univoco è se l’analogia sia (sempre) preclusa alla norma *speciale*, così individuata perché quel medesimo fatto – in mancanza d’una fattispecie che identifica un sotto-insieme (x + 1) – sarebbe sussunto in un’altra fattispecie, appunto generale perché descrittiva

* Il saggio è dedicato ad Antonio Gambaro e apparirà negli *Sritti* che sono a Lui dedicati.

¹ Sul tema si v.no i saggi raccolti da A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008 e da E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008. Per un contributo di teoria generale si veda utilmente F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien-New York, 1996, p. 415 ss.

l'insieme (= x) cui la prima appartiene².

Oggi, siamo avvertiti che la soluzione affidata alla collocazione topografica nel codice civile non ci consegna (*più*) alcun approdo definitivo, né possiamo dire che non si diano regole suscettibili d'applicazione analogica fuori del codice³. Lo dimostra la riflessione che direttamente investe la stessa teoria generale del contratto: basti pensare alla costruzione teorica del contratto con asimmetria del potere contrattuale e, per altro verso, alla “consumerizzazione” del diritto dei contratti⁴.

È, invece, aperto il tema in ordine al rapporto tra le regole del codice civile e quelle contenute o migrate nei codici di settore, a iniziare dal codice del consumo⁵.

² G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, I, t. II, Milano, 1980, spec. p. 194 ss., p. 241 ss. e p. 403; R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «Preleggi»*, Torino, 1989², p. 99 ss. In generale sulla norma speciale v. S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa (ETS), 2011.

³ M. LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale” (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 541 ss.

⁴ In proposito, cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011³, p. 65 ss. (già pubblicato in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.); ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; P. SIRENA, *La dialettica parte generale – parte speciale nei contratti stipulati con i consumatori*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 493 ss.; mi sia consentito rinviare, per una diversa impostazione, a *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 529 ss. Sul rapporto tra diritto comune dei contratti e diritto del consumo si cfr. anche D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières?*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 697 ss.; in riferimento al rapporto tra disciplina comune e consumeristica v. G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, spec. p. 354, il quale rileva che le disposizioni consumeristiche debbano sempre interpretarsi restrittivamente e non siano suscettibili di un'applicazione analogica interna al loro perimetro sottosistemico.

⁵ Si v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397 ss. (nonché in A. PLAIA [a cura di], *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit., p. 5 ss.) e dello stesso A., *Diritto privato generale e diritti secondari. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.; si v. altresì N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo* (anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 4 ss.) e U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione* (anche in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 347 ss.), entrambi in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*,

Così pure deve chiedersi – con implicazioni pratiche non di poco momento – se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore ovvero se (autenticamente) speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre tra norme egualmente speciali – perché, ad esempio, derogatorie alla regola del codice civile – non possa darsi siffatta relazione, sì da poter concorrere a disciplinare il medesimo fatto⁶.

Nell'anatomia del quesito che ho formulato ad apertura di questa pagina, le categorie concettuali, in primo luogo quelle costruite sul rapporto tra *genere* e *specie*, giocano un ruolo tutt'altro che neutrale nel presentare il problema e guidare l'interprete ad un approdo, atteso che esse sottendono sovente talune opzioni interpretative inesprese. Al fondo, già la comparazione diacronica e sincronica dimostrano che i criteri per sciogliere il *casus dubius*, *omissus* o *non decisus* hanno trovato, nel tempo e nello spazio, risposte diverse nell'interazione dei formanti dell'ordinamento, conteso tra uno *ius proprium* e *singulare* contrapposto ad uno *ius commune*, vedendo prevalere talora la norma scritta, in altri momenti quella di diritto comune o del diritto naturale, ancora la *lex alius loci* o la regola sapienziale⁷.

Sciogliere l'interrogativo sulla qualità generale o speciale d'una norma di diritto privato sottende sovente un modello di comprensione del reale giuridico costruito su elementi conoscitivi e valutativi tutt'altro che fermi – quando non meritevoli di radicale revisione concettuale –, quali la statualità del diritto privato, la competenza esclusiva dell'ordinamento nazionale nel dettare la gerarchia delle fonti del diritto, l'adozione della medesima gerarchia per le norme rivenienti

cit., rispettivamente a p. 10 ss. e p. 31 ss.; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss., a p. 769.

⁶ Per una impostazione diversa se non alternativa a quanto si legge in queste pagine si veda sin da ora T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 123 ss.; P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 543 ss. (anche in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1749 ss.).

⁷ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, c. 112 ss. e ora, con titolo parzialmente diverso, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 443 ss.

dall'ordinamento comunitario, l'autonomia oggettiva e soggettiva del diritto privato, la netta separazione conoscitiva tra il diritto pubblico e il diritto privato⁸.

Anche alla luce di queste notazioni di ordine metodologico, mi provo a indagare il tema con riguardo a un profilo specifico: lumeggiare la distinta considerazione che le norme riservano alla conclusione di un (*nuovo*) contratto atto a soddisfare un bisogno di consumo a raffronto della modifica (del regolamento negoziale) d'un contratto già perfezionato (fenomeno che si designa come *ius variandi*⁹).

Svolgo tale analisi muovendo dal codice di consumo e traguardando le regole proposte dal codice delle comunicazioni elettroniche: il problema specifico – che (mi) offre un punto prospettico di osservazione sulla teoria generale – si pone per il possibile concorso tra:

- a) l'articolo 33, comma 2, lett. m), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 - c.d. Codice del consumo (nel prosieguo, anche, c. cons.), che considera vessatoria la clausola che “consent[e] al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, *senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso*”¹⁰;
- b) l'art. 70, comma 4, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 - c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche (nel prosieguo, anche, c. com. el.), che prevede invece

⁸ Si cfr., per molti utili spunti, C. REYMANN, *Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Tübingen, 2009.

