

Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del *new deal*

di **Fabrizio Cafaggi**

consigliere di Stato

L'approvazione del *new deal* per i consumatori (dir. UE 2019/2161) offre l'occasione per una riflessione sui rapporti, sempre più complessi, tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale, alla ricerca di un nuovo equilibrio all'insegna dell'effettività.

1. Premessa

In questo contributo si esamina il tema del rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale¹. La tesi proposta è che la tutela civile dei diritti non sia più esclusivo appannaggio del giudice ordinario ma che ad attuarla contribuiscano le autorità amministrative indipendenti, le istituzioni pubbliche e private per la risoluzione delle controversie, complementari alla giurisdizione, tra cui arbitri e mediatori. Ne emerge un quadro di complementarità che mette in discussione le partizioni convenzionali tra forme di tutela. Tale tesi pone, dunque, il problema della ridefinizione degli strumenti o tecniche di tutela tra i diversi soggetti deputati ad assicurarla. Pone in particolare la questione dei confini tra rimedi e sanzioni, del cambiamento delle loro funzioni, nella prospettiva dell'effettività e del diritto a un rimedio (non solo giurisdizionale) effettivo.

I principi di effettività, proporzionalità e dissuasività dovrebbero caratterizzare non solo il disegno legislativo di attuazione della disciplina europea ma anche i canoni ermeneutici impiegati dai giudici nell'applicazione delle sanzioni e nella definizione dei rimedi. Vanno applicati allo stesso modo a sanzioni e rimedi? Cosa accade all'applicazione di tali principi quando sanzioni e rimedi concorrono? Di conseguenza: in quali aree i confini e le distinzioni tra rimedi e sanzioni tendono a scomparire, aumentando le sovrapposizioni, e in quali invece le differenze permangono?

Alla descrizione del fenomeno l'indagine associa un tentativo di risposta causale del cambiamento. Quali sono le cause di tali trasformazioni? L'evoluzione è in parte dovuta a fattori interni ma è in buona misura determinata dal diritto europeo, che opera sulla base di paradigmi funzionali non coincidenti con le tradizionali distinzioni impiegate negli ordinamenti degli Stati membri. La recente riforma europea del diritto dei consumatori (cd. *new deal*)², che ha, tra l'altro, modificato sia la direttiva sulle clausole vessatorie (1993/13) sia quella in materia di pratiche commerciali scorrette (2005/29), offre l'opportunità per valutare tali trasformazioni e proiettarne luci e ombre sul processo di attuazione in corso negli Stati membri.

¹ Per ragioni che risulteranno evidenti, il tema affrontato differisce da quello consolidato del rapporto tra *private* e *public enforcement*.

² Ci si riferisce alla direttiva UE 2019/2161 del Parlamento e del Consiglio europeo del 27 novembre 2019.

2. Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività

L'ampliamento della tutela dei diritti caratterizza l'evoluzione sia del diritto europeo sia di quelli nazionali³. Tale evoluzione è legata all'impiego del principio di effettività ed alle sue applicazioni ai diritti e al processo⁴.

L'incidenza del diritto europeo, specialmente della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti umani in materia di effettività, ha contribuito a rendere più omogeneo il rapporto tra diritti e rimedi nei sistemi di *common* e *civil law*⁵. Il nesso diritto soggettivo/azione è stato progressivamente sostituito da quello diritto/rimedio⁶. Ciò è stato possibile anche grazie a un'erosione del principio di autonomia procedurale che ha condotto a una parziale ridefinizione di competenze come originariamente definite tra Unione (diritti) e Stati membri (rimedi)⁷. La nuova legislazione europea contiene la definizione di sanzioni e rimedi pur affermando che rimangono impregiudicate le sanzioni e i rimedi previsti a livello nazionale. Tale cambiamento è intervenuto ascrivendo l'area dei rimedi al diritto

³ Cfr. i contributi in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 21 ss., che celebra i 30 anni dal convegno palermitano che aveva dato luogo nella pubblicazione del volume di S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989. Cfr. anche i contributi in H. W. Micklitz e A. Wechsler (a cura di), *The Transformation of Enforcement*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

⁴ Cass., sez. un. civ., n. 6313/2014: «Il rispetto di tale principio esige che la "tutela giurisdizionale" non si esaurisca nel diritto di accesso al giudice, a tutti garantito, ma comprenda qualsiasi attività processuale prevista dall'ordinamento, anche successiva alla proposizione della domanda, volta a rendere effettiva e concreta, appunto, la tutela giurisdizionale dei diritti e, più in generale, delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali, individuali o collettive, di vantaggio, ed esige perciò che tali situazioni giuridiche soggettive, fatte valere e definitivamente riconosciute in sede giurisdizionale, siano "realizzate" in favore del suo titolare, secondo adeguati strumenti predisposti dall'ordinamento, con l'ottenimento del "bene della vita" che ne costituisce l'oggetto, ovviamente fin dove giuridicamente possibile». Su questi temi si confrontino già A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1983 e L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in F. Vassalli (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1985, nonché più di recente G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, 2017, pp. 381 ss.; I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, 2017, p. 355.

⁵ Si usava sostenere, con una rappresentazione non sufficientemente meditata, che la distinzione tra le due famiglie di *common* e di *civil law* potesse rinvenirsi nella circostanza che negli ordinamenti di *civil law* i diritti precedono i rimedi mentre in quelli di *common law* i rimedi precedono i diritti. Se mai tale contrapposizione abbia avuto un fondamento, certamente il diritto europeo ha prodotto un processo di convergenza attribuendo sempre maggiore rilevanza all'aspetto rimediale, disancorandolo dalla sussistenza di un diritto. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto al rimedio non presuppone la sussistenza di un diritto ma, piuttosto, di un interesse meritevole di tutela. Su questi profili rimane una pietra miliare W. Van Gerven, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Comm. Mkt. L. Rev.*, 2000, pp. 500 ss.

⁶ Sul termine rimedio e sulla sua derivazione anglo-americana cfr. A. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, pp. 341 ss.; S. Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, pp. 585 ss.; G. Vettori, *Remedies in contract. The common rules for a European law*, Cedam, Padova, 2008, pp. 159-160; L. Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 583; A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 703; U. Mattei, *I rimedi*, in R. Sacco (dir.) *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 2001, pp. 107 ss.

⁷ Cfr. H.W. Micklitz e B. De Witte (a cura di), *The European Court of Justice and the autonomy of member states*, Intersentia, Cambridge, 2012; W. Van Gerven, *Of Rights, Remedies and Procedures*, cit.

sostanziale, nonostante anche le limitazioni di competenza dell'Unione europea in materia processuale⁸.

I rimedi hanno acquisito una centralità nel sistema multilivello delle tutele⁹. La nozione di rimedio adottata in sede europea consente di valorizzare anche tecniche di tutela non giurisdizionali come quella della tutela amministrativa¹⁰. Essa si applica sia alla tutela amministrativa che a quella giurisdizionale, a differenza dell'azione, legata al processo¹¹.

Mutamenti significativi sono intervenuti nelle due prime decadi di questo secolo, ridefinendo ambito e principi della tutela così come consolidatisi alla fine del secolo scorso, valorizzando il principio di effettività¹². Il principio di effettività in diritto europeo viene radicato nelle tradizioni costituzionali comuni e ancorato prima alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13) e poi all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali¹³.

Si tratta di un principio che opera in relazione all'attuazione dei diritti, alla conformazione dell'autonomia privata in sede contrattuale, alla riparazione dei pregiudizi in sede di

⁸ Sul termine rimedio e sulla sua derivazione anglo-americana cfr. A. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., pp. 341 ss.; S. Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, cit.; L. Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, cit., p. 583; U. Mattei, *I rimedi*, cit., pp. 107 ss.

⁹ Cfr. W. Van Gerven, *Of Rights, Remedies and Procedures*, cit., p. 500.

¹⁰ Solitamente la distinzione viene compiuta tra rimedi processuali e rimedi in autotutela, che non presuppongono l'uso del processo. A questa distinzione va aggiunta quella tra rimedi somministrati dal giudice e rimedi somministrati dalle autorità amministrative. Cfr. F. Cafaggi e H.W. Micklitz, *The way forward* in F. Cafaggi e H.W. Micklitz (a cura di), *The new frontiers of consumer protection*, Intersentia, Cambridge, 2009, pp. 383 ss.; H.W. Micklitz, *The Ecj between the individual citizen and the Member States. A plea for a judge-made European law on remedies*, in H.W. Micklitz e B. De Witte (a cura di), *The European Court of Justice*, cit., pp. 349 ss.; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003 (IV ed.), *passim*; G. Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, cit., pp. 381 ss.; L. Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 715 ss.; M. Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, pp. 1071 ss.; A. Carratta, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1 ss.

¹¹ Per "tutela amministrativa" si intende la tutela somministrata da autorità amministrative. Dunque, una definizione soggettiva.

¹² Il rapporto tra diritti e rimedi, l'evoluzione verso l'atipicità delle azioni aveva rimesso il gioco il paradigma di un sistema la cui architettura era fondata sulle situazioni giuridiche soggettive cui i rimedi e, sul piano processuale, le azioni seguivano. Il nesso tra effettività e atipicità delle forme di tutela e delle azioni aveva avviato un processo di cambiamento che ha trovato riconoscimenti in tutte le aree del diritto, dalla responsabilità civile al contratto, dall'arricchimento ingiustificato alla tutela della proprietà e del possesso.

¹³ Cfr., da ultima, Cgue, n. 495/19. Cfr. S. Prechal e R. Widdershoven, *Redefining the Relationship between "Reve-effectiveness" and Effective Judicial Protection*, in *Rev. Eur. Adm. L.*, 4(2), 2011, 51; P. Aalto - H. Hofmann - L. Holopainen - E. Paunio - P. Laurent - D. Sayers - D. Shelton - A. Ward, *Article 47 – Right to an Effective Remedy*, in S. Peers - T. Hervey - J. Kenner - A. Ward (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, 1197; M. Accetto e S. Zleptnig, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 11(3), 2005, 375; M. Safjan e D. Düsterhaus, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 33, n. 1, 2014, pp. 3–40; C. Mak, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H.W. Micklitz (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 236; H.W. Micklitz, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2015, p. 517; K. Lenaerts, *Making the EU Charter of Fundamental Rights a reality for all: 10th anniversary of the charter becoming legally binding*, 12 novembre 2019, consultabile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/charter_lenaerts12.11.19.pdf (ultimo accesso: 29 maggio 2020).

responsabilità civile¹⁴. Non mancano tuttavia le voci critiche rispetto al suo impiego sia in ambito europeo che nazionale¹⁵.

Quella stagione aveva visto il tentativo di riequilibrare il rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente, valorizzando sia l'adempimento in natura sia il risarcimento in forma specifica e promuovendo strumenti diretti ad assicurare la coercibilità degli obblighi di fare¹⁶. Complementare alla valorizzazione della tutela in forma specifica era la promozione della funzione deterrente e preventiva, con un ampliamento della tutela inibitoria, sul cui fondamento normativo e l'atipicità si continua a discutere¹⁷. Un ruolo sempre maggiore hanno acquisito le sanzioni civili cui senz'altro appartengono le pene private¹⁸. Si riconosce, dunque, cittadinanza a una funzione punitivo/afflittiva anche al diritto privato, in particolare alla responsabilità extracontrattuale¹⁹. Infine, è stato promosso il consolidamento delle misure di coercizione indiretta accanto a quelle di coercizione diretta anche per assicurare l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e di quelli delle autorità amministrative indipendenti, conseguendo una maggiore efficacia deterrente, specialmente nelle ipotesi di ripetizione dell'illecito²⁰. Questi cambiamenti segnano anche la fine degli steccati tra diritto processuale e diritto sostanziale, collocandosi il linguaggio e la funzione dei rimedi al crocevia delle due discipline²¹.

A queste trasformazioni si è affiancata, grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia applicativa dei principi di equivalenza ed effettività, una trasformazione della funzione del giudice, con l'ampliamento dei poteri officiosi sia in riferimento alla selezione del rimedio sia alla definizione del suo contenuto²². Emblematici i casi di riduzione del

¹⁴ Cfr. L. Nivarra, *Bilanci e sfide a trent'anni dal convegno palermitano*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., pp. 6 ss.

¹⁵ C. Castronovo, *Spigolature da processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo*, op. ult. cit., pp. 709 ss.

¹⁶ Cfr. A. Di Majo, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 361 ss., nonché *Id.*, *Forme e tecniche di tutela*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., pp. 11 ss., spec. pp. 30 ss. In relazione agli obblighi di fare, cfr. S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 119 ss. e 151 ss. S. Mazzamuto, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Id.*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., pp. 453 ss. Con riferimento alla responsabilità civile, cfr. E. Navarretta, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, pp. 6 ss. e E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 48 ss.

¹⁷ Cfr. I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit. pp. 355 ss.; M. Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, e L. Nivarra, *Bilanci e sfide a trent'anni dal convegno palermitano*, entrambi in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., rispettivamente pp. 3 ss. e pp. 21 ss.; A. Proto Pisani, *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro it.*, 2007, V, cc. 1 ss.; A. Carratta, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., pp. 689 ss.

¹⁸ Cfr. Cass. sez. un. civ., n. 16601/2016.

¹⁹ Cfr. E. Moscati, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982; S. Patti, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, 1995, e per una ricognizione più recente F. Episcopo, *Pene private* in E. Navarretta (a cura di), *Codice della responsabilità*, in corso di stampa.

