



SCUOLA DOTTORALE “TULLIO ASCARELLI”  
DOTTORATO DI RICERCA IN MERCATO E CONSUMATORI

CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO:

XXIII

Titolo della tesi:

*“Le pratiche commerciali ingannevoli e le diverse manifestazioni  
dell’«ingannevolezza» tra codice del consumo, codice civile e  
codice penale”*

Dottoranda:

Tiziana Pica

A.A. 2010/2011

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Liliana Rossi Carleo

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Liliana Rossi Carleo

## **TITOLO DELLA TESI:**

### *LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI E LE DIVERSE MANIFESTAZIONI DELL'«INGANNEVOLEZZA» TRA CODICE DEL CONSUMO, CODICE CIVILE E CODICE PENALE*

## **INTRODUZIONE:**

1.	Premessa.....	5
2.	Oggetto dell'indagine.....	7
3.	I punti di snodo del raffronto delle fattispecie ingannevoli.....	11

## **CAPITOLO I**

### **IL CONCETTO DI “PRATICA COMMERCIALE”: DALLA DEFINIZIONE LEGISLATIVA COMUNITARIA ALLA DEFINIZIONE NAZIONALE PREVISTA DAL CODICE DEL CONSUMO**

1.	La direttiva 2005/29/Ce e il mercato interno.....	15
1.1.	La presunta natura completa della Direttiva n. 2005/29/Ce: critiche.....	21
2.	La definizione di « <i>pratica commerciale sleale</i> ».....	25
2.1.	<i>Segue</i> . Slealtà e diligenza professionale.....	30
2.2.	<i>Segue</i> . Il parametro del consumatore medio. Cenni.....	32
2.3.	<i>Segue</i> . Il momento valutativo della slealtà della pratica commerciale.....	35
3.	L'attuazione della direttiva comunitaria in Italia.....	37

## **CAPITOLO II**

### **LE DIFFERENTI FORME DI MANIFESTAZIONE DELLE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI DAL DATO NORMATIVO AGLI ORIENTAMENTI DELL'AGCM**

1.	Le pratiche commerciali scorrette.....	42
2.	Le azioni ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, cod. cons. ....	48
2.1.	Le declinazioni dell'azione ingannevole scandite dalle lett. a)-g) dell'art. 21, comma 1, cod. cons.: introduzione. ....	51

2.1.1.	<i>Segue.</i> L'ingannevolezza secondo la lett. <i>a)</i> dell'art. 21 cod. cons.....	52
2.1.2.	<i>Segue.</i> L'ingannevolezza avente ad oggetto le caratteristiche principali del prodotto. ....	53
2.1.3.	<i>Segue.</i> Ulteriori caratteristiche del bene o servizio suscettibili di trarre in inganno. ....	56
2.1.4.	L'azione ingannevole ai sensi dell'art. 21, lett. <i>c)</i> e <i>d)</i> , cod. cons.....	60
2.1.5.	L'ingannevolezza ai sensi delle lett. <i>e)</i> , <i>f)</i> e <i>g)</i> dell'art. 21: tra garanzie dei beni e diritti fondamentali del consumatore.....	64
3.	Le pratiche ingannevoli « <i>confusorie</i> » e gli atti di concorrenza sleale.....	67
3.1	<i>Segue.</i> Concorrenza sleale e pubblicità comparativa.....	68
3.2.	Pubblicità ingannevole e concorrenza sleale: art. 2598, n.1, c.c. e art. 21, comma 2, lett. <i>a)</i> , cod. cons.....	71
3.3.	Pratica ingannevole e art. 2598, n. 2, c.c.: comparazione illecita e atti denigratori.....	76
3.4.	La clausola generale di concorrenza sleale e le pratiche commerciali scorrette.....	81
3.5.	Conclusioni. ....	83
4.	L'azione ingannevole del professionista inottemperante agli impegni contenuti nei codici di condotta.....	86
5.	L'ingannevolezza della pratica commerciale avente ad oggetto beni o prodotti pericolosi. ....	92
5.1.	<i>Segue.</i> Azione ingannevole realizzata mediante “omissione”.....	96
6.	La pratica commerciale ingannevole e le cd. categorie deboli di consumatori. Cenni. ....	100
7.	L'informazione ambigua, tardiva, incomprensibile e la sua idoneità ad “ <i>indurre il consumatore medio ad adottare una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso</i> ”: le omissioni ingannevoli.....	102
7.1.	<i>Segue.</i> L'informazione occultata e l'omissione “impropria”.....	108
8.	L'elemento soggettivo nelle pratiche commerciali ingannevoli e la presunzione di ingannevolezza della <i>black list</i> . Cenni. ....	113
8.1.	<i>Segue.</i> L'elemento soggettivo alla luce delle prime pronunce del Giudice amministrativo.....	116