⁹ Segnalo che l'articolo determinativo per la parola straniera segue le regole dell'italiano e non del lemma della lingua importata, sì che la 'i' di *ius* è vocalica in italiano, come accade alla vocale parte del dittongo, mentre è consonantica in latino, dunque è corretto dire lo *ius* e non il *ius* (v. sul tema, M. GEYMONAT, *Jus variandi: «il» o «lo»?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 305 ss.).

¹⁰ Si v. in particolare S. PAGLIANTINI, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contratti*, 2012, p. 165 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014³, p. 67 ss.; M. FARNETI, *Sub art. 33 c. cons. La presunzione di cui alla lett. m) del 2° comma*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 252 ss., a pp. 306-311.

quale rimedio generale a fronte della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali il (solo) diritto di recesso dal contratto¹¹;

c) l'art. 65 c. cons., come novellato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 – destinato però ad applicarsi ai soli contratti conclusi dopo il 13 giugno 2014 (art. 2, comma 1, del medesimo decreto) – che richiede il consenso espresso e ripetuto del consumatore al momento della conclusione del contratto per ogni (ulteriore) prestazione per la quale sia richiesto un pagamento aggiuntivo¹².

2. – Merita preliminarmente fissare, sia pure per sommi capi, i rapporti tra la parte generale del contratto in punto di conclusione e modifica del regolamento negoziale e la normativa recata rispettivamente dal codice del consumo e dal codice delle comunicazioni elettroniche in riferimento alla posizione degli utenti-consumatori, insieme suscettibili d'essere raccolti, seppure in negativo, sotto l'epigrafe degli operatori *non* professionali¹³.

¹¹ Per un commento si veda E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, 2, p. 64 ss.; N. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 765 ss.; C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, in E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti – Responsabilità – Rimedi*, I, Milano, 2012, p. 695 ss. È utile confrontare la previgente formula dell'art. 70, comma 4, che recitava: "Gli abbonati hanno il diritto di recedere dal contratto, senza penali, all'atto della notifica di proposte di modifiche delle condizioni contrattuali. Gli abbonati sono informati con adeguato preavviso, non inferiore a un mese, di tali eventuali modifiche e sono informati nel contempo del loro diritto di recedere dal contratto, senza penali, qualora non accettino le nuove condizioni"; e per un commento v. R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali (articoli 70-85)*, in M. CLARICH e G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2004, p. 315 ss.

¹² S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss. a pp. 820-821; E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 927 ss. a pp. 1005-1006; F. SCALONE, *Le modifiche apportate al Codice del consumo a seguito del recepimento della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. e impr. Europa*, 2014, p. 467 ss. a pp. 476-477. In generale cfr. C. GRANELLI "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del consumo, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss., nonché il supplemento del *Corr. giur.*, *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, 7S, 2014.

¹³ G. ALPA, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, III, 1988, p. 542 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 91 ss. (anche in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.).

Dico subito che a mio parere tra la disciplina codicistica e quella delineata dai testi unici sopra indicati non è configurabile un (mero) rapporto di genere a specie ovvero una relazione *ad instar* di quella che si determina tra tipo contrattuale e disciplina generale del contratto: si tratta, invece, di due plessi normativi caratterizzati da un diverso punto d'incidenza e di gravitazione logico-sistemica.

Di ciò è agevole rendersi conto, appena si consideri che:

(i) nell'impostazione del codice civile, la conclusione e la modifica dei termini contrattuali rispondono a una logica procedurale e consensuale: il contratto è intrinsecamente giusto, anche in riferimento ad eventuali clausole c.d. di *ius variandi*, se (e in quanto) voluto nella forma binaria della proposta e accettazione tra le parti¹⁴;

(ii) l'autonomia privata è pensata quale libertà del singolo, poi manifestazione d'una preferenza e della disposizione d'un interesse individuale¹⁵;

(iii) le scelte di consumo nel mercato rispondono (invece) a una necessità, conformata dal paradigma concorrenziale ovvero dalla regolazione pubblica¹⁶.

¹⁴ Sul rapporto tra teoria generale del contratto e *ius variandi* si v. P. SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Effetti*, III, Milano, 2006, p. 141 ss. In termini generali N. IRTI, «*Codici di settore*»: *compimento della «decodificazione»*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss., spec. p. 23; C. COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. soc.*, 1998, p. 5 ss.

¹⁵ Per un classico riferimento si v. C. FRIED, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.)-London, 1981; esemplarmente, in una prospettiva evidentemente opposta, si v. S. CONLY, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge, 2013; e in una direzione ancora diversa cfr. A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, estratto dalla *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss.

¹⁶ Per una discussione sia consentito rinviare al mio *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e Antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 3 ss., pubblicato anche, con talune modifiche in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 Anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Torino, 2010, p. 1095 ss.; cfr. anche, seppure in una diversa prospettiva, L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010. In termini di rapporto tra teoria generale del contratto e teoria ordoliberal si v. U. RUNGE, *Antinomien des Freiheitsbegriffs im Rechtsbild des Ordoliberalismus*, Tübingen, 1971.

Non è allora sorprendente che gli stessi lemmi ‘proposta’, ‘accettazione’, ‘accordo’, ‘regolamento contrattuale’ assumano una diversa intensione logica e un diverso significato normativo nel diritto dei consumatori, in alcun modo riconducibile all’impostazione codicistica¹⁷.