²⁰ Cfr. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit. Si veda, per una applicazione, Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2019, e, in precedenza, Cons. Stato, ad. plen., n. 15/2014.

²¹ Per una efficace sintesi di tale percorso, si vedano i contributi apparsi nel volume di G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit.

²² Cfr. F. Cafaggi e P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, pp. 575 ss.; C. Pavillon, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2019, pp. 1297 ss.; G. Arnone, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro diritti Europa*, 2019, pp. 12 ss.

prezzo nell'ambito della vendita ai consumatori e di decadenza dagli interessi nel caso di mutuo ai consumatori²³. Ne esce rivisitato il principio dispositivo e il rapporto tra giudici e parti²⁴. Il cambiamento è avvenuto nel quadro di un dialogo tra le corti attraverso il rinvio pregiudiziale, l'interpretazione conforme e, finanche, la disapplicazione²⁵. Tale dialogo sta conoscendo profonde trasformazioni sia in relazione al ruolo delle corti costituzionali sia in relazione a quello dei giudici comuni²⁶. Ne risulta modificata la struttura dialogica in relazione al tema della doppia pregiudizialità²⁷. Particolare importanza ha rivestito, per identificare le modalità del dialogo tra corti e le traiettorie del cambiamento, la possibilità, riconosciuta dalla Corte di giustizia, che l'interpretazione conforme possa modificare anche orientamenti giurisprudenziali consolidati²⁸.

Infine, il processo evolutivo che si sta descrivendo ha visto un rafforzamento della tutela collettiva che, in coerenza con il principio di autonomia procedurale, ha operato sia in relazione alla tutela giurisdizionale sia a quella amministrativa²⁹.

Certamente l'ampliamento della tutela specifica ha contribuito ad accrescere l'effettività dei rimedi ma il persistente *deficit* rimane ancorato alla eseguibilità delle condanne aventi ad oggetto obblighi di fare piuttosto che a quella relativa alle obbligazioni pecuniarie³⁰. Questa è una delle ragioni dello sviluppo della tutela amministrativa dei consumatori, che dispone di strumenti più efficaci per assicurare l'esecuzione tempestiva non solo delle sanzioni ma anche dei rimedi non sanzionatori³¹. Una seconda ragione di debolezza concerne la tutela inibitoria. Pur riconoscendo l'indubbio ampliamento della tutela inibitoria avvenuto in sede giurisdizionale, l'uso della tutela amministrativa, associata al giudizio di ottemperanza, continua ad assicurare una efficacia maggiore delle misure preventive.

²³ Cfr. Cgue, *Hueros Duarte*, C-32/12; *Home Credit*, C-42/15.

²⁴ Da ultimo cfr. Cgue, *Kancelaria Medius*, C-495/19; *Mostaza y Claro*, C-168/05; *Pannon*, C-243/08; *Asturcom*, C-40/08.

²⁵ Sulla relazione tra disapplicazione e interpretazione conforme la posizione della Corte di giustizia è consolidata. Cfr. Cgue, 6 novembre 2018, cause C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal c. Bauer e Willmeroth c. Broßonn*.

²⁶ Cfr. F. Patroni Griffi, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo*, in *Federalismi*, 2019, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38587.

²⁷ Cfr. R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, disponibile su www.euopanpapers.er; F. Donati, *Il principio del primato e dell'effetto diretto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 2020, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=42212; D. Tega, *Il superamento del modello Granital, le questioni in materia di diritti fondamentali tra incidenti di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, in www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/tega_scrittiCostanzo.pdf, pp. 1 ss.; V. Piccone, *Diritti fondamentali e tutele nel difficile crossroad fra le corti*, in *Federalismi*, 2019, www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38640.

²⁸ Cfr. Cgue, sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, punti 72 e 73 e giurisprudenza ivi citata.

²⁹ Cfr. dir. 2009/22 e la proposta di modifica sulle azioni rappresentative. In ambito interno, la riforma delle azioni collettive con lo spostamento dal codice del consumo al codice di procedura civile.

³⁰ Cfr. A. Carratta, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, cit., pp. 689 ss. che richiama le riflessioni contenute nel citato volume *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* curato da S. Mazzamuto, (Jovene, Napoli, 1989).

³¹ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2019.

3. Il principio di effettività e la complementarità delle tutele

Il principio di effettività, positivizzato negli ordinamenti costituzionali e in quello europeo, ha mostrato una capacità pervasiva nell'informare l'attività dei giudici e il dialogo tra le corti³². Esso costituisce allo stesso tempo principio costituzionale (art. 24 Cost.) e principio di diritto europeo (art. 19.1 Trattato Ue e art. 47 Carta dei diritti fondamentali, artt. 6 e 13 Cedu)³³. Sul piano del diritto processuale ha trovato pieno riconoscimento nel codice del processo amministrativo mentre manca statuizione di analoga portata nel codice di procedura civile³⁴. Tale assenza non impedisce, tuttavia, alla giurisprudenza di impiegarlo abitualmente quale canone interpretativo e strumento per l'integrazione di lacune ordinamentali³⁵.

Analoga importanza ha il principio di equivalenza, riguardato sia nella convenzionale dimensione della necessità che la disciplina di derivazione europea non protegga in misura inferiore a quella di derivazione interna, sia in quella simmetrica per cui la disciplina di derivazione interna, nel caso di specie quella rimediabile, non penalizzi il soggetto leso rispetto ai rimedi di cui disporrebbe sulla base della disciplina interna di derivazione europea. Una sorta di principio di equivalenza rovesciato³⁶.

Il principio di effettività permea sia la definizione dell'assetto istituzionale delle tutele, in particolare il rapporto tra autorità amministrative e giudici, sia il contenuto degli strumenti, in particolare quello di sanzioni e rimedi ed il loro rapporto³⁷. Mentre la nostra giurisprudenza resiste ad assegnare al principio di effettività e all'articolo 47 Cdf una funzione regolatrice dei rapporti tra forme e tecniche di tutela, la Corte di giustizia ha colto e sviluppato tale connessione, definendo l'ambito di discrezionalità degli Stati membri nella scelta tra simultaneità e sequenzialità di tutela amministrativa e giurisdizionale³⁸. Pur non

³² Cfr. N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 131 ss.; E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., pp. 35 ss.; G. Vettori, *Effettività diritto civile*, cit., pp. 381 ss.; I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 355 ss.

³³ Sulle diverse versioni linguistiche dell'articolo 47, alcune centrate sul rimedio, altre sul ricorso, molto è stato scritto. Qui valga solo dire che l'interpretazione che l'ambito dell'articolo 47, interpretato congiuntamente con l'articolo 19, comma 1, del Trattato, è quello della tutela giurisdizionale. Cfr. Cgue, *Associazione dei giudici portoghesi*, C-64/16.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, III, n. 2428/2020, dove si definiscono i rapporti tra il diritto a un rimedio effettivo e l'autonomia processuale degli Stati membri.

³⁵ Alcuni esempi recenti, in diversi settori e con diversi esiti interpretativi, dell'importanza del principio di effettività nell'argomentare dei giudici sono: in materia di prescrizione per il risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza, Cass., I, n. 7677/2020; Cass., sez. un., n. 6312/2014 («il principio di effettività della tutela giurisdizionale comprende qualsiasi attività processuale prevista dall'ordinamento, volta a rendere concreta la realizzazione dei diritti azionati»); Cass., III, n. 21255/2013.

³⁶ Cfr. G. Armone, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti*, cit., p. 12: «l'ottica è quella di una sorta di principio di equivalenza rovesciato. Così come il diritto dell'Unione europea non tollera che le situazioni giuridiche soggettive che scaturiscono dal diritto Ue siano protette in misura inferiore rispetto a quelle, omologhe, del diritto nazionale, così il diritto nazionale, attraverso il principio di eguaglianza, non dovrebbe tollerare che i diritti di estrazione nazionale siano protetti meno di quelli, omologhi, che trovano la propria fonte nel diritto Ue».

³⁷ Sull'importanza dei profili istituzionali del principio di effettività, cfr. M. Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., pp. 21 ss., part. pp. 42 ss.

³⁸ Cfr. Cgue, *Puskar*, C-73/16, su cui F. Cafaggi, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Dialogues, Instruments and Effects*, in F. Cafaggi e S. Law (a cura di), *Judicial cooperation in European private law*, Elgar, Cheltenham (UK), 2017, p. 223, part. 252 ss., dove si propone, in attesa di un intervento del legislatore, di fare uso dei principi desumibili dall'articolo 47 per definire modalità di coordinamento tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale.

essendo direttamente applicabile alla tutela amministrativa, tale norma sicuramente regola il rapporto tra questa e la tutela giurisdizionale.

L'effettività opera, dunque, su diversi piani: quello del contenuto della tutela e quello del processo, e in particolare nella definizione dei limiti del principio dispositivo e dei poteri officiosi del giudice³⁹. Essa riguarda anche l'operato delle autorità amministrative, cui sono conferiti compiti di controllo sulle violazioni e sull'attuazione dei diritti⁴⁰. Qui il principio di effettività è connesso al diritto a una buona amministrazione e al principio costituzionale del buon andamento.

L'effettività non concerne solo la tutela giurisdizionale ma anche le altre forme di tutela tra cui quella amministrativa, sebbene con connotazioni diverse. Mentre nella tutela giurisdizionale il principio di effettività assicura alla parte lesa il diritto/potere di scelta del rimedio, nei limiti dei principi di proporzionalità e dissuasività, nella tutela amministrativa esso conforma l'azione dell'autorità che somministra il rimedio, ordinando la cessazione dell'illecito e l'eliminazione degli effetti lesivi da esso cagionati.

Una tutela effettiva dei diritti comprende, dunque, sia gli strumenti della tutela amministrativa sia quelli della tutela giurisdizionale⁴¹. Si rafforza, nel disegno europeo e nella recezione della disciplina nell'ordinamento nazionale, la complementarità tra sistemi di tutela del consumatore, a differenza di altri settori, come quello della tutela dei dati personali, dove sul piano interno è stato invece ribadito, anche dopo il regolamento n. 679/2016, il principio di alternatività⁴².

Un secondo profilo, relativo all'assetto istituzionale delle tutele, di cui non ci si occuperà in questa sede, riguarda l'applicazione del principio di effettività a strumenti di risoluzione delle controversie diversi dal processo, civile o amministrativo⁴³. L'affermazione dei sistemi ADR ha infatti posto il quesito circa l'applicabilità di tale principio ad arbitri e mediatori e al rapporto tra giurisdizione e altri sistemi di risoluzione delle dispute, privati e pubblici⁴⁴. Il tema richiederebbe una attenta meditazione ma è certo che le tecniche alternative di risoluzione delle controversie non possono tradursi in una riduzione della tutela,

³⁹ Cfr. Cgue, *Pannon*, C-243/08; *Camino*, C-618/10; *Aziz*, C-415/11; *Sanchez Morcillo*, C-539/14. Per un'analisi di tale evoluzione, cfr. F. Cafaggi, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Dialogues, Instruments and Effects*, in F. Cafaggi e S. Law (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., pp. 223 ss. Sui profili sostanziali, cfr. E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit.; G. Vettori, *Effettività delle tutele*, cit., p. 381; I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 355 ss.

⁴⁰ Per il momento esso trova fondamento nel principio di buona amministrazione, ma la Corte costituzionale ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'applicabilità degli artt. 47 e 48 CDFUE al procedimento amministrativo: «D'altra parte, la questione se gli artt. 47 e 48 CDFUE, alla luce della rammentata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU, impongano di riferire tale diritto anche a procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva", non risulta essere stata mai affrontata dalla Corte di giustizia UE» (Corte cost., n. 117/2019).

⁴¹ Mentre risulta pacifica la relazione tra effettività e tutela giurisdizionale, meno consolidata è l'applicazione del principio di effettività alla tutela somministrata dalle autorità amministrative.

⁴² Giova ricordare che sia la direttiva UE n. 46/95 che il regolamento GDPR n. 769/2016 permettevano la scelta, lasciando al legislatore nazionale l'opzione tra complementarità o alternatività della tutela amministrativa e di quella giurisdizionale. Il legislatore italiano ha scelto l'alternatività, che ha confermato dopo l'approvazione del regolamento (cfr. l'art. 152 d.lgs n. 196/2003).

⁴³ Cfr. Cgue, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, *Alassini*; Cgue, 14 giugno 2017, C-75/16, *Menini e Rampanelli*.

⁴⁴ *Ibid.*

contrapponendo effettività ed efficienza⁴⁵. Ne deriva che le garanzie di effettività debbano costituire principio generale a tutela del consumatore, indipendentemente dallo strumento di risoluzione delle controversie prescelto dalle parti o dal legislatore. Corollario di tale affermazione è che il rimedio processuale è solo una delle possibili reazioni alla lesione del diritto alle quali si aggiungono il rimedio conseguibile in sede amministrativa e quello conseguibile attraverso sistemi alternativi della risoluzione delle controversie⁴⁶. Tali risposte vanno guardate alla luce della complementarità istituzionale che necessita di specificazioni sia sul piano procedimentale sia su quello sostanziale.

Il denso e ricco dibattito relativo al rapporto tra effettività e rimedi ha tuttavia trascurato di considerare adeguatamente due profili: il rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale e quello tra le autorità deputate a somministrare tali tutele⁴⁷. In questo contributo, che prosegue un percorso intrapreso da più di una decade, si suggeriscono le ragioni per considerare questi due aspetti alla luce delle recenti riforme approvate in sede europea in materia di clausole vessatorie e di pratiche commerciali sleali⁴⁸.