Rispetto alle regole proprie della disciplina generale del contratto, nel diritto consumeristico si assiste:

(i) allo slittamento sistematico dall’area del consenso all’oggettività del rapporto, che si centra sulla materialità della prestazione e sulla destinazione funzionale a soddisfare un bisogno (ciò che ha fatto parlare di “quasi contratto”, di “rapporti contrattuali di fatto”, e ancora – sempre in questa linea teorica – di “scambi senza accordo”)¹⁸;

(ii) allo scarto logico tra determinazione all’acquisto e regolamento contrattuale¹⁹;

(iii) all’eteronomia pensata per agevolare il raffronto tra le offerte nel mercato e la selezione tra le proposte presenti, concentrando la scelta su pochi elementi rilevanti, ed essenzialmente sul prezzo;

¹⁷ Come si legge, seppure in termini generali, in una pagina di una dottrina autorevole, qual è quella di A. GAMBARO, *Parte generale e parte speciale del diritto dei contratti: un approccio stilistico*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit., p. 111 ss. in part. p. 120 – per il quale i codici di settore «sottintend(ono) una preferenza verso i concetti definiti, o denotati, direttamente dal legislatore senza che sia necessario procedere a una riconduzione delle diverse norme a sistema».

¹⁸ Sugli scambi senza accordo il riferimento è naturalmente alla dottrina di N. IRTI (in particolare, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. e al dibattito che ha generato: ID., «È vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.). Sul tema, tuttavia, merita di essere (ri)letto il classico scritto di J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*, Tübingen, 1981; quanto alla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto e al quasi contratto cfr. C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 23 ss.; ID., voce *Quasi-contratti e quasi-delitti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 25 ss.

¹⁹ Per una diversa impostazione rispetto a quella della teoria del contratto inteso quale scelta e incontro di libere volontà si v. in termini ancora attuali R. BROWNSWORD, G. HOWELLS e T. WILHELMSSON (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth-Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney, 1994.

(iv) allo spostamento del centro gravitazionale della disciplina: dalla coerenza tra proposta e accettazione, che impone una cesura tra le trattative e il regolamento contrattuale, all'assenza di soluzioni di continuità tra l'informazione precontrattuale e la disciplina oggettiva del rapporto, e poi della prestazione²⁰.

In questa logica, la disciplina dei contratti dei consumatori divisa dal codice del consumo e, nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica, dal relativo codice di settore, costituisce un sistema autonomo rispetto alle regole dettate dal codice civile, il cui fondamento assiologico-normativo si rinviene negli assi ortogonali, di matrice essenzialmente ordoliberal, dell'ordinamento comunitario²¹.

Gli è, tuttavia, che le norme di derivazione comunitaria, e i relativi atti normativi di recepimento, si rivolgono a fatti in astratto coincidenti: in particolare, come le direttive "consumeristiche" sono finalizzate a uniformare a livello comunitario il quadro di tutele apprestato in favore del contraente non professionale per assicurare la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali (come si legge all'art. 2, comma 2, lett. e), c. cons.), così (talune del)le direttive in materia di comunicazioni elettroniche recepite nel relativo codice assicurano i diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica²².

Ne deriva che, là dove sia prospettabile un concorso di norme sulla stessa fattispecie, l'interprete dovrà interrogarsi se esse siano suscettibili di trovare

²⁰ G. D'AMICO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, Padova, 2015, p. 7 ss.

²¹ Mi pare utile richiamare, nella prospettiva ordoliberal costitutiva del mercato unico, S. GRUNDMANN, *Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, 2007, p. 105 ss.

²² Si v. in particolare P. KNOL, *Consumer Contracts for Electronic Communications Services*, in K. BOELE-WOELKI e F.W. GROSHEIDE (a cura di), *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 373 ss. Nella letteratura nazionale v. R. DE MEO, *La tutela del consumatore nell'era della comunicazione elettronica*, in *Dir. inf.*, 2008, p. 545 ss. e, prima, G. ALPA, *La tutela degli utenti e dei consumatori nelle telecomunicazioni*, *ivi*, 1998, p. 567 ss.

congiuntamente applicazione, direttamente o per via d'interpretazione estensiva o analogica, ovvero se esse siano alternative²³.

3. – Ritengo che se un fatto o una vicenda, di per sé suscumbibile nell'ambito della normativa consumeristica, trova una propria speciale regolazione nella disciplina delle comunicazioni elettroniche dovrà necessariamente trovare applicazione (*solo*) quest'ultima.

Mi provo a far sorreggere quest'affermazione da più pilastri argomentativi, in primo luogo sulla sintassi delle norme rilevanti.

Il contrasto e il concorso formale di norme sulla medesima fattispecie impone, infatti, all'interprete di fissare una gerarchia implicita tra norme formalmente pariordinate.

Occorre, preliminarmente, vagliare criticamente la soluzione – ascritta alla lettera dell'art. 1469-*bis* c. civ. – che applica la disciplina generale del contratto del codice civile anche ai contratti con i consumatori “ove non derogat[a] dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”. Nella norma si legge talora non (tanto) il riconoscimento di un criterio di specialità, qualità propria del codice del consumo, quanto un criterio di prevalenza in ogni caso della norma più favorevole al consumatore, appartenga essa al codice civile ovvero ad “altre disposizioni”²⁴.

È, tuttavia, che la scelta dell'armonizzazione *massima*, divisata dalla direttiva 2011/83/UE a tutela dei diritti dei consumatori, a contraddire radicalmente la tesi appena richiamata e ad imporre una diversa lettura: segnatamente, la riduzione teleologica del portato precettivo della norma del

²³ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit., p. 771.

²⁴ G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, *Mercati regolati*, V, Milano, 2014, p. 5 ss., in part. 15 s. Nel senso della prevalenza delle norme del codice civile A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159 ss., a pp. 172-173; F. ADDIS, *Il “codice del consumo”, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 872, a p. 880.

codice civile²⁵. A pena di frustrare l'obiettivo dichiarato di creare un *level playing field* nel mercato unico, la disciplina comunitaria non può essere integrata con addizioni normative dal legislatore nazionale primario o secondario né, evidentemente, essa è suscettibile d'interpretazione analogica (operazione interpretativa che sempre in un'addizione normativa si risolve).

In punto sistematico, è agevole leggere nella filigrana dell'armonizzazione massima delle regole del mercato unico non già la tutela dei diritti dei consumatori in sé per sé considerata, ma la tutela del consumatore quale momento necessario e presupposto per garantire il corretto funzionamento del mercato e per stimolare la concorrenza tra imprese in un contesto regolatorio equivalente in tutti gli Stati membri.

Per altro verso, un vincolo (anche) all'interprete è posto dall'ordinamento nazionale, per il fatto dell'esistenza d'una norma, dotata di valenza generale, che pone un espresso divieto di *gold plating*. Il principio – introdotto dall'art. 15 della legge 12 novembre 2011, n. 183, c.d. legge di stabilità 2012 – impone all'interprete e al legislatore secondario, così come alle autorità di regolazione e vigilanza, un'interpretazione tassativa delle regole (di derivazione) comunitarie e una loro applicazione ai soli casi e ipotesi ivi considerati²⁶.

4. – Occorre, poi, verificare quali condizioni formali debbano sussistere perché un'antinomia o una lacuna possa essere diagnosticata²⁷.

²⁵ In termini analoghi si v. S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 435 ss. spec. p. 446.

²⁶ In termini generali sul tema della concorrenza tra ordinamenti giuridici sia consentito rinviare a A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

²⁷ R. GUASTINI, *Antinomie e sistemazione del diritto*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, p. 151, a p. 171 ss.; sul tema cfr. già P. FORIERS, *Les*

Nella disciplina del consumo un'antinomia può darsi solo tra precetti normativi "dell'ordinamento giuridico di fonte comunitaria o adottat[i] in conformità a norme comunitarie" (come si legge chiaramente agli artt. 19, comma 3²⁸, 46, comma 2²⁹, e 67, comma 1, c. cons.³⁰).

Sì che è solo apparente il conflitto che si crea con la norma domestica (volendo così indicare quella priva di copertura comunitaria, a iniziare dal codice civile), che a maggior ragione non può essere riguardata – se non descrittivamente – come generale, se così vuole propriamente intendersi l'insieme omogeneo capace astrattamente di raccogliere l'una e l'altra fattispecie.

Da ciò una duplice conclusione (che chiama in causa la teoria delle fonti del diritto privato statale): non v'è relazione di specialità tra la disciplina del codice civile e quella recata dalle direttive, atteso che manca l'equiordinazione della fonte normativa che qualifica il fatto. Un contrasto si dà (solo) tra norme congeneri, quindi tra disposizioni rivenienti da norme comunitarie, ed è sciolto alla stregua del criterio di specialità.

Parimenti, deve pure opinarsi e vagliarsi criticamente l'applicazione *residuale* o *sussidiaria* del diritto privato generale, che sarebbe chiamato a governare il fatto in tutto ciò che non sia stato specificamente disciplinato dal legislatore speciale (come pure si legge, in termini generali, all'art. 38 c. cons.)³¹. Infatti, la diagnosi della lacuna e la scelta di ricorrere alla norma generale (in

antinomies entre dispositions de droit communautaire et dispositions de droit interne, in CH. PERELMAN (a cura di), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 320 ss.

²⁸ Sulla norma cfr. F. LUCCHESI, *Pratiche commerciali scorrette: definizioni e ambito di applicazione (artt. 18-19)*, in G. VETTORI (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, I, Padova, 2013, p. 170 ss.

²⁹ Cfr. T. RUMI, *Ambito di applicazione (Art. 46 Codice del consumo)*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 79 ss.; F. MASSA, *Art. 46. Ambito di applicazione*, in A.M. GAMBINO e G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014, p. 42 ss.

³⁰ V. S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, cit., pp. 439-442.

³¹ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, cit., p. 398 e p. 406 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, cit., p. 17.

ipotesi: del codice civile) sottende una valutazione dell'interprete, che assume l'omogeneità sostanziale della materia regolata, operazione non agevole quando le fonti parlino linguaggi diversi, assumano interessi e assetti di mercato eterogenei, abbiano una diversa legittimazione formale³².

A confortare tale affermazione, seppure *a fortiori*, non è senza significato sul piano sistematico l'abrogazione della c.d. clausola di salvaguardia – che si leggeva all'art. 70, comma 6, c. com. el. – che faceva salva, garantendo il concorso, l'applicazione delle norme in materia di tutela dei consumatori³³.

Quanto alla regola di conflitto tra norme parimenti recate dalla fonte comunitaria, l'interferenza tra il diritto dei consumatori raccolto nel codice omonimo e il diritto delle comunicazioni elettroniche, è governata dal principio di specialità: vuoi in punto di tutela dell'utente-consumatore, vuoi di competenze sanzionatorie e di vigilanza in capo alle diverse autorità di regolazione (e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato in particolare). Laddove, infatti, il legislatore ha inteso estendere la disciplina consumeristica anche al settore delle comunicazioni elettroniche ciò ha fatto espressamente (cfr. art. 27, comma 1-bis, c. cons. quanto all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette ai rapporti tra utenti e operatori di comunicazione³⁴).

³² Per questo canone metodologico si v. F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts*, cit., in particolare a p. 431. Per una diversa impostazione sorretta dalla centralità del codice civile nel sistema di diritto privato si v. M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Torino, 2005.

³³ L'art. 70, comma 6, c. com. el. – abrogato a opera del d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70 – recitava: “Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori”. L'abrogazione, peraltro, fa seguito, e attua, identica soluzione adottata a livello comunitario (l'art. 20, paragrafo 1, della direttiva 2009/136/CE ha espunto dal corrispondente art. 20 della precedente direttiva 2002/22/CE la disposizione che lasciava “[...] impregiudicata l'applicazione delle norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare l'applicazione delle direttive 97/7/CE e 93/13/CE, e delle norme nazionali in conformità del diritto comunitario”).