4. Sanzioni e rimedi

La tutela amministrativa comprende sia le sanzioni, pecuniarie e non pecuniarie, sia i rimedi.

Le sanzioni si distinguono dai rimedi sia sul versante procedimentale sia su quello sostanziale. Coesistono sanzioni penali, sanzioni amministrative di natura penale, sanzioni amministrative prive della natura penale e sanzioni civili.

Le distinzioni seguono diverse prospettive: alcune concernenti l'oggetto, altre la funzione⁴⁹. Di particolare rilevanza per la definizione dei confini tra sanzioni è la distinzione tra sanzioni amministrative punitive e ripristinatorie⁵⁰.

Le sanzioni vengono distinte a seconda che abbiano o meno natura penale sulla base sia dei criteri definiti dalla Cedu sia di criteri definiti nell'ordinamento interno⁵¹. Ferma

⁴⁵ Su questo rapporto cfr. I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 355 ss.; F. Cafaggi, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, in *Theoretical inquiries in Law*, 2018, p. 235, <https://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/1546/1640>.

⁴⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a F. Cafaggi, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, op. ult. cit.

⁴⁶ Cfr. Cgue, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, *Alassini*; Cgue, C-75/16, *Menini e Rampanelli*.

⁴⁷ Cfr. F. Cafaggi, *The great transformation. Administrative and judicial protection: A Remedial perspective*, in *Loyola Cons. L. Rev.*, 2010, pp. 496 ss.

⁴⁸ Cfr. F. Cafaggi e H.W. Micklitz (a cura di), *The new frontiers of consumer protection*, Intersentia, Cambridge, 2009; F. Cafaggi, *The great transformation. Administrative and judicial protection: A Remedial perspective*, cit. Con alcune eccezioni, tra cui G. Gitti, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Annali*, vol. V, 2012, pp. 134 ss. Scrive l'A.: «Gli strumenti dell'autonomia privata, *rectius*, contrattuale, non sono soltanto idonei a modificare i comportamenti negoziali degli attori privati, rafforzando i precetti della regolazione del mercato, ma vengono addirittura utilizzati dal cosiddetto *enforcement* pubblico per dare effettività e contenuto ai propri provvedimenti sanzionatori o autorizzativi» (p. 143).

⁴⁹ In giurisprudenza, da ultimi, Cons. Stato, II, n. 3548/2020, Cons. Stato, VI, n. 7699/2019. Per una ricognizione, cfr. C.E. Paliero e A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, VI, n. 7699/2019.

⁵¹ Secondo la sentenza *Engel*, i criteri per la definizione della natura penale sono tre: i) la qualificazione giuridica dell'illecito; ii) la natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione, di carattere generale, della norma che lo prevede (deve essere rivolto alla generalità dei consociati) e dallo scopo perseguito che deve essere non risarcitorio, ma afflittivo; iii) il grado di severità della sanzione, che è determinato con riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata (Corte Edu, Grande Camera,

restando la compatibilità del doppio binario, che include sia la tutela penale sia quella amministrativa, alle sanzioni amministrative di natura penale vengono applicati principi diversi rispetto a quelli applicabili alle sanzioni amministrative prive del carattere penale⁵². A queste ultime si applicano comunque i principi di prevedibilità, necessità e proporzionalità⁵³. Le sanzioni amministrative di natura penale devono ottemperare ai principi di legalità, prevedibilità e accessibilità⁵⁴.

Sia il diritto convenzionale sia quello europeo riconoscono la compatibilità con il principio del *bis in idem* di sanzioni penali e amministrative con natura penale, purché vi sia complementarità funzionale e valutazione integrata della proporzionalità⁵⁵. La natura non afflittiva della sanzione amministrativa viene ritenuta dalla giurisprudenza indice

8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*). I tre criteri sono alternativi e non cumulativi. Cfr. Cons. Stato, VI, n. 2098/2019: «Sin dal 1976, la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della sanzione penale (i cosiddetti criteri Engel): - la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale; - la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; - la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze, perché la sanzione vada qualificata come "penale" (cfr. *ex plurimis* sentenze 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*; 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*, § 30; 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, § 27; 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, § 54; 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, § 50; 22 febbraio 1996, *Putz c. Austria*, § 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, § 54; 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, § 32)».

Sul rapporto tra i criteri convenzionali e criteri interni cfr. Cons. Stato, VI, n. 2098/2019: «La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell'ordinamento di appartenenza non riveste valore determinante, bastando che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità. La qualificazione formale interna, invece, assume valore vincolante, ai fini convenzionali, soltanto in senso "estensivo", per affermare cioè l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, anche nelle ipotesi in cui non siano integrati gli altri due requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo». Tali criteri vengono dalla giurisprudenza amministrativa e ordinaria applicati sia alle sanzioni pecuniarie sia alle sanzioni non pecuniarie.

⁵² Sulla compatibilità del sistema del doppio binario con la Costituzione e con il diritto convenzionale, cfr. C. Deodato, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi*, n. 23, 18 dicembre 2019, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³ Con specifico riferimento alla natura non penale delle misure di confisca e sequestro, cfr. Corte cost., n. 24/2019. Con riferimento al principio di colpevolezza, cfr. Cons. Stato, VI, n. 4169/2019.

⁵⁴ Cfr. Corte cost. n. 121/2018: «con riferimento a questo tipo di sanzioni amministrative, il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di "conoscere", in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata».

⁵⁵ Cfr. Corte cost., n. 222/2019: «Come già questa Corte ha avuto modo di rammentare (sentenza n. 43 del 2018), infatti, nella citata sentenza A e B contro Norvegia la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che debba essere esclusa la violazione del diritto sancito dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU allorché tra i due procedimenti – amministrativo e penale – che sanzionano il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto; legame che deve essere ravvisato, in particolare: quando le due sanzioni perseguano scopi diversi e complementari, connessi ad aspetti diversi della medesima condotta; quando la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile per l'interessato; quando esista una coordinazione, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti; e quando il risultato sanzionatorio complessivo, risultante dal cumulo della sanzione amministrativa e della pena, non risulti eccessivamente afflittivo per l'interessato, in rapporto alla gravità dell'illecito. A parere del supremo giudice dell'Unione, infatti, la violazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE non si verifica a) allorché le due sanzioni perseguano scopi differenti e complementari, sempre che b) il sistema normativo garantisca una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato, e c) assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione». Cfr. C. Deodato, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali*, cit.

dell'assenza del carattere penale e, dunque, della sua non assoggettabilità alle garanzie procedurali e sostanziali richieste dalla normativa convenzionale e da quella europea⁵⁶. La natura penale della sanzione amministrativa non oscura, tuttavia, le caratteristiche distintive di questa rispetto alla sanzione penale⁵⁷.

I rimedi possono avere ad oggetto misure inibitorie, ripristinatorie, restitutorie e caducatorie⁵⁸. Essi operano, di solito, congiuntamente dal momento che le violazioni richiedono il concorso di una pluralità di strumenti per garantire una tutela effettiva. Le trasformazioni riguardano, dunque, sia il contenuto dei singoli rimedi, in particolare quelli caducatori e restitutori, sia gli obiettivi derivanti dalla loro combinazione. Sotto questo profilo il diritto di derivazione europea ha apportato cambiamenti rilevanti rispetto al diritto interno.

Tali rimedi possono essere somministrati sia dall'autorità giurisdizionale sia, sebbene non in modo del tutto sovrapponibile, dalla autorità amministrativa⁵⁹. Ai rimedi, al pari delle sanzioni, si applicano i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività⁶⁰.

Le convenzionali distinzioni tra sanzioni e rimedi stanno progressivamente venendo meno. Il piano rimediale è caratterizzato da una significativa accentuazione della componente punitiva, un tempo riferita alle sole sanzioni. Per converso, il piano sanzionatorio si arricchisce di strumenti privi della caratteristica punitivo/afflittiva, diretti a valorizzare piuttosto la componente ripristinatoria. Giova in proposito riaffermare la necessità di integrare, non certo di contrapporre, il principio di legalità riferito alle sanzioni, talvolta erroneamente associato esclusivamente alla *lex*, con quello di effettività riferito ai rimedi, talvolta erroneamente fatto coincidere con il diritto giurisprudenziale⁶¹. Come si vedrà è proprio l'equilibrio tra legalità ed effettività a disegnare il perimetro e i contenuti della tutela dei diritti, assicurando, in un sistema di garanzie procedurali e processuali, la prevenzione e rimozione degli effetti degli illeciti. Siamo di fronte a due processi di

⁵⁶ Cfr., ad esempio, Cass., II, n. 3656/2016, che ha negato il carattere di afflittività alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 Tub per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni. La Corte ha ritenuto che tali sanzioni non siano equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 187-ter Tuf per manipolazione del mercato, escludendone la natura sostanzialmente penale. L'esclusione del carattere di afflittività delle suddette sanzioni ha determinato il superamento di ogni problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 Cedue. Per converso, quando vi sia la natura afflittiva si applicano i principi della determinatezza, prevedibilità e irretroattività delle sfavorevoli e retroattività delle favorevoli. Cfr. Cons. Stato, VI, n. 7699/2019.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., n. 223/2018.

⁵⁸ Per una prospettiva sistematica sulla tutela civile dei diritti focalizzata sui profili giurisdizionali, A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit.

⁵⁹ Vengono meno o si affievoliscono alcune delle caratteristiche indicate come distintive del rimedio. Mazzamuto ne individua quattro: 1) il rimedio è espressione in un potere di reazione del singolo o comunque presuppone l'impulso di parte; 2) il bisogno di tutela si raccorda a interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi; 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela; 4) i rimedi vengono perlopiù somministrati dal giudice. Così S. Mazzamuto, *La nozione di rimedio in diritto continentale*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract. The common rules for a European law*, Cedam, Padova, 2008, p. 152.

⁶⁰ Cfr. F. Cafaggi e P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law*, cit., pp. 575 ss. Si veda anche C. Pavillon, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., p. 1297: «civil law remedies required by consumer directives such as the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) constitute sanctions as well and that, if they do so, they ought to meet the same effectiveness, proportionality and dissuasiveness requirements so-called penalties have to comply with».

⁶¹ Sul rapporto tra legalità ed effettività cfr. M. Vogliotti, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013 e N. Lipari, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 81 ss. e 231 ss.

ibridazione: uno, sostanziale, tra sanzioni e rimedi; uno, istituzionale, tra autorità amministrative e giurisdizionali. L'interrogativo cui si cercherà di dare risposta è se tali processi conducano a un'assimilazione o a una ridefinizione funzionale di queste categorie, conservando le ragioni della distinzione.

5. Il *new deal* europeo dei consumatori: ripensare il rapporto tra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa

Con la direttiva europea “modernizzazione” n. 2161/2019 il disegno della complementarità tra sanzioni e rimedi a tutela dei consumatori è stato consolidato, modificando la direttiva 1993/13 in materia di clausole vessatorie e la direttiva 2005/29 in materia di pratiche commerciali sleali⁶². La formula, adottata nella direttiva n. 2161/2019, prevede che sia l'irrogazione delle sanzioni sia la somministrazione dei rimedi possano essere attribuiti dai legislatori nazionali alle autorità amministrative, a quelle giurisdizionali o ad entrambe⁶³. La scelta per gli Stati membri rimane discrezionale, in forza del principio di autonomia procedurale⁶⁴; l'esigenza di un coordinamento tra sanzioni e rimedi, da tempo sollecitata, viene solo configurata come una facoltà e non un obbligo, come invece richiederebbe l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali e, probabilmente, il principio di effettività di cui all'articolo 24 della Costituzione italiana⁶⁵.

Se l'effettività della tutela giurisdizionale si traduce nell'attribuzione al soggetto leso di un diritto di scelta tra rimedi, l'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività alle sanzioni e ai rimedi può orientare e, a tratti, limitare tale scelta⁶⁶. Al legislatore compete definire una gerarchia che può ridurre l'ambito della scelta, sequenziando il potere di selezione del consumatore tra i differenti rimedi⁶⁷. Il consumatore potrà scegliere i rimedi ritenuti più efficaci a contrastare la lesione: ad esempio, riparazione o sostituzione del bene, nullità della singola clausola o dell'intero contratto generato dalla pratica o risarcimento del danno, ma tale scelta dovrà compiersi nel rispetto dei principi suddetti. Simmetricamente nel caso della tutela amministrativa, dove, tuttavia, il perimetro della controversia e la selezione del rimedio sono definiti dall'autorità amministrativa e i principi operano come vincoli e finalità nell'esercizio del potere sanzionatorio, inibitorio e restitutorio⁶⁸.

⁶² Cfr. *considerando* nn. 4 e 5 della dir. n. 2161/2019.

⁶³ Si tratta di una formula prevista per le sanzioni in materia di clausole vessatorie, dove si prevede esplicitamente che le sanzioni (pecuniarie) possano essere irrogate da autorità amministrativa, giudiziaria o entrambe: v. art. 13, comma 4.

⁶⁴ Cfr. *considerando* n. 14 della dir. n. 2161/2019.