³⁴ Per un primo commento v. V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Riv. reg. merc.*, 1, 2014, p. 201 ss.; S. LA PERGOLA, *Articolo 1, commi 6 e 7, d.lgs. n. 21/2014. Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in A.M. GAMBINO e G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 385 ss.; S. PERUGINI, *I nuovi strumenti di*

S'aggiunga, a definitivo schiarimento, che le considerazioni poc'anzi espresse sulla diversa sfera di applicazione della disciplina del codice rispettivamente del consumo e delle comunicazione elettroniche attengono alle sole fattispecie che conoscono, in astratto, una diversa disciplina e ai casi nei quali, dunque, sussiste un possibile conflitto o concorso tra norme. Ne deriva, allora, che se determinate fasi e vicende negoziali sono *diversamente* regolate nell'uno e nell'altro codice la disciplina divisata in quest'ultimo, siccome attuativa di direttive comunitarie, è autonoma e autosufficiente rispetto a quella recata dal codice del consumo e trova esclusiva applicazione³⁵.

5. – Un secondo elemento d'analisi, che sorregge l'alternatività delle regole scritte nei codici di settore, attiene alla struttura delle fattispecie rilevanti e alla qualificazione dei fatti nei codici di settore, che recano una recisa distinzione tra la disciplina della conclusione del contratto (in termini informativi e di struttura del consenso) e lo *ius variandi* del contratto già concluso e completo³⁶.

Mentre per il codice civile l'oggetto del contratto s'identifica con l'insieme del regolamento contrattuale (e al momento genetico sul consenso ricevuto alla proposta), nel diritto dei consumatori – alla stregua del tenore testuale dell'art. 65 c. cons. – sussiste un'autonoma qualificazione della prestazione principale e delle prestazioni accessorie, e così pure tra regolamento contrattuale (inteso come parte normativa), servizi resi e prezzo: sì che per ciascuna prestazione capace d'imporre un onere economico ulteriore è necessaria una specifica e aggiuntiva manifestazione di consenso³⁷. Dunque, il codice del consumo seziona l'accordo

intervento dell'AGCM, in *Corr. giur.*, 2014, 7S, p. 44 ss. a pp. 51-54. Sul tema v. anche G. NAVA, *La tutela amministrativa dei consumatori alla luce del d.lgs. 21/2014*, in *Quad. DIMT*, 2, 2014, p. 48 ss.

³⁵ P. KNOL, *Consumer Contracts for Electronic Communications Services*, cit., pp. 375-377.

³⁶ In particolare fondamentale è lo scritto di S. PAGLIANTINI, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, 2013, p. 487 ss., autentico contributo monografico pur se presentato in forma di voce enciclopedica.

³⁷ Si rimanda a A. DE FRANCESCHI, *Pagamenti supplementari (Art. 65 Codice del consumo)*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 332 ss.; F. MARIANI,

che sorregge la conclusione di un nuovo contratto e articola le singole manifestazioni di consenso necessarie a confermare quelle prestazioni, accessorie alla principale, che sono capaci di determinare un onere economico aggiuntivo.

Al contrario, l'art. 70, comma 1, c. com. el. individua un contenuto minimo della fattispecie che si risolve nell'insieme di elementi essenziali che devono essere recati dai contratti, con particolare riferimento ai servizi offerti e alle tariffe e ai prezzi applicabili (e in sede regolamentare, l'Agcom ha fissato i contenuti contrattuali minimi, in particolare nelle Delibere nn. 179/03/CSP e 664/06/cons.)³⁸.

Parimenti in punto di *ius variandi*, l'articolo 33, comma 2, lett. m), c. cons. – come già s'è ricordato – prevede quale vessatoria una clausola che “consent[e] al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso”³⁹; e, la successiva lett. o), dichiara vessatoria la clausola che “consent[e] al professionista di aumentare il prezzo del bene o del

Articolo 65. Pagamenti supplementari, in A.M. GAMBINO e G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, cit., p. 282 ss.

³⁸ Si vedano al riguardo: a) l'art. 5, comma 4, della Delibera 179/03/CSP “In caso di attivazione di offerte gratuite, gli organismi di telecomunicazioni indicano se tali offerte modificano le prestazioni del servizio sottoscritto o limitano il diritto di scelta dell'utente, lasciando all'utente la facoltà di chiedere la disattivazione dell'offerta stessa. La previa ordinazione è comunque obbligatoria quando l'offerta è o diventa a titolo oneroso”: previsione da intendersi evidentemente riferita a servizi aggiuntivi non previsti nel momento genetico del rapporto che, se onerosi (o che diventano tali), debbono essere previamente accettati e, se gratuiti, debbono essere previamente accettati sempre che modifichino le prestazioni del servizio sottoscritto o limitino il diritto di scelta dell'utente; b) l'art. 3 della Delibera 664/06/cons che vieta l' derogazione di servizi di comunicazione elettronica, evidentemente non compresi nel contratto originario e dunque già accettati dall'utente (l'art. 3 discorre, infatti, di servizi “*anche solo supplementari rispetto ad un contratto già in esecuzione*”), senza preventiva ordinazione del cliente.

³⁹ A. SCARPELLO, *Jus variandi*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 679 ss.; A. GORGONI, *Lo jus variandi nel codice di consumo e nel testo unico bancario*, in G. VETTORI (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, cit., p. 377 ss.

servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto⁴⁰.

Al contrario, l'art. 70, comma 4, c. com. el. collega alle (sole) *modifiche* delle condizioni contrattuali il diritto riconosciuto all'utente, che non vi voglia aderire, di recedere dal contratto⁴¹.