⁶⁵ Cfr. Cgue, *Puskar*, C-73/16, 27 settembre 2017, su cui F. Cafaggi, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law*, cit., pp. 223 ss., part. pp. 252 ss., dove si propone, in attesa di un intervento del legislatore, di fare uso dei principi desumibili dall'articolo 47 per definire modalità di coordinamento tra tutela amministrativa e giurisdizionale.

⁶⁶ L'applicazione di tali principi può comportare difficili bilanciamenti tra gli interessi del danneggiato e quelli del danneggiante, come spesso accade tra proporzionalità e dissuasività. Cfr. F. Cafaggi e P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law*, cit., pp. 575 ss.

⁶⁷ Ad esempio, in materia di vendita di beni di consumo, art. 3 dir. 99/44/UE, ora abrogata e sostituita dalla dir. 2019/771/UE (cfr. art. 13 in tema di rimedi del compratore).

⁶⁸ Diversamente in sede di controllo giurisdizionale nel processo amministrativo avente ad oggetto il sindacato sui provvedimenti sanzionatori e non delle autorità dove vige il principio dispositivo, ed è la parte sanzionata o quella lesa che definisce il perimetro della controversia.

In questo caso il rispetto dei principi vincola l'esercizio del potere amministrativo nell'irrogazione di sanzioni e somministrazione di rimedi. Ovviamente tali scelte sono poi sindacabili in sede giurisdizionale, sia ordinaria che amministrativa, a seconda dell'autorità competente.

Di tali principi, che hanno trovato riconoscimento legislativo e giurisprudenziale con il diritto europeo, v'è traccia anche nel diritto di derivazione interna, sebbene essi emergano con formule lessicali disomogenee come quella dell'impossibilità e della non eccessiva onerosità⁶⁹. La non eccessiva onerosità, insieme all'impossibilità, costituisce parametro rilevante nella scelta tra tutela specifica e per equivalente⁷⁰. Ne fa uso la giurisprudenza, anche in aree non di diretta derivazione comunitaria come quella del risarcimento del danno in forma specifica e delle obbligazioni restitutorie correlate al pagamento dell'indebitato e all'arricchimento ingiustificato⁷¹. Ciò che il diritto europeo ha modificato è la relazione tra questi profili, impossibilità ed eccessiva onerosità, e i principi di proporzionalità e deterrenza con particolare riferimento alle nullità, al recesso e alla risoluzione.

Il principio di proporzionalità aveva, peraltro, trovato accoglimento nel diritto interno non solo in relazione all'impossibilità e all'eccessiva onerosità⁷². Certamente il richiamo a tali principi vale per le sanzioni civili irrogate dal giudice che debbono sottostare ai principi di tipicità, prevedibilità e proporzionalità in forza del richiamo all'art. 23 Cost. e, nelle ipotesi in cui ricorra la natura penale, anche dell'art. 25 Cost.⁷³.

⁶⁹ Riferimenti sono invece contenuti nel codice del consumo, dove all'art. 130, comma 4, relativo all'alternativa tra riparazione e sostituzione, si fa riferimento a tre parametri: valore del bene, entità del difetto di conformità e costo del rimedio alternativo tra riparazione e sostituzione. La disciplina è stata integrata dalla dir. 2019/771 con riferimenti puntuali al principio di proporzionalità in relazione alla riduzione del prezzo (art. 15) e riferimenti impliciti con riferimento alla risoluzione e alla necessità che la non conformità sia rilevante (art. 13, comma 5).

⁷⁰ Si tratta di una formula che troviamo ripetutamente nel codice civile. In particolare in relazione al risarcimento in forma specifica disciplinato dall'articolo 2058 cc, su cui C. Salvi, *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989; E. Navarretta, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, cit., pp. 6 ss., nonché E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., pp. 48 ss.

⁷¹ Cfr. art. 2058 cc in materia di risarcimento; art. 2037 cc in materia di ripetizione dell'indebitato.

⁷² Degno di nota il richiamo alla proporzionalità recentemente svolto dalla Corte di cassazione in tema di nullità relativa (Cass., sez. un. civ., n. 898/2018), di *compensatio lucri cum damno* (Cass., sez. un. civ., n. 12567/2018), di clausola penale manifestamente eccessiva (Cass., sez. un. civ., n. 18128/2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985). Cfr. anche Cass., IV, n. 10435/2018, dove, pur senza citare il principio di proporzionalità, si afferma il potere del giudice di concedere alternativamente la tutela reintegratoria o indennitaria in caso di licenziamento illegittimo, secondo il criterio dell'eccessiva onerosità, richiamando sia l'art. 1284 cc che l'art. 2058 cc. Per una ricognizione in tema di proporzionalità, cfr. P. Iamiceli, *Principio di proporzionalità e tutele contrattuali contro l'inadempimento*, cit.

⁷³ Cfr. Cass., sez. un. civ., n. 16601/2017, dove si afferma: «il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice *a quo* abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano. Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità). Resta poi nella singolarità di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il loro ancoraggio a profili sanzionatori o più strettamente compensatori, che risponderà verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito. Presidio basilare per la analisi di compatibilità si desume in ogni caso dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene". La sua applicazione comporta, è stato notato anche in dottrina, che il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento

Siamo così di fronte a un possibile cambio di paradigma relativo alle partizioni funzionali tra sanzioni e rimedi. La disciplina include infatti la possibilità di rimedi “civilistici” applicati dalle autorità amministrative e di sanzioni civili applicate dal giudice civile⁷⁴.

Si erode ulteriormente la distinzione tradizionale che identifica nella condotta del danneggiante il punto di riferimento per la quantificazione della sanzione e nella situazione del danneggiato, antecedente e successiva alla commissione dell’illecito, quello per la definizione dei rimedi civilistici. Ovvero, detto altrimenti, che la finalità principale della sanzione è punire la condotta del danneggiante, mentre il rimedio civilistico tutela l’interesse del danneggiato, sia in funzione preventiva sia in funzione riparatoria, una volta che il pregiudizio si sia verificato.

Un secondo profilo distintivo, eroso dai recenti sviluppi, riguarda i “destinatari” della tutela. Convenzionalmente “beneficiario” delle sanzioni è il pubblico, mentre beneficiari dei rimedi sono soggetti privati⁷⁵. L’evoluzione è particolarmente significativa sul piano della dissuasività, che informa sempre più spesso le decisioni dei giudici in materia di rimedi risarcitori, caducatori, restitutori e risolutori⁷⁶. Corre l’obbligo di puntualizzare che la categoria della dissuasività, richiamata dalla legislazione europea, comprende sia la funzione punitiva sia la funzione deterrente/preventiva, la non vincolatività della singola clausola vessatoria e l’illeceità della singola pratica commerciale. Ovviamente, il confine diviene ancor meno labile quando entra in gioco la tutela collettiva e il rimedio non riguarda più la singola clausola o pratica. Qui i destinatari del rimedio sono identificati o identificabili solo *ex post*.

Sul piano sanzionatorio, la dissuasività viene correlata all’adeguatezza della sanzione, incidendo sul *quantum* sulla base della gravità dell’illecito, della sua durata e dell’entità delle conseguenze⁷⁷.

Ciò che emerge con maggior forza è che, anche in relazione al rimedio, la correlazione con la gravità dell’illecito e, dunque, con i criteri di imputazione della responsabilità diviene, con la riforma europea, parametro relativo sia alla scelta del rimedio sia alla definizione del suo contenuto⁷⁸. Dunque, la somma corrispondente al rimedio viene percepita dal danneggiato,

riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest’ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione. La proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile».

⁷⁴ Ai primi appartengono provvedimenti inibitori e restitutori, alle seconde ammende civili e misure di coercizione indiretta come le *astreintes*.

⁷⁵ In realtà ciò non è sempre vero, dal momento che sanzioni restitutorie hanno spesso ad oggetto la restituzione di somme di denaro ai consumatori. In questo caso, piuttosto che di sanzioni, dovrebbe parlarsi di rimedi, volendo conservare intatta la distinzione.

⁷⁶ Cfr. Cass., III, n. 16133/2014, in tema di rapporti tra tutela preventiva (eminentemente inibitoria) e risarcitoria; Cass., sez. un. civ., n. 89/2018, in materia di nullità relativa; Cass, III, n. 8770/2019, a proposito di rapporti tra tutela preventiva e riparatoria per la lesione dei diritti fondamentali dei detenuti.

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, VI, n. 987/2020, sul ruolo del principio d’adeguatezza nel calcolo del *quantum* della sanzione.

⁷⁸ È qui opportuno ricordare che, nonostante le declamazioni di irrilevanza della gravità dell’illecito ai fini della definizione del rimedio risarcitorio tendenti a preservare la funzione compensativa del risarcimento, la gravità dell’illecito assume rilevanza nel risarcimento del danno non patrimoniale, dove la commisurazione dell’entità viene correlata alla natura dolosa o colposa della condotta e ridotta nelle ipotesi di responsabilità oggettiva. Sul punto, da ultima, E. Navarretta, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, cit., pp. 6 ss.; ma già in relazione al dolo, cfr. la monografia pionieristica di P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 1976, nonché, volendo, anche in relazione al concorso di colpa del danneggiato, il mio *Profili di relazionalità della colpa*, Cedam, Padova, 1996.

ma la sua quantificazione non ha solo l'obiettivo di traslare il peso del danno bensì anche quello di indurre il danneggiante ad astenersi dal porre in essere condotte lesive in futuro.

I principi di effettività, proporzionalità e dissuasività vanno applicati non solo alle sanzioni ma anche ai rimedi⁷⁹. Esiste pertanto un duplice rischio derivante dal processo di ibridazione: sovrapposizione tra strumenti (sanzioni e rimedi) e sovrapposizione tra istituzioni (autorità amministrativa e giurisdizionale). Rispetto al primo profilo, i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività possono consentire un coordinamento nell'applicazione degli strumenti. Rispetto al secondo, occorrono regole procedurali di coordinamento dirette ad assicurare coerenza nella definizione degli strumenti di una tutela effettiva.

5.1. Ibridazione e differenziazione tra sanzioni e rimedi nel diritto dei consumatori

Esaminiamo più specificamente dove emergono rischi di sovrapposizione funzionale tra sanzioni e rimedi. Ad esempio, il rapporto tra sanzioni amministrative pecuniarie e pene private, quando entrambe vengono applicate, andrebbe ridefinito in relazione ai principi di proporzionalità e dissuasività⁸⁰. La valutazione integrata di proporzionalità richiesta dalla Cedu e applicata dalle nostre corti andrebbe dunque estesa anche al rapporto tra sanzioni amministrative e sanzioni civili, e tra sanzioni amministrative e rimedi caratterizzati da complementarità funzionale.

Sul piano della tutela inibitoria è chiaro che, già nell'attuale ordinamento interno, la cessazione delle pratiche commerciali sleali e ingannevoli può essere ordinata sia da autorità amministrative sia da autorità giurisdizionali. La finalità preventiva (non punitiva!) di tale tutela suggerisce di configurare tali strumenti quali rimedi piuttosto che sanzioni, dirette generalmente a reprimere condotte illecite compiutamente poste in essere. Questa conclusione è coerente con l'emersione di una distinzione tra diritto amministrativo preventivo e diritto amministrativo punitivo che si sta consolidando nella giurisprudenza amministrativa nel tentativo di identificare una funzione preventiva, priva dei caratteri di afflittività⁸¹.

Le misure restitutorie hanno ad oggetto l'eliminazione degli effetti lesivi derivanti dalle pratiche commerciali scorrette e dalle clausole vessatorie⁸². A differenza di quelle inibitorie, dirette a incidere sulle condotte, le misure restitutorie operano sugli effetti delle stesse. Le misure restitutorie, tradizionalmente associate alla funzione ripristinatoria, si connotano di funzioni ulteriori, tra cui quella della correzione di squilibri contrattuali relativi sia all'atto che al rapporto⁸³.

Sul piano della tutela restitutoria, le autorità amministrative indipendenti usano i propri poteri per ordinare la restituzione dei profitti illegittimamente percepiti o della remunerazione per servizi non prestati o prestati ma non richiesti dal consumatore⁸⁴.

⁷⁹ Cfr. F. Cafaggi e P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law*, cit., pp. 575 ss.

⁸⁰ Emblematico il caso dell'illecito ambientale, su cui *ex multis* cfr. Tar Abruzzo, I, n. 312/2019. Per alcuni esempi ulteriori, si veda F. Episcopo, *Pene private*, cit.

⁸¹ Cfr. Corte cost., n. 57/2020; Cons. Stato, III, nn. 758/2019 e 1605/2019 per la distinzione tra diritto punitivo e diritto preventivo e le implicazioni sull'ambito e l'intensità del sindacato giurisdizionale. Cfr., su questi profili, M. Nocelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 12, p. 2524.

⁸² Cfr. dir. 2006/29 e art. 27, comma 2, cod. consumo.

⁸³ Questo profilo è particolarmente rilevante nelle pratiche commerciali sleali.

⁸⁴ Emblematico il caso della tariffazione a 28 giorni, dove Agcom ha definito diverse modalità restitutorie passando dallo storno alla erogazione gratuita di prestazioni. La restituzione, in questo caso, non è avvenuta

Analoghe misure possono essere ordinate dai giudici civili quando, a seguito della pratica commerciale sleale, i consumatori e i risparmiatori chiedono la restituzione di ciò che è stato illegittimamente sottratto o il risarcimento del danno per violazione dei doveri di informazione e trasparenza⁸⁵. Tali misure non hanno carattere sanzionatorio e, dunque, ad esse non si applica il regime previsto per le sanzioni pecuniarie⁸⁶. Premesso che non può definirsi “sanzionatoria” la misura restitutoria a seconda che venga o meno somministrata da un’ autorità amministrativa o da una giurisdizionale, occorre definire i confini, non sempre chiari nella giurisprudenza, tra sanzioni ripristinatorie e misure restitutorie a carattere non sanzionatorio.

È interessante notare come, nella più recente giurisprudenza amministrativa, sia stato affrontato il tema dell’ambito del potere sanzionatorio dell’ autorità amministrativa e quello della natura sanzionatoria delle misure restitutorie, differenziandole da quelle punitive anche quando abbiano ad oggetto somme di denaro⁸⁷. In ambito sanzionatorio, problemi di distinzione si sono posti ad esempio tra confisca e restituzione dei profitti, attribuendo ai primi funzione punitiva e ai secondi funzione ripristinatoria⁸⁸.

6. Le persistenti distinzioni tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale

I rischi di sovrapposizione esaminati pongono, dunque, dinanzi a un processo irreversibile di isomorfismo delle tutele? La risposta è negativa. Il percorso di ibridazione appena descritto non conduce a una sovrapposizione tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale. La scelta tra forme di tutela amministrativa e giurisdizionale non è indifferente, dal momento che, sia sul piano del procedimento sia su quello degli effetti del provvedimento finale, profonde rimangono le differenze. Esse riguardano il potere di

trasferendo somme di denaro, ma deducendo dalle somme dovute dagli utenti la parte equivalente di ciò che era stato illegittimamente percepito. Cfr. Cons Stato, VI, nn. 879/2020 e 1368/2020. Rispetto a tale vicenda, si deve segnalare che l’Agcm ha anche ritenuto esistente una intesa restrittiva della concorrenza fra diverse compagnie telefoniche, imponendo loro di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell’infrazione. Si veda: Agcm, 28 gennaio 2020, provv. n. 28102.

⁸⁵ Cass., sez. un. civ., n. 794/2009, in un caso di messaggio pubblicitario considerato ingannevole; Trib. Roma, 30 aprile 2008, in *Foro it.* 2008, I, c. 2679, nell’ambito di un’azione inibitoria collettiva dell’adozione di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. Fra la giurisprudenza rilevante si deve citare anche Cass., sez. un. civ., n. 26724/2007, in cui la Corte ha affermato la possibilità che la violazione di una regola di comportamento relativa alla buona fede possa portare all’annullamento del contratto, ricorrendone le condizioni. Occorre rammentare anche che le sezioni unite, nella medesima sentenza, hanno escluso che da una regola di condotta quale quella che attiene al divieto di pratiche commerciali scorrette possa derivare la nullità del contratto, ribadendo la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. In ambito europeo, si vedano: Cgue, 15 marzo 2012, C-453/10, *Pereničová*; Cgue, 19 settembre 2018, C-109/17, *Bankia SA*.

⁸⁶ La giurisprudenza amministrativa attribuisce ad esse invece la qualificazione di sanzione ripristinatoria distinguendola da quella pecuniaria. Mentre inizialmente si indicava nell’ambito della stessa sanzione la presenza di due componenti, una afflittiva e una ripristinatoria, ora almeno in relazione alle sanzioni Arera si configurano due sanzioni diverse, una pecuniaria di tipo afflittivo e una ripristinatoria di carattere non afflittivo, cui non sono applicabili le conseguenze derivanti dalla giurisprudenza *Engel*. Cfr. su questi profili A. De Vita, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell’ autorità di regolazione per Energia, reti e ambiente*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁷ Cfr. Tar Lazio, n. 11304/2018, e, in appello, Cons. Stato, VI, n. 879/2020, dove, descrivendo i motivi di impugnazione della ricorrente, si richiama il motivo di gravame relativo all’ assenza di potere invece appartenente all’ autorità giurisdizionale.

⁸⁸ Cfr. Corte cost., n. 112/2019, in tema di confisca del profitto.

iniziativa, la natura e gli effetti della decisione finale, il principio di legalità e i corollari in tema di tipicità/atipicità, il ruolo dei diritti fondamentali.

Nella tutela amministrativa è l'autorità amministrativa procedente che definisce il perimetro della controversia contro l'impresa mentre il consumatore non svolge un ruolo attivo. All'autorità amministrativa competono poteri investigativi e poteri esecutivi che non spettano alla parte o al giudice nell'ambito della tutela giurisdizionale⁸⁹.

Nella tutela giurisdizionale civile, dove vige il principio dispositivo, è il consumatore attore che definisce il perimetro della controversia salvo nei giudizi di opposizione alla sanzione amministrativa, dove sono invece gli incolpati ad agire contro le autorità amministrative⁹⁰. Nella tutela giurisdizionale amministrativa parti sono invece le imprese e/o i consumatori e le autorità amministrative⁹¹. Quali siano, ad esempio, i profili relativi alla gravità dell'illecito da considerarsi ai fini dell'*an* e del *quantum* sono certo determinati dalla legge, ma poi i contenuti sono affidati, in un caso, alla iniziativa di ufficio delle autorità amministrative e, nell'altro, a quella di parte, in forza del principio dispositivo.

Le differenze tra tutela amministrativa e giurisdizionale permangono, seppure attenuate, anche sotto il profilo dell'incidenza dei diritti fondamentali. La garanzia dei diritti fondamentali differisce, essendo l'articolo 47 Cdf applicabile solo a procedimenti dinanzi a tribunali e non a quelli davanti a organi amministrativi, per quanto dotati di potere sanzionatorio e/o di somministrazione di rimedi⁹². Le garanzie procedurali e sostanziali dinanzi alle autorità amministrative sono quelle assicurate dal diritto a una buona amministrazione⁹³. Esse richiedono principi specifici e un contraddittorio rafforzato quando hanno natura penale ai sensi dei criteri *Engel*, definiti dalla Cedu⁹⁴. Un esame comparativo delle garanzie procedurali, assicurate dal diritto a una buona amministrazione, e di quelle processuali, assicurate dal diritto a un rimedio effettivo e ad un giusto processo, consentirebbe di comprendere come, pur essendovi una progressiva, incrementale

⁸⁹ Cfr. art. 27, comma 2, cod. consumo.

⁹⁰ Il principio dispositivo incontra, nei giudizi di opposizione, limiti determinati dall'applicazione del principio di legalità dell'azione amministrativa la cui tutela non può essere lasciata alla sola iniziativa di parte. Cfr. Cass., III, n. 4692/2020.

⁹¹ Come ricordato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, il principio dispositivo è soggetto ad alcuni adattamenti quando il giudice ordinario conosce e giudica delle sanzioni amministrative irrogate da autorità amministrative indipendenti e, in generale, nell'ambito del procedimento di opposizione a ordinanza-ingiunzione: cfr., da ultimo, Cass., n. 4962/2020.

⁹² Ma v. Cons. Stato, VI, n. 4990/2019.

⁹³ Spesso viene citato l'articolo 41 della Carta dei diritti, che tuttavia riguarda solo le istituzioni europee. Dunque, non al diritto di cui all'art. 41, ma al principio della buona amministrazione occorre fare riferimento in relazione alla disciplina europea applicabile alle istituzioni nazionali. Sui contenuti del diritto alla buona amministrazione cfr. D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, pp. 165 ss.

⁹⁴ La sentenza capostipite è la citata Corte Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricc. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, 23 novembre 1976; i criteri *Engel* sono stati poi affinati nella giurisprudenza successiva, tra cui v. Corte Edu, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*. L'esigenza indicata nel testo ha alcune importanti implicazioni sul piano della violazione e del rapporto tra procedimento e processo. Mentre nel caso di sanzioni amministrative di natura penale non vi è la possibilità di sanare la violazione in sede giurisdizionale e dunque non vi può che essere annullamento della sanzione, diversamente per le sanzioni amministrative non aventi natura penale, in cui l'intervento sanante in sede giurisdizionale è permesso. Cfr. A. De Vita, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'autorità di regolazione per Energia, reti e ambiente*, in www.giustizia-amministrativa.it; M. Allena, *L'art 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2018, pp. 25 ss.

convergenza, le ragioni della distinzione tra forme di tutela rimangono⁹⁵. Questo è vero anche nelle ipotesi di sanzioni amministrative di natura penale, a cui si applica la citata giurisprudenza *Engel*. Solo quando la sanzione diventa oggetto del sindacato giurisdizionale, l'articolo 47 Cdf, entro limiti ben precisi, diviene applicabile. Diversamente per l'articolo 49 Cdf, che può applicarsi anche all'irrogazione di sanzioni amministrative di carattere penale.

Le differenze riguardano anche i principi generali e la loro applicazione a sanzioni e rimedi. Occorre ricordare che il principio di legalità incide profondamente sulla tipicità delle sanzioni e sull'atipicità dei rimedi⁹⁶. Tradizionalmente si ritiene che le sanzioni siano tipiche e caratterizzate dai principi di determinatezza, tassatività e irretroattività⁹⁷. La tipicità presenta, tuttavia, caratteristiche diverse a seconda che le sanzioni amministrative abbiano o meno natura penale⁹⁸. Pertanto, né le autorità né i giudici possono introdurre sanzioni atipiche in osservanza del principio di legalità⁹⁹.

Per converso, i rimedi sono caratterizzati dall'atipicità¹⁰⁰. Questo è abitualmente asserito sul piano della tutela giurisdizionale sia dei giudici ordinari sia di quelli amministrativi¹⁰¹. Meno scontata è l'atipicità del rimedio quando sono le amministrazioni a definirne i contenuti sulla base di formule legislative generali come quella relativa al potere indennitario delle autorità amministrative di regolazione. Il principio di legalità dell'azione amministrativa limita anche il potere rimediale.

Le implicazioni della distinzione sono di non poco momento sul piano della tutela. Mentre i rimedi possono essere impiegati nel caso di violazione di principi, le sanzioni presuppongono sempre una disposizione puntuale, in conformità con il principio di legalità. Ne deriva che sarebbero illegittime sanzioni che conseguono alla violazione di principi mentre legittimi sono i rimedi.

Il quadro brevemente delineato suggerisce la permanenza delle distinzioni tra tutela amministrativa e giurisdizionale e, dunque, la persistenza delle ragioni della complementarità tra forme di tutela.

7. L' impatto della riforma europea sul rapporto tra tutela amministrativa e giurisdizionale: rimedi e sanzioni nel diritto dei consumatori

Con la recente riforma europea intervenuta con la direttiva n. 2161/2019, che ha modificato le direttive 1993/13 in materia di clausole vessatorie e 2005/29 in materia di pratiche commerciali sleali, la complementarità tra sanzioni e rimedi si è consolidata. In

⁹⁵ Cfr. Progetto "RE-JUS", *Casebook*, disp. su www.rejus.eu/content/materials (ultimo accesso: 30 maggio 2020).

⁹⁶ Cfr. Corte cost., n. 117/2019.

⁹⁷ Cfr. Cass., n. 4962/2020 per tutte e, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., n. 121/2018, con ampi richiami ai propri precedenti. Cfr. C.E. Paliero e A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit.

⁹⁸ Sul punto si vedano le già richiamate Corte cost., nn. 78/1967, 196/2010, 276/2016 e 104/2014.

⁹⁹ Tale principio ha caratteristiche diverse a seconda che si tratti di sanzioni amministrative per le quali si applica l'art. 23 Cost. e sanzioni amministrative di carattere penale, ove invece si applica l'art. 25 Cost.: cfr. Corte cost., n. 63/2019.

¹⁰⁰ Su questi profili A. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 703; G. Vettori, *Effettività delle tutele*, cit., pp. 381 ss.; I. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 355 ss.

¹⁰¹ Sul principio di atipicità dell'azione, sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella amministrativa, cfr. Cass., III, n. 21255/2013; Cass, sez. un. civ., n. 23304/2016; Cons. Stato, V, nn. 1414/2004 e 3149/2014.

entrambe le aree viene definita una disciplina europea delle sanzioni e una dei rimedi¹⁰². Secondo il principio di autonomia procedurale, spetta agli Stati membri deciderne le modalità di applicazione, in particolare determinare la combinazione tra tutela amministrativa e giurisdizionale¹⁰³. Sarebbe auspicabile che una riflessione strategica accompagnasse il recepimento della direttiva in Italia al fine di integrare efficacemente tutela amministrativa e giurisdizionale.

Viene, grazie al nuovo intervento, definito un apparato sanzionatorio omogeneo, sia per le clausole vessatorie sia per le pratiche commerciali sleali¹⁰⁴. A questo si aggiunge una disciplina europea dei rimedi contro le pratiche commerciali sleali, rivedendo l'equilibrio disegnato dall'originario testo dalla direttiva 2005/29 tra sanzioni, disciplinate a livello europeo, e rimedi, regolati dai sistemi nazionali¹⁰⁵. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive¹⁰⁶. I rimedi non sanzionatori sono soggetti ai medesimi principi anche se, come si dirà, la dissuasività non viene esplicitamente richiamata.