Dunque, (a) il codice del consumo attribuisce un'autonoma rilevanza normativa alla prestazione principale, ai singoli servizi accessori, al prezzo (elementi di cui il professionista deve fornire al consumatore un insieme articolato e trasparente di informazioni in sede pre-contrattuale come previsto dagli articoli 48-49 c. cons.); (b) il codice delle comunicazioni elettroniche qualifica il regolamento contrattuale unitariamente, ancorché in via meramente descrittiva possa essere in concreto articolato dagli operatori mediante richiamo a servizi diversi e a corrispondenti tariffe⁴².

6. – Ci si deve a questo punto interrogare – ed è il terzo punto – sul fondamento sistematico della soluzione proposta, e qui l'opzione è necessariamente diversa a seconda che si pensi (*o non*) il diritto privato in quanto necessariamente altro dalla regolazione del mercato.

Si tratta, infatti, di valutare le ragioni sottese alla diversa configurazione della conclusione del contratto e dello *ius variandi* nei due codici di settore: la domanda che si propone, in linea logica successiva, riguarda il perimetro, e la concreta modalità e misura, della tutela dell'operatore non professionale

⁴⁰ F. LUCCHESI, *La clausola che consente al professionista di determinare e aumentare unilateralmente il prezzo* (art. 33 comma 2 lett. n-o), in G. VETTORI (a cura di), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, cit., p. 413 ss.; M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, spec. pp. 350-359.

⁴¹ C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, cit., pp. 707-709.

⁴² In termini generali e descrittivi v. N. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259)*, cit., spec. pp. 777-779.

assicurata dal codice del consumo e dal codice delle comunicazioni elettroniche a fronte di variazioni contrattuali concernenti i servizi dedotti in contratto.

L'argomento che sorregge in termini assiologici la proposta di consentire il cumulo tra le norme, con l'effetto di ampliarne lo *Schutzbereich*, persegue l'obiettivo d'estendere al massimo possibile la tutela del consumatore (sì che, ad esempio, in questa prospettiva sarebbe a dirittura rimessa al consumatore la scelta della regola di maggior tutela)⁴³.

Questa tesi, tuttavia, mi pare debba essere contestata, sia per ragioni di ordine sistematico sia in ragione del fatto che tali proposte interpretative non tengono in adeguato conto sul piano ermeneutico l'uniformazione normativa massima prescelta dal legislatore comunitario né adeguatamente considerano la dinamica delle fonti comunitarie e la loro interazione con quelle di diritto interno⁴⁴.

In termini generali, una lettura sistematica del diritto dei consumatori non autorizza a pervenire alla conclusione che l'ordinamento miri ad affermare la prevalenza dell'interesse del consumatore sull'impresa, ovvero a favorire o preordinare un determinato esito nel funzionamento del mercato.

La tutela del consumatore, infatti, non si traduce affatto nella protezione d'un interesse finale, atteso che la tutela discende non da un fatto in sé concluso, ma da un *ruolo* e/o da una *situazione* che si determina nel traffico negoziale (come

⁴³ Molto chiaramente T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, cit., spec. p. 137 ss. e p. 145 ss.; P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, cit., pp. 560-561. Sul tema delle tutele si v. in part. M.C. PAGLIETTI, *La tutela civile dei diritti dei consumatori. Studio sull'osmosi dei modelli di giustizia in Europa*, Napoli, 2013, spec. p. 70 ss.

⁴⁴ Il vero è che l'architettura che governa il mercato unico si lascia comprendere problematicamente con l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno, come chiaramente argomentato da J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin, 2006, p. 133 ss., in part. *Rdn* 7 s.

nei contratti conclusi a distanza)⁴⁵; si tratta pertanto della tutela d'un interesse funzionale e strumentale, che ha di mira un più efficiente funzionamento, in senso dinamico, del mercato⁴⁶.

Anche per quanto si è appena considerato, ritengo che non abbia senso normativo – se non puramente descrittivo o ideologico – rinvenire nella “teoria dello sfruttamento” del consumatore da parte dell'impresa ovvero nell'esigenza di proteggere la parte debole del rapporto, il presupposto che giustifica l'applicazione estensiva della disciplina consumeristica⁴⁷.

È questa una proposta teorica e interpretativa fondata sulla precomprensione del rapporto di consumo nel prisma teorico elaborato dal diritto sindacale e che ha indotto, una parte della letteratura civilistica, a identificare nei consumatori una ‘classe sociologica’, che dev'essere, proprio nella sua dimensione di classe, tutelata nei confronti dell'impresa⁴⁸.

Al contrario la tutela del consumatore delinea una situazione giuridica che propongo di identificare, con un sintagma che compare nel Testo unico della finanza, nei termini della tutela dell'*integrità del mercato*⁴⁹.

L'integrità del mercato deve concettualmente scomporsi e risolversi in due differenti momenti, entrambi necessari ed essenziali: *i*) da un lato, che esista e sia preservata una struttura del mercato concorrenziale, regolata, efficiente; *ii*)

⁴⁵ Mi sembra veramente utile sul punto il contributo di M. ENGEL e J. STARK, *Verbraucherrecht ohne Verbraucher?*, in *ZEuP*, 2015, p. 32 ss.

⁴⁶ In termini generali si v.no gli spunti offerti da F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 1057 ss.; più specificamente si v. H.-B. SCHÄFER, *Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts*, in S. GRUNDMANN (a cura di), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts. Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Schuldvertragsrecht*, Tübingen, 2000, p. 559 ss.

⁴⁷ G.L. PRIEST, *A Theory of the Consumer Product Warranty*, in *Yale Law Journ.*, 90 (1981), p. 1297 ss.

⁴⁸ Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in M. GRILLO (a cura di), *Mercati finanziari e protezione del consumatore*, Milano (Brioschi), 2010, p. 21 ss.