7.1. Le clausole vessatorie

L'inserimento dell'articolo 8-ter nella direttiva 1993/13 in materia di clausole vessatorie, segna un crocevia fondamentale nell'integrazione della disciplina sanzionatoria con quella rimediabile, contenuta negli artt. 6 e 7 della medesima direttiva. Ai rimedi della inefficacia/invalidità delle clausole cui si associano le restituzioni, e dell'inibitoria, viene aggiunto un apparato sanzionatorio che prevede la comminazione di sanzioni pecuniarie per le clausole vessatorie; la quantificazione va determinata sulla base dei tre principi (effettività, proporzionalità e dissuasività) e di criteri puntuali elencati dalla norma tra cui rientrano natura, gravità, entità e durata della violazione, la reiterazione della stessa e il comportamento collaborativo di chi ha commesso la violazione¹⁰⁷. Sotto questo profilo va salutata positivamente la determinazione di criteri legislativamente definiti che riducono la indeterminazione dei principi, orientando il giudice nazionale nella loro applicazione alle sanzioni e ai rimedi. L'introduzione delle sanzioni amministrative pecuniarie in materia di clausole vessatorie indica chiaramente la necessità di colmare un *deficit* di tutela soprattutto in relazione alle finalità preventivo/punitivo¹⁰⁸.

Sul piano rimediabile alcuni profili, come quelli concernenti la disciplina delle invalidità e il rapporto tra nullità parziale e totale, rimangono in buona misura affidati agli ordinamenti

¹⁰² Cfr. dir. n. 2161/2019 su cui C. Scott, *Consumer Law, Enforcement and the New Deal for Consumer*, in *ERPL*, 2019, pp. 1279 ss.

¹⁰³ Sull'autonomia procedurale si vedano i contributi in H.W. Micklitz e B. De Witte (a cura di), *The European Court of Justice and the autonomy of member states*, cit., tra cui, in particolare, P. Craig, *Competence and member state autonomy: Causality, competence and legitimacy*, pp. 11 ss., A. Adinolfi, *the "Procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from ECJ's case law Is judicial activism still necessary?*, pp. 281 ss., e N. Reich, *How proportionate is the proportionality principle? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ*, pp. 83 ss.

¹⁰⁴ Cfr. il *considerando* n. 7 della dir. n. 2161/2019.

¹⁰⁵ La riforma riduce sensibilmente la discrezionalità degli Stati membri nella definizione dei rimedi contro l'adozione di pratiche commerciali sleali, muovendo verso un'armonizzazione che, seppure incompleta, identifica le principali categorie lasciando comunque impregiudicati i rimedi nazionali.

¹⁰⁶ V. art. 8 b, dir. 1993/13; art. 13, dir. 2005/29, come modificati entrambi dalla dir. 2019/2161. Cfr., sul tema della dissuasività, C. Pavillon, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., pp. 1297 ss.

¹⁰⁷ Cfr. art. 8 b dir. 1993/13, come modificato dalla dir. 2019/2161.

¹⁰⁸ Cfr. la comunicazione della Commissione 2019/C 323/04: «Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori».

interni, ma pervasivo è il controllo di conformità esercitato dalla Corte di giustizia in forza del dialogo verticale con le corti nazionali¹⁰⁹. Ad esempio, valutare quando una clausola vessatoria può travolgere l'intero contratto, conducendo alla sua invalidità nella forma della nullità o dell'annullamento, e quando, invece, può il contratto rimanere in forza, espungendo la singola clausola¹¹⁰. L'alternativa tra nullità della singola clausola vessatoria o dell'intero contratto, disciplinata dall'articolo 36 codice del consumo, viene dalla giurisprudenza definita in base al principio di deterrenza, avendo riguardo agli effetti che i due rimedi produrrebbero nella sfera del consumatore¹¹¹.

La Corte di giustizia ha indicato un principio generale in forza del quale, in presenza di clausole vessatorie, il giudice nazionale deve espungere la clausola dichiarandone l'invalidità mentre non può modificarne il contenuto integrando il contratto, salvo in talune ipotesi¹¹². Emblematici i casi relativi alla decadenza dal pagamento di interessi definiti con clausole vessatorie e in particolare quelli usurari¹¹³. La Corte di giustizia ha poi precisato che al

¹⁰⁹ Permane, tuttavia, un livello significativo di divergenza tra gli Stati membri. Si veda sul punto: Aa. Vv., *Study JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082 on the ex officio Application of EU Consumer Protection Law by National Courts*, Max Planck Institute for Procedural Law, Lussemburgo, 2017.

¹¹⁰ L'art. 36 cod. consumo afferma che la nullità della singola clausola lascia in vigore il contratto, ma la valutazione circa la possibilità che l'intero contratto venga travolto va svolta alla luce del principio di effettività e di proporzionalità. La nullità parziale cede il passo alla caducazione dell'intero contratto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, quando questo non può continuare a esistere senza la clausola vessatoria e (a) la caducazione dell'intero contratto non produce conseguenze particolarmente sfavorevoli per il consumatore, oppure (b) non vi sia una norma suppletiva da applicare per salvaguardare il contratto, nonostante la sua caducazione provochi effetti particolarmente sfavorevoli per il consumatore (Cgue, *Dziubak*, C-260/18). Come noto, questo è un filone giurisprudenziale molto fertile. Si vedano anche *Banco Español*, C-618/10; *Asbeek Brusse*, C-488/11; *Kasler*, C-26/13; *Abanca*, C-70/17 e C-179/17. Sul punto, di recente, S. Pagliantini, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 561 ss.; A. Iuliani, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 424 ss. P. Iamiceli, *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*, di prossima pubblicazione.

¹¹¹ Il tema è stato affrontato nella giurisprudenza della Corte di giustizia (ad esempio: Cgue, *Dunai*, C-118/17) che, pur non richiamando espressamente il principio di effettività o di proporzionalità, è pervenuta alla formulazione del seguente principio «Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alle prime tre questioni dichiarando che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dev'essere interpretato nel senso che:

- non osta a una normativa nazionale che vieta al giudice adito di accogliere una domanda diretta all'annullamento di un contratto di mutuo, che sia basata sul carattere abusivo di una clausola relativa al divario nel cambio, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, a condizione che la constatazione del carattere abusivo di una clausola siffatta consenta di ripristinare la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva suddetta, e

- osta ad una normativa nazionale che vieta, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, al giudice adito di accogliere una domanda diretta all'annullamento di un contratto di mutuo, che sia basata sul carattere abusivo di una clausola relativa al rischio di cambio, qualora si sia constatato che tale clausola è abusiva e che il contratto non può sopravvivere senza la clausola suddetta». Cfr., in tema, la già citata comunicazione della Commissione 2019/C 323/04.

¹¹² Cfr. Cgue, *Radlinger*, C-377/14; *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (EU:C:2012:349, § 69); *Caixabank*, C-224/19. Sul punto, cfr. la comunicazione della Commissione 2019/C 323/04.

¹¹³ Sull'evoluzione della giurisprudenza europea sul punto si vedano: Cgue, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10; 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek*; 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler*; 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja*; 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*; 26 marzo 2019, C-70/17, C-179/17, *Abanca*; 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*. In ambito italiano si vedano, a titolo di esempio: Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955. Di interesse anche gli indirizzi di ABF Roma, 23 maggio 2014, n. 3415; ABF Collegio di coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875; decisione 30 aprile 2014, n. 2666.

giudice è data la possibilità di sostituire la clausola abusiva con una disposizione che rinvia a una norma suppletiva¹¹⁴. Il giudice nazionale ha ritenuto che ampi poteri spettassero al giudice in materia di eterointegrazione contrattuale in presenza di pratiche commerciali scorrette e violazione di norme sulla trasparenza, senza tuttavia considerarne le implicazioni sul piano della deterrenza¹¹⁵.

Il tema della nullità di protezione non riguarda solo le clausole vessatorie, ma concerne molti altri profili tra cui la violazione del dovere di informazione, del principio di trasparenza, dei requisiti di forma¹¹⁶. La Corte di cassazione ha individuato nel canone della buona fede oggettiva un limite al rimedio della nullità di protezione, contribuendo a ridefinire il quadro dei principi che definiscono il rapporto tra nullità di protezione e nullità generali¹¹⁷.

Anche in queste ipotesi i principi di proporzionalità e di deterrenza dovrebbero guidare la scelta tra nullità parziale e nullità totale e, conseguentemente, il regime delle restituzioni. La scelta del consumatore dovrebbe pertanto essere informata dal rispetto di tali principi.

L'introduzione della disciplina sanzionatoria porrà il tema della combinazione tra rimedi e sanzioni al fine di dissuadere le imprese dall'impiego delle clausole vessatorie specialmente quando verranno contestualmente adottate sanzioni pecuniarie e misure inibitorie riferite a un numero elevato di contratti contenenti clausole vessatorie. Il riferimento è all'ipotesi in cui concorrano tutela individuale sanzionatoria e tutela collettiva inibitoria.

7.2. Le pratiche commerciali sleali

Le modifiche introdotte nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali 2005/29 sono più complesse perché concernono sia la complementarità tra rimedi e sanzioni sia quella tra rimedi specifici, contenuti nella direttiva europea, e rimedi generali, disciplinati dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri. La disciplina di cui all'articolo 11 (a), relativa ai

¹¹⁴ Cfr. Cgue, *Kasler*, C-26/13; *Caixabank*, C-224/19. Cfr. anche la comunicazione della Commissione 2019/C 323/04, cit.

Su tali profili, v. E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., pp. 51 ss.

¹¹⁵ Cfr. Cons. Stato, VI, nn. 1368/2020 e 879/2020.

¹¹⁶ Si può fare un esempio relativo ai contratti di credito al consumo. Cfr. artt. 10 e 23 dir. 2008/48/CE. Sul piano della tutela, l'art. 23 dir. 2008/48/CE non prevede uno specifico rimedio, ma stabilisce che gli Stati membri debbano stabilire delle sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive di fronte alla violazione della normativa di recepimento. Nell'ordinamento italiano il rimedio rispetto alla violazione dell'art. 121 Tub è previsto dall'art. 125-bis Tub, che sancisce la nullità delle clausole che prevedono un TAEG calcolato in violazione dell'art. 121 Tub, nonché la loro sostituzione con la previsione di un TAEG che «equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli simili eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese». Fra le pronunce che applicano tali norme, in ambito italiano: Trib. Messina, 9 aprile 2015, n. 858; ABF, Collegio di coordinamento, dec. 12 settembre 2017, n. 10621.

La giurisprudenza europea affronta il tema delle conseguenze della violazione delle norme poste dalla direttiva 2008/48, quale quella che attiene al TAEG, attraverso la lente del principio di proporzionalità e di quello di "dissuasività"; sono di particolare interesse in questo senso i casi *Le Crédit Lyonnais* (27 marzo 2014, C-565/12), *Pohtovost'* (16 novembre 2010, C-76/10) e *Home Credit* (9 novembre 2016, C-42/15).

¹¹⁷ Cfr. Cass., sez. un. civ., n. 28314/2019, su cui R. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in questa *Rivista online*, 7 gennaio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/buona-fede-e-nullita-selettiva-nei-contratti-d-investimento-finanziario_07-01-2020.php, e A.A. Dolmetta, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, *ivi*, 27 febbraio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/nullita-a-vantaggio-e-nullita-selettiva_27-02-2020.php.

rimedi, contiene un riferimento ai principi di effettività e di proporzionalità mentre non richiama esplicitamente quello di dissuasività¹¹⁸.

La norma si segnala almeno per due aspetti: (1) indica espressamente il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e la risoluzione, sottoponendoli direttamente all'applicazione dei principi di effettività e proporzionalità; (2) lascia impregiudicati gli altri rimedi sia contrattuali che extracontrattuali assicurati dal diritto interno, tra cui le invalidità e le restituzioni. Dunque, per legge, effettività e proporzionalità devono caratterizzare l'*an* e il *quomodo* di risarcimento, riduzione del prezzo e risoluzione.

Pur non definendo in modo articolato, come invece accade per le sanzioni all'articolo 13, i criteri per la loro determinazione, in coerenza con i principi, l'articolo 11 b indica con chiarezza che gravità e natura della pratica commerciale scorretta, entità del danno e altre circostanze possano essere considerate ai fini della definizione del rimedio giurisdizionale¹¹⁹. Una disposizione, questa, assai innovativa, dal momento che la giurisprudenza non fa, se non eccezionalmente, riferimento a tali criteri nella definizione dei rimedi inibitori, restitutori e risarcitori. Si tratta di principi abitualmente applicati dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alle sanzioni pecuniarie conseguenti alla pratica commerciale scorretta. Pertanto, con la nuova disciplina, la proporzionalità del risarcimento, della riduzione del prezzo e della risoluzione andrà valutata alla luce della gravità della violazione e dell'entità delle conseguenze generate dalla pratica commerciale scorretta.

La norma indica nella gravità della violazione, nella sua natura e nell'entità del danno gli elementi da considerare ai fini della valutazione di effettività e proporzionalità. Tale richiamo apre lo spazio ad alcune possibili differenziazioni concernenti la scelta dei rimedi contro pratiche commerciali scorrette.

In relazione alla natura della violazione, il criterio della proporzionalità può informare la scelta di rimedi a seconda che si tratti di illecito di pericolo, in cui la pratica commerciale scorretta non abbia (ancora) prodotto danni, o di illecito di danno, in cui invece il pregiudizio a carico dei consumatori si sia materializzato¹²⁰. L'alternativa tra rimedi demolitori e conservativi concernenti il contratto nell'ambito di una pratica commerciale va valutata alla luce del principio di proporzionalità, che dovrebbe considerare la gravità della condotta distinguendo tra illecito di pericolo e illecito di danno. Ad esempio, per valutare se la risoluzione del contratto, stipulato a seguito di pratica commerciale sleale, possa considerarsi proporzionata, ci si potrà basare sulla distinzione tra illecito di pericolo e illecito di danno.

Nel caso, poi, in cui il danno da pratica commerciale si sia verificato, sia la scelta tra conservazione e risoluzione dei contratti sia quella tra risarcimento e riduzione del prezzo dovranno essere compiute alla luce del principio di proporzionalità. Tale distinzione potrebbe avere rilievo anche rispetto alla proporzionalità di misure non menzionate dalla

¹¹⁸ Cfr. art. 11-*bis* dir. n. 2161/2019, in materia di pratiche commerciali sleali.

¹¹⁹ Indicativa la circostanza che, nella disposizione in oggetto (art. 11 dir. 2005/29), non vengano invece richiamati profili concernenti le condizioni economiche dell'agente e la personalità. In tal modo, i criteri di quantificazione della sanzione e quelli di scelta e definizione del contenuto del rimedio non sanzionatorio rimangono in parte diversi confermando la persistente distinzione funzionale tra sanzioni e rimedi.

¹²⁰ La distinzione comporta non solo che l'occorrenza del danno sia irrilevante ai fini della sussistenza del danno, ma anche che ai fini della comminazione della sanzione la sua diffusività non abbia rilevanza ai fini dell'*an*. Afferma la giurisprudenza amministrativa: «trattandosi di illecito "di pericolo", inoltre, non rileva l'eventuale marginalità dell'impatto delle condotte sanzionate o la rilevanza dell'esiguo numero di denunce pervenute all'Autorità, dato che l'effettiva incidenza della pratica commerciale scorretta sulle scelte dei consumatori non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa» (Tar Lazio, I, nn. 1418/2020 e 782/2019; Cons. Stato, VI, n. 1670/2018).

norma come quelle caducatorie e quelle restitutorie. Qui il principio di proporzionalità dovrebbe giocare un ruolo predominante ma, come si dirà, anche in assenza di un richiamo esplicito, considerazione dovrà essere data anche alla funzione deterrente¹²¹.

Effettività e proporzionalità vanno definite anche rispetto alla gravità della pratica. La gravità della pratica commerciale può fare riferimento alla condotta dell'impresa. Come è noto, l'esistenza di una pratica commerciale scorretta prescinde dalla prova del dolo e della colpa sussistendo una presunzione¹²². Non si fa generalmente differenza tra rimedi dovuti a una pratica dolosa e rimedi correlati a condotte colpose¹²³. Tuttavia, con la nuova disciplina, che fa riferimento alla gravità dell'illecito, l'eventuale criterio di imputazione può rilevare sulla scelta dei rimedi. Il criterio di proporzionalità, correlato alla gravità della pratica commerciale, potrebbe consentire di graduare i rimedi a seconda che vi sia dolo o colpa. Si potrebbe, ad esempio, immaginare che il contenuto dei provvedimenti inibitori possa essere distinto anche in relazione a tale profilo. Più gravi nel caso di condotta dolosa, meno nell'ipotesi di condotta colposa.

Un elemento abitualmente considerato dalla giurisprudenza in ambito sanzionatorio che, ai sensi della nuova disciplina, dovrà tenersi in considerazione anche in relazione ai rimedi, concerne l'entità del danno prodotto, correlato alla diffusività della pratica, a sua volta connessa con il fatturato e le quote di mercato dell'impresa che ha posto in essere la pratica¹²⁴. Anche quando il rimedio è individuale, ovvero relativo a un limitato numero di consumatori, sarà necessario considerare l'incidenza complessiva della pratica sotto il profilo del pregiudizio arrecato o arrecabile ad altri consumatori. Dunque, non solo la occorrenza del danno ma anche la sua entità divengono criteri di valutazione nell'ambito della proporzionalità ed effettività, determinando la selezione dei rimedi applicabili e il loro contenuto.

Parimenti sarà possibile tenere in considerazione la condotta del/i consumatori lesi e valutare, alla luce del criterio di proporzionalità, il concorso di colpa del danneggiato, disciplinato dal primo comma dell'articolo 1227 cc, o il dovere di evitare/mitigare il danno disciplinato dal secondo comma del medesimo articolo¹²⁵. Questo profilo non viene esplicitamente richiamato dalla disciplina europea, ma sarebbe opportuno che fosse oggetto di un intervento in sede di recepimento con opportuni richiami ai canoni dell'effettività e della proporzionalità dei rimedi in relazione alla condotta del danneggiato oltretutto a quella del danneggiante. L'ambito di applicazione tradizionalmente ascritto al concorso di colpa del danneggiato riguarda il rimedio risarcitorio. In questo contributo si propone una valutazione relativa alla condotta del consumatore anche in relazione ad altri rimedi come, ad esempio, quelli caducatori e restitutori. La presenza di un concorso di colpa potrà incidere in applicazione del principio di proporzionalità sul *quantum* dell'obbligazione risarcitoria e sull'alternativa tra nullità parziale e totale.

¹²¹

¹²² La prova dell'assenza di colpa o dolo da parte dell'impresa può, tuttavia, incidere sulla qualificazione della pratica commerciale: cfr. Cons. Stato, VI, n. 6036/2019.

¹²³ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, VI, n. 335/2020.

¹²⁴ In ambito sanzionatorio, la correlazione tra *quantum* e diffusività della pratica viene abitualmente presa in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa. Talvolta essa viene considerata nell'ambito della gravità della violazione. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, VI, nn. 1425/2020 e 335/2020.

¹²⁵ Il criterio di proporzionalità è implicitamente richiamato dal 1227, primo comma, quando afferma che il risarcimento deve essere ridotto in proporzione della colpa del danneggiato. Come è noto, la riduzione del risarcimento opera secondo criteri diversi in relazione ai criteri di imputazione della condotta del danneggiato e di quelli del danneggiante. Per un'analisi dettagliata, sia consentito il rinvio a F. Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa*, cit.

Sotto il profilo sistematico, due questioni interpretative generali sorgono dalla nuova disciplina. La prima concerne l'applicabilità dei principi di effettività e proporzionalità non solo ai rimedi indicati dalla disposizione di cui all'articolo 11 b della riformata direttiva 2005/29 ma anche a quelli contrattuali ed extracontrattuali, regolati dal codice civile ed esperibili contro le pratiche commerciali sleali¹²⁶.

La formulazione normativa della riforma pone dunque il problema di capire se e come effettività e proporzionalità si applichino anche ai rimedi contro pratiche commerciali sleali disciplinati dall'ordinamento interno, specialmente quando questi principi servano a definire i criteri di scelta tra rimedi piuttosto che il contenuto del singolo rimedio¹²⁷. Tale problema si porrà in primo luogo quando il consumatore debba scegliere tra uno dei rimedi indicati nella norma (ad esempio, riduzione del prezzo) e uno non indicato dalla stessa (ad esempio, sostituzione del bene o del servizio). In particolare, un aspetto rilevante concerne le restituzioni quando la pratica commerciale si sia tradotta in un arricchimento dell'impresa che l'ha posta in essere. Le restituzioni possono avere ad oggetto somme di denaro indebitamente pagate ovvero la sostituzione di beni e servizi¹²⁸. In quest'ambito la proporzionalità potrà definire i criteri di scelta tra restituzione per equivalente, restituzione del bene ed eventuale sostituzione.

Ragioni di carattere sistematico inducono a sostenere l'applicabilità generale dei principi di effettività e proporzionalità sia ai rimedi di derivazione europea che a quelli di derivazione interna, specialmente se si aderisce alla tesi proposta che essi si applicano non solo ai singoli rimedi ma anche alla relazione tra gli stessi¹²⁹. Come si è avuto occasione di affermare, infatti, i principi costituiscono un criterio cardine per la combinazione tra rimedi, per la definizione della loro sequenza e, quando sia opportuna o necessaria, per la determinazione di una gerarchia¹³⁰. Dunque, all'autorità amministrativa che esercita i poteri di tutela spetta definire la combinazione che meglio realizza i principi singolarmente considerati di effettività e proporzionalità. Si tratta di scelte caratterizzate spesso da difficoltà di bilanciamento di interessi che non riguardano solo il conflitto tra imprese e consumatori, ma anche tra diverse categorie di consumatori, titolari di interessi potenzialmente divergenti. La distinzione tra consumatore "medio" e "vulnerabile" dovrebbe dunque incidere sulla definizione di "rimedio effettivo e proporzionato". Tanto più rilevante questo diventa nelle ipotesi in cui la pratica commerciale abbia coinvolto un numero elevato di consumatori con effetti differenziati sul piano dei pregiudizi.

Come osservato in precedenti contributi, spesso dissuasività e proporzionalità spingono in direzioni diverse e un giusto compromesso tra i due principi va ricercato quando il rimedio sia unico e ne vada modulato il contenuto in relazione alla pluralità di destinatari¹³¹. Sarebbe auspicabile che, in sede di recepimento, il legislatore dettasse una precisa norma di

¹²⁶ Sulla proporzionalità cfr. P. Iamiceli, *Principio di proporzionalità e tutele contrattuali contro l'inadempimento*, cit.

¹²⁷ Sull'applicazione dei principi ai rimedi contro pratiche commerciali sleali non possono nutrirsi dubbi. La giurisprudenza li applica agli ordini di cessazione, alle misure restitutorie, alla pubblicazione dei provvedimenti sanzionatori da parte delle autorità. Cfr. Tar Lazio, I, n. 221/2020.

¹²⁸ Tale restituzione potrebbe richiedersi a seguito di annullamento per invalidità del contratto o, ove il legislatore recepisce in tal senso la nuova direttiva, per risoluzione dello stesso. Sul possibile annullamento di contratti conclusi mediante l'uso di pratiche commerciali scorrette vds., *supra*, nota 95.

¹²⁹ Cfr. il *considerando* 16 dir. n. 2161/2019. Sul punto, v. già F. Cafaggi e P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law*, cit., pp. 575 ss.

¹³⁰ F. Cafaggi e P. Iamiceli, op. ult. cit., *ibid.*; C. Pavillon, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., pp. 1297 ss.

¹³¹ Cfr. F. Cafaggi *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law*, cit., pp. 223 ss., part. pp. 252 ss.; F. Cafaggi e P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness*, cit., pp. 575 ss.

coordinamento disciplinando l'applicabilità generalizzata dei principi di effettività e proporzionalità a tutti i rimedi, indipendentemente dalla fonte di disciplina, europea o nazionale¹³².

La seconda questione riguarda invece il mancato richiamo della dissuasività nella disciplina europea delle pratiche commerciali scorrette. La differenza con la disposizione in materia di sanzioni è evidente, specialmente se si considera il mutamento importante rispetto alla precedente versione (quella della proposta della Commissione) dove, invece, il riferimento era al principio dell'adeguatezza e dell'effettività, richiamando la definizione contenuta nella direttiva 1993/13¹³³. La mancata inclusione del principio di dissuasività potrebbe significare che il legislatore europeo abbia compiuto una chiara scelta, attribuendo alle sole sanzioni amministrative il perseguimento della funzione deterrente e di quella punitiva. Tale interpretazione non è condivisibile. Il percorso giurisprudenziale della Corte di giustizia depone per una risposta diversa¹³⁴. La trasformazione della tutela civile ha visto un potenziamento della funzione deterrente e di quella punitiva sia sul piano dell'ampliamento degli spazi della tutela inibitoria sia nell'ambito stesso delle tutele più tradizionalmente appartenenti al sistema civile, come quella risarcitoria e restitutoria¹³⁵. Certamente al mancato esplicito richiamo della dissuasività occorre riconoscere un significato ma non quello che la funzione deterrente risulti estranea alla tutela civile in materia di pratiche commerciali. Si tratta, piuttosto, di una gradazione tra i principi che, in ambito di tutela civile, sono prevalentemente l'effettività e la proporzionalità con una funzione meno rilevante della dissuasività mentre, nel caso degli strumenti sanzionatori, sembrano avere peso simile¹³⁶.

Una prima conclusione è che i principi comuni si devono applicare sia alle sanzioni pecuniarie sia a quelle non pecuniarie di carattere inibitorio e ripristinatorio. Una seconda è che i principi debbano applicarsi anche a misure risarcitorie, inibitorie e restitutorie che non abbiano carattere sanzionatorio, indipendentemente dalla circostanza che siano somministrati dall'autorità amministrativa o da quella giurisdizionale.

Le nuove riforme in sede di legislazione europea contribuiscono a una più precisa definizione dei criteri applicativi dei principi sia alle sanzioni che ai rimedi¹³⁷. Sarebbe importante, in sede di recepimento della direttiva, affermare la generale applicabilità dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività sia alle sanzioni sia ai rimedi, precisandone alcuni criteri quali quello della natura e gravità della violazione, la sua durata e reiterazione, l'occorrenza di un danno, la sua natura, patrimoniale o non patrimoniale, la sua entità.

L'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività a sanzioni e rimedi ridefinisce i poteri conformativi delle autorità, disegnando nuovi confini funzionali tra punizione, prevenzione, compensazione e restituzione. I principi, da un lato, ampliano lo

¹³² Su questi profili, A. Hartkamp, *European law and national private law*, Intersentia, Cambridge, 2018 (II ed.).

¹³³ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la dir. n. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la dir. n. 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la dir. n. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la dir. n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Ue relative alla protezione dei consumatori.