⁴⁹ Ho illustrato questo aspetto anche in *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss.

dall'altro, che sia data al consumatore finale una reale possibilità di scelta, operata in modo volontario, informato, scevro da inganni e costrizioni⁵⁰.

Coerentemente con quanto detto, la *ratio* che sorregge la disciplina a tutela dei consumatori dev'essere vagliata alla luce delle prospettazioni teoriche, che sappiano spiegarne i corollari anche in termini di funzionamento del mercato⁵¹.

Ciò autorizza il giurista a rivolgersi alla teoria giuseconomica, alla stregua della quale la tutela del consumatore è suscettibile d'essere compresa all'interno di tre diversi paradigmi:

a) entro il quadro teorico di riferimento della teoria dell'informazione, la tutela del consumatore si spiega a fronte d'un fallimento del mercato e, con lo strumento della norma imperativa, s'intende colmare la distanza informativa che separa le parti impegnate nella negoziazione (aspetto, questo, che potrebbe, ad esempio, spiegare che la standardizzazione dei contratti bancari non costituisce un elemento anticoncorrenziale ma, al contrario, favorisce la comparazione delle opzioni presenti sul mercato, agevolando un effettivo confronto dei dati rilevanti, come ad esempio quelli inerenti al prezzo);

b) oppure, il fondamento della disciplina a tutela del consumatore può essere decodificato entro la prospettiva di economia neo-istituzionale, che pone il problema della gestione dei costi transattivi e delle misure regolatorie e istituzionali idonee a superarli;

⁵⁰ Si cfr. N.W. AVERITT e R.H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Antitrust Law Journ.*, 65 (1997), p. 713 ss. e, degli stessi A., *Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law*, *ivi*, 74 (2007), p. 175 ss.; cfr. anche per taluni spunti M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, cit.; A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008, I, p. 297 ss.

⁵¹ Per una discussione sui presupposti teorici si v. F. RISCHKOWSKY e T. DÖRING, *Consumer Policy in a Market Economy: Considerations from the Perspective of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics*, in *Journ. Consum. Policy*, 31 (2008), p. 285 ss.; e, soprattutto, per un inquadramento generale si v. M. TAMM, *Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*, Tübingen, 2011, in part. p. 135 ss.

c) infine, un'ulteriore spiegazione è quella offerta dall'economia comportamentale. Nella prospettiva *behavioral*, si assume che l'*Idelotypus* di cliente attivo nel mercato non è rappresentato da un soggetto razionale, in grado di scegliere in un'ottica di massimizzazione del proprio benessere ma, viceversa, da un soggetto che agisce sulla base di spinte emotive e compulsive⁵². A tale stregua, anche i fattori legati alla sfera emozionale dell'individuo possono essere riguardati dal legislatore quali fallimenti del mercato e giustificare, quindi una norma imperativa e/o una misura di regolazione⁵³.

Si tratta di proposte teoretiche di riferimento (non necessariamente negli esiti) alternative che offrono al legislatore opzioni sistematiche obiettivamente diverse e che permettono all'interprete di vagliare e confrontare diversi regimi e spiegarne le conseguenze in termini di efficienza e di superamento dei fallimenti di mercato.

È possibile allora valutare e giustapporre le scelte operate del legislatore comunitario, prima, e nazionale poi, quanto alla generale tutela del consumatore e alla speciale tutela dell'utente di servizi di comunicazioni elettroniche.

Nella sistematica del codice del consumo la tutela del consumatore per un verso, qualifica vessatorio lo *ius variandi* attribuito al professionista se non sorretto da un giustificato motivo (art. 33, comma 2, lett. *m*), c. cons.); per altro verso, sulla base della distinzione prima evidenziata, tra prestazione principale e accessoria, impone per quest'ultima comunque un consenso preventivo del contraente consumatore (art. 65 c. cons.), secondo il modello detto di *opt-in*⁵⁴. Nel

⁵² G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma (Roma Tr-E Press), 2014, disponibile anche on-line all'indirizzo <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/oltre/article/view/183/177>.

⁵³ V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 167 ss. (e, con titolo parzialmente diverso, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI [a cura di], *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, cit., p. 25 ss.).

⁵⁴ A. DE FRANCESCHI, *Pagamenti supplementari (Art. 65 Codice del consumo)*, cit., p. 336; F. MARIANI, *Articolo 65. Pagamenti supplementari*, cit., p. 283 ss.

caso, invece, dei servizi di comunicazione elettronica la tutela del consumatore-utente già vincolato da un rapporto contrattuale è affidata al diritto di recesso esercitabile a fronte della notifica di modifiche alle condizioni contrattuali, secondo il modello c.d. di *opt-out* (art. 70, comma 4, c. com. el.).

È questa una tecnica di tutela del consumatore fondata su un paradigma *altro* rispetto a quello disegnato dal codice del consumo. Il modello di tutela assicurato dall'art. 70, comma 4, c. com. el. poggia e, in buona sostanza, è pensato in funzione del mercato delle comunicazioni elettroniche e delle sue peculiarità: un mercato elastico nel quale vi è un costante aggiornamento tecnologico e, conseguentemente, un flusso di proposte contrattuali continuo.

Gli è, allora, che il diritto di recesso favorisce un'asta continua tra le offerte nel mercato e quindi tra gli operatori di comunicazione, stimolando la concorrenza e consentendo al consumatore di tutelarsi mediante il cambio di operatore e l'adesione a offerte alternative⁵⁵.

Data la struttura del mercato di riferimento, è economicamente efficiente l'assetto regolatorio prescelto dal legislatore comunitario e, poi, nazionale costruito sull'attribuzione all'utente del diritto di recesso a fronte di ogni modifica contrattuale, anziché su alternativi e più onerosi meccanismi di rinegoziazione consensuale dei contratti in essere e/o a meccanismi di controllo *ex ante*.