¹³⁴ Sull'importanza della funzione deterrente dei rimedi in materia di clausole vessatorie, è esemplare la vicenda giurisprudenziale relativa alla tutela del consumatore contro le clausole vessatorie, di cui già si è detto, in particolare con riguardo al rapporto fra vessatorietà di una clausola e caducazione dell'intero contratto.

¹³⁵ Cfr. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit.

¹³⁶ Sul ruolo della dissuasività delle sanzioni, cfr. Cons. Stato, VI, n. 6036/2019, in conformità a Cgue, C-388/13.

¹³⁷ Cfr. il *considerando* n. 7 della dir. n. 2161/2019.

spazio rimediabile, superando i limiti della tutela risarcitoria e, dall'altro, lo riconfigurano, integrando tutela degli interessi individuali e collettivi. Un nuovo equilibrio tra interessi delle imprese e dei consumatori emerge dall'applicazione dei principi al fine di stabilire incentivi necessari a impedire la commissione di violazioni e l'effettività della tutela. La proporzionalità può consentire di attribuire pesi diversi agli interessi delle varie categorie di consumatori pregiudicati dalla violazione, creando equilibri differenti a seconda che le pretese abbiano ad oggetto la qualità e quantità dell'informazione ovvero somme di denaro o la consegna di beni e servizi ed ovviamente a seconda che vi sia o meno un danno alla salute.

8. Effettività, proporzionalità e dissuasività. Il concorso tra sanzioni e rimedi

Si è visto che i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività dettati dalla legislazione europea si applicano alle sanzioni penali, alle sanzioni amministrative e ai rimedi. Occorre ora valutare se essi vadano applicati a ciascuna sanzione o rimedio separatamente oppure sia necessario od opportuno procedere a una valutazione integrata. Ad esempio, deve il principio di proporzionalità, seppure con caratteristiche non identiche, applicarsi disgiuntamente o congiuntamente alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali e a quelle che invece non presentano tali caratteristiche? Analogamente, quando si combinino sanzioni pecuniarie, provvedimenti inibitori e misure restitutorie, deve l'autorità amministrativa o il giudice procedere a una valutazione coordinata della proporzionalità calibrando il *quantum* della sanzione pecuniaria anche sulla ampiezza della misura inibitoria?

La risposta tradizionale, implicitamente adottata da autorità e giurisprudenza, è quella della separazione. Quando – e accade assai raramente – il giudice, nell'esercizio del sindacato giurisdizionale, valuta la proporzionalità della cessazione della pratica, non vi è coordinamento con la valutazione della proporzionalità della sanzione pecuniaria¹³⁸. Rimedi e sanzioni sono oggetto di valutazioni di proporzionalità separate e indipendenti.

Si propone qui una diversa prospettiva basata su un'indagine teleologica da svolgere alla luce del processo di ibridazione tra tutela amministrativa e giurisdizionale descritto in precedenza. La risposta a tale domanda va cercata nelle finalità delle singole misure. Una applicazione coordinata dei principi, analoga a quella di proporzionalità imposta dalla Cedu quando concorrano le finalità, non solo delle diverse tipologie di sanzioni ma anche quelle di sanzioni e rimedi¹³⁹. In alcune applicazioni della giurisprudenza sono state considerate ipotesi di confisca, l'una avente carattere punitivo e l'altra ripristinatorio, procedendo a una valutazione integrata della proporzionalità¹⁴⁰. Dunque, sarebbe auspicabile un coordinamento nell'applicazione dei principi quando concorrano l'autorità amministrativa e il giudice ordinario. *A fortiori* quando vi siano provvedimenti dell'autorità amministrativa che combinino sanzioni amministrative e misure inibitorie e restitutorie, quali ad esempio la cessazione della pratica commerciale e l'eliminazione dei suoi effetti lesivi, sarebbe

¹³⁸ Occorre constatare che i giudici assai raramente procedono a una valutazione della effettività, proporzionalità e dissuasività dei provvedimenti diretti ad assicurare la cessazione dell'illecito e la eliminazione degli effetti lesivi. Mancano dunque decisioni in cui sia possibile valutare la differente operatività dei principi applicati alle sanzioni e ai rimedi.

¹³⁹ Cass., n. 33426/2019.

¹⁴⁰ Cfr. Cass., n. 33426/2019, che fa riferimento e applicazione di Corte cost., n. 112/2019.

necessario coordinare l'applicazione del principio di proporzionalità e quello di dissuasività all'insieme degli strumenti di tutela posti in essere ai fini di garantire l'effettività della tutela. Questo accade, per esempio, quando si coniughino diversi strumenti aventi la medesima finalità, come nel caso in cui concorrano sanzioni pecuniarie e provvedimenti inibitori, le prime dirette a reprimere comportamenti già avvenuti, le seconde a impedire che questi si ripetano in futuro. Ovvero, nel caso in cui sanzioni pecuniarie si combinino con provvedimenti di confisca o sequestro¹⁴¹. O, ancora, nel caso di sanzione amministrativa pecuniaria e risarcimento del danno con funzione punitiva. La valutazione integrata dei principi è dunque necessaria quando sanzioni e rimedi perseguono finalità omogenee.

Quando, invece, le finalità di sanzioni e rimedi sono eterogenee e le misure non commensurabili, l'applicazione dei principi può avvenire separatamente, dando luogo a una valutazione di proporzionalità della sanzione separata e autonoma rispetto a quella concernente il provvedimento inibitorio e/o a quello risarcitorio, senza per questo violare il principio di effettività della tutela.

Tale soluzione dovrebbe operare sia nell'ipotesi di applicazione da parte di una sola autorità, amministrativa o giurisdizionale, sia nell'ipotesi in cui concorrano le due o, nel caso del triplo binario, le tre, essendovi anche il giudice penale.

9. La tutela amministrativa e la tutela giurisdizionale: nuovi equilibri?

Veniamo, in conclusione, all'esame dei profili istituzionali della relazione tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale. Giova ribadire che l'espressione "tutela giurisdizionale" riguarda l'esercizio dell'attività di somministrazione di rimedi per violazioni e non l'esercizio del sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità amministrative che, pure in senso lato, rientra nella tutela. Occorre poi riaffermare che non sussiste coincidenza tra tutela amministrativa e sanzioni. Si è visto che l'ampiezza della tutela amministrativa va ben oltre le sanzioni, comprendendo rimedi a carattere inibitorio, ripristinatorio e restitutorio. Tali rimedi, seppure irrogati da un'autorità amministrativa, non sono soggetti al principio di tipicità che caratterizza le sanzioni, seppure con diversa intensità per le punitive e per le ripristinatorie¹⁴². La tutela amministrativa comprende, dunque, sia sanzioni che rimedi, entrambi soggetti al principio di legalità dell'azione amministrativa ma con caratteristiche diverse.

Il conferimento alle autorità amministrative del potere di emanare provvedimenti inibitori diretti a far cessare pratiche abusive scorrette, ai sensi dell'art. 27 codice del consumo, non pregiudica il potere del giudice ordinario di emanare ordini inibitori anche in sede cautelare ai sensi degli artt. 139 e 140 codice del consumo e, ora, della nuova legge sulle azioni di classe che quelle norme ha abrogato¹⁴³. Dunque, il concorso tra le tutele riguarda sia sanzioni e rimedi sia rimedi a contenuto simile, ad esempio a contenuto inibitorio e restitutorio, che possano essere emanati da autorità amministrativa e autorità

¹⁴¹ Cfr. Corte cost., n. 24/2019.

¹⁴² Cfr. Cons Stato, VI, n. 879/2020.

¹⁴³ Come si è visto, l'ordine di cessazione di pratiche commerciali sleali può essere emanato sia da un'autorità amministrativa sia da quella giurisdizionale (giudice ordinario). Sul concorso tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale in materia di pratiche commerciali sleali. Per un'applicazione dell'art. 140-bis cod. cons. in materia di pratiche commerciali sleali, v. Trib. Milano, VIII, 20 dicembre 2010, in *iusexplorer.it*.

giurisdizionale¹⁴⁴. È acclarata infatti la possibilità che possano concorrere più illeciti di natura penale, amministrativa e civile. Alla base del divieto del *ne bis idem* vi è l'identità fattuale, non quella legale¹⁴⁵. Il concorso tra illeciti richiede quello tra tutele.

Il concorso tra tutele esige un coordinamento tra le istituzioni anche al fine di realizzare il diritto a un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 24 Cost., dell'art. 13 Cedu e dell'art. 47 Cdf. In mancanza di una disciplina specifica di coordinamento tra le tutele, valgono le regole e i principi generali. La Corte di giustizia non è ancora intervenuta a definire con precisione se il potere sanzionatorio e quello rimediabile delle autorità amministrative nazionali siano soggetti al vaglio di conformità con l'articolo 47 della Carta, pur non essendo le autorità amministrative strutturalmente configurabili come tribunali.

È evidente che l'adozione di una nozione funzionale di tribunale ai sensi dell'art. 47 Cdf consentirebbe di sottoporre anche le decisioni delle autorità amministrative allo scrutinio del diritto a una tutela effettiva¹⁴⁶. Questa soluzione parrebbe tanto più coerente con l'impostazione del diritto europeo, che affida la scelta tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale ai legislatori nazionali sulla base del principio di autonomia procedurale. Tale scelta non potrebbe, infatti, determinare un livello diverso di garanzia per i consumatori, maggiore in quegli Stati che scelgono la tutela giurisdizionale e minore in quelli che optano per la tutela amministrativa, alla quale tali principi non sarebbero applicabili. In sostanza, l'autonomia procedurale incontra il limite invalicabile delle garanzie di tutela assicurate dall'art. 47 Cdf. Questo limite concerne sia le garanzie procedurali sia le garanzie sostanziali. Tuttavia, anche un maggior uso del diritto a una buona amministrazione consentirebbe di pervenire a risultati più coerenti con il principio di effettività della tutela dei consumatori coordinando l'operato delle autorità amministrative e giurisdizionali¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Sulla complementarità tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale, cfr. da ultimo Cons. Stato, VI, n. 897/2020, che ha affermato in relazione all'intervento dell' Agcom concernente la fatturazione a 28 giorni: «L'Autorità ha realizzando così il duplice interesse pubblico sotteso allo strumento indennitario: A) rendere effettiva e ottimizzare la tutela degli utenti, all'evidente scopo d'offrire loro accesso ad un indennizzo automatico in virtù di un atto generale di regolazione, scongiurando perciò la probabile rinuncia di molti utenti ad esperire qualunque azione, giudiziale o stragiudiziale; B) dare maggior efficienza all'azione amministrativa e deflazionare (si badi, non certo impedire) il contenzioso, sia individuale che collettivo, relativo a liti perlopiù di modico valore)».

¹⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, VI, n. 7699/2019.

¹⁴⁶ Giova su questo ricordare che la giurisprudenza è saldamente assestata su una risposta negativa con riferimento alla (in)applicabilità degli artt. 6 e 7 della Convenzione al procedimento amministrativo. Cfr., ad esempio, Cass., II, n. 4/2019. Sulla nozione autonoma di "organo giurisdizionale" e sui criteri attraverso cui operare la qualificazione ai fini dell'art. 267 Tfu, si vedano le «Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale» (2016/C 439/01). Uno di tali criteri è la terzietà e l'indipendenza. In proposito, è di interesse ricordare che la questione non è stata posta nel caso di un rinvio effettuato dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, di cui pur fanno parte di quest'ultimo anche componenti non togati designati in sede regionale (Cgue, sent. 13 marzo 2008, *Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura di Enna e a.*, C-78/07). Sulla qualifica di "organo giurisdizionale" e i suoi confini rispetto all'attività amministrativa di parte pubblica, fra le altre: Cgue, *Regina Greis Unterweger*, C-318/85, 5 marzo 1986; *Syfait*, C-53/03; *Amiraike Berlin GmbH*, C-497/08; *Epitropos*, C-363/11, 19 dicembre 2012; *MF 7 a.s.*, C-49/13. Sulla rilevanza dell'art. 47 Cdfue e 267 Tfu si veda, di recente: Cgue, *A.K.*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18.

¹⁴⁷ Come detto in precedenza, nelle controversie dinanzi all'autorità amministrativa i consumatori non sono parte, mentre possono esserlo nei giudizi aventi ad oggetto il sindacato sulle delibere delle autorità relative ai rimedi e alle sanzioni irrogate. In questa sede l'applicazione del principio di buona amministrazione consentirebbe di guardare all'effettività della tutela dei consumatori. Il principio viene invece richiamato con riferimento alle esigenze di tutela delle imprese sanzionate.

10. Riflessioni conclusive

Tutela amministrativa e tutela giurisdizionale dei consumatori, pur soggette a un percorso di convergenza, mantengono distinzioni funzionali che ne determinano la complementarità. Il percorso di integrazione tra tutele ha avviato un processo di trasformazione che riguarda sia i profili sostanziali che quelli procedurali. Sul piano sostanziale la compresenza di rimedi e sanzioni pone il problema dell'applicazione congiunta o disgiunta dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività. Sotto il profilo procedimentale vi è il problema del coordinamento tra autorità amministrative e giurisdizionali quando somministrino rimedi e sanzioni relativi a un medesimo illecito. In entrambi i casi il coordinamento, da effettuarsi sul piano legislativo, deve essere disciplinato in conformità con il diritto a un rimedio effettivo regolato dall'articolo 24 della Costituzione, dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.