Al contrario, la disciplina generale dettata dall'art. 33, comma 2, c. cons. offre una misura di tutela generale concernente (*anche*) i casi nei quali il recesso

⁵⁵ Quanto prescritto all'art. 70, comma 4, c. com. el. viene reputato, invece, assai modesto da E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 91-92 secondo cui, invece, è all'art. 1, comma 3, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, come modificato dalla legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40 che si cerca di promuovere una effettiva concorrenza, consentendo agli utenti di liberarsi dal vincolo contrattuale in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione. Ivi è, infatti, previsto che: "I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni. Le clausole difformi sono nulle, fatta salva la facoltà degli operatori di adeguare alle disposizioni del presente comma i rapporti contrattuali già stipulati alla data di entrata in vigore del presente decreto entro i successivi sessanta giorni".

non è in grado di per sé di tutelare il consumatore, in quanto lo priva della prestazione senza una reale alternativa (come può accadere nei mercati monopolistici e oligopolistici): ciò spiega perché sono dedotti in contratto i motivi che giustificano lo *ius variandi*, imponendo un onere procedurale ai professionisti⁵⁶.

Le ragioni che sostengono la scelta, senz'altro *regolatoria*, che si offre all'art. 70, comma 4, c. com. el. – s'è già detto: favorire il dinamismo concorrenziale – s'incontrano anche in altri settori nei quali il legislatore ha compiuto analoghe scelte sul presupposto che il mercato di riferimento è elastico e capace di offrire sostituti immediati alla prestazione (basti leggere l'art. 118, comma 1, del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, per solito indicato dall'acronimo TUB).

Il recesso attribuito dall'art. 70, comma 4, c. com. el. si spiega (anche) in termini di economia comportamentale: ciò perché consente un processo informativo continuo e una rapida migrazione ad altri concorrenti, che eventualmente offrano un complesso di servizi, diversamente articolato quanto a prezzi e tariffe, che l'utente reputi maggiormente coerente con le sue esigenze⁵⁷. Così come una spiegazione è fruibile in chiave neo-istituzionale, appena si consideri che gli oneri pubblicitari e di comunicazione previsti dal codice e dettagliati dall'Autorità di settore, in punto di tariffe e servizi offerti, vogliono

⁵⁶ Ciò spiega anche il fatto che le deroghe a tale disciplina non possono essere pensate indipendentemente dall'assetto del mercato su cui esse sono destinate a incidere: v. ad es. A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 557 ss.

⁵⁷ P. KNOL, *Consumer Contracts for Electronic Communications Services*, cit., p. 381; in termini più ampi v. E. BRODI, *Abitudini e preferenze di consumo. Nuove forme di disclosure per la tutela del consumatore*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, p. 393 ss.

rendere comparabili per l'utenza le diverse offerte formulate dagli operatori di comunicazione, riducendo i costi transattivi⁵⁸.

Ne deriva, mi pare, in termini generali una considerazione di ordine sistematico: una riflessione sull'analisi e sull'estensione delle regole a tutela dei consumatori non può prescindere, in una prospettiva funzionale e orientata a una valutazione in termini di effettività, dall'analisi del modello di uniformazione normativa assunta dal legislatore comunitario e (poi) dal tipo di mercato cui la regola è coerente.

7. – Ho già detto che dall'impostazione di vertice adottata derivano conseguenze non di poco momento sul piano pratico, basti solo considerare le seguenti conclusioni:

a) altro è la conclusione di un nuovo contratto idoneo a soddisfare un bisogno di consumo, altro la modifica di un contratto già perfetto;

b) nelle reciproche interferenze, i rapporti tra il codice del consumo e il codice delle comunicazioni elettroniche sono governati dal principio di specialità.

Pertanto, a fronte di tutte le variazioni contrattuali, prospettate all'utente-consumatore dall'operatore di comunicazioni elettroniche, che attengono ai servizi e alle tariffe compresi nel contratto originariamente concluso, all'utente spetta unicamente il diritto di recesso da esercitarsi appunto nelle forme dell'art. 70, comma 4, c. com. el.⁵⁹.

⁵⁸ C. STAZI, *I contratti della telefonia e la tutela dei consumatori*, cit., p. 709 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 92-95.

⁵⁹ Segnalo che è un mero *obiter* il principio di diritto formulato dal Tribunale di Milano, Sez. I, sent. 29 aprile 2014, per cui “Deve quindi escludersi che la clausola [...] non definibile vessatoria in astratto per le ragioni illustrate in premessa, sia stata applicata in concreto con modalità vessatorie, non avendo in definitiva comportato una frattura del complessivo sinallagma contrattuale” atteso che il pronunciamento poi respinge le pretese attoree in quanto ha giudicato non violato l'art. 70, comma 4, c. com. el., in cui si cristallizza la tutela dell'utente di comunicazioni elettroniche.

Ciò indipendentemente da come tale contratto regoli *ab origine* i servizi ivi ricompresi e le relative tariffe praticate e, dunque, indipendentemente dalla circostanza che per tali servizi sia previsto un corrispettivo globale, oppure ancora che taluni siano gratuiti o a pagamento, a sua volta variamente regolato in funzione del consumo. Cosicché, in concreto, l'eventuale proposta di modifica contrattuale da notificare ai sensi dell'art. 70, comma 4, c. com. el. potrà, in via esemplificativa, consistere tanto in un aumento (o diminuzione) di prezzo di servizi a pagamento, tanto nel pagamento di un servizio prima offerto a titolo gratuito ovvero nella differente articolazione dei corrispettivi tra diversi servizi (es.: aumento del costo degli sms e decremento del costo delle telefonate, oppure messa a pagamento del servizio di segreteria telefonica) o ancora nella cancellazione di un servizio.