## CAPITOLO III

### **LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI E I DELITTI DI TRUFFA, FRODE IN COMMERCIO E CIRCONVENZIONE DI PERSONE INCAPACI: LE DIFFERENTI ARTICOLAZIONI DELL'INGANNEVOLEZZA E DELL'«INDUZIONE IN ERRORE» TRA CODICE DEL CONSUMO, CODICE CIVILE E ILLECITÀ PENALE**

1. Introduzione: la condotta del professionista in bilico tra la realizzazione di una pratica commerciale scorretta e l'integrazione di un illecito penale.....	120
2. L'elemento oggettivo del reato di truffa: gli "artifici e raggiri", l'induzione in errore e la mera idoneità a trarre in inganno.....	122
2.1. Artifici e raggiri: la nuda menzogna e il silenzio. Rinvio. ....	127
2.1.1. <i>Segue</i> . L'idoneità a trarre in inganno e l'induzione in errore. ....	129
2.2. L'atto dispositivo. ....	135
2.3. La vittima della truffa, tra potenzialità ed effettività del danno, e la lesione degli interessi dei consumatori. ....	138
2.4. L'«ingiusto» profitto. Cenni.....	144
3. L'elemento soggettivo: il dolo rilevante ai sensi dell'art. 640 c.p.....	146
3.1. Quale dolo nelle pratiche commerciali ingannevoli?.....	149
4. Reati in contratto e reati-contratto. Cenni. ....	154
4.1. La truffa contrattuale: inquadramento della fattispecie.....	157
4.2. Il silenzio doloso e gli obblighi d'informazione.....	161
4.3. La promiscuità della truffa contrattuale: delitto doloso e vizi della volontà. Cenni. ....	166
4.4. Truffa, pubblicità e pratiche commerciali menzognere: il <i>dolus bonus</i> .....	173
4.5. La truffa "vessatoria", le pratiche commerciali ingannevoli incentrate sul "timore di un pericolo" e l'art. 23, lett. n), cod. cons., a confronto. ....	179
5. La frode in commercio e la tutela del consumatore.....	182
5.1. La slealtà contrattuale avente ad oggetto la genuinità, la provenienza, le qualità dei prodotti alimentari e dei beni industriali.....	186
5.2. L'intreccio tra le frodi sulla genuinità e la provenienza dei prodotti, le norme penali a tutela del mercato e le pratiche commerciali ingannevoli.....	191
6. Il delitto di circonvenzione di persone incapaci e le pratiche commerciali ingannevoli: quando la condotta può raggiungere consumatori "deboli" particolarmente vulnerabili. ....	198
6.1. Il contratto concluso dalla vittima del reato di circonvenzione di incapaci. Cenni. ....	204

## CAPITOLO IV

### DALL' *HOMO OECOMICUS* AL CONSUMATORE-PERSONA NEL MERCATO GLOBALIZZATO TRA TUTELA CIVILE PENALE E AMMINISTRATIVA

1. Il consumatore diviene “persona” del mercato globale.....	207
2. La tutela predisposta dal codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette.....	210
2.1. La tutela conciliativa, stragiudiziale e collettiva del consumatore. Cenni.....	212
3. Il <i>fil rouge</i> tra la tutela della concorrenza e la tutela del consumatore. .	216
4. Il ruolo e i poteri dell' Autorità Antitrust.....	223
4.1. L' <i>enforcement</i> e l'effettività della tutela amministrativa. ....	224
4.1.1. <i>Segue</i> . L'istituto degli impegni. ....	230
4.1.2. <i>Segue</i> . Uno sguardo d'insieme al procedimento antitrust in materia di pratiche commerciali ai sensi dei Regolamenti adottati dall'AGCM. ....	235
4.1.3. <i>Segue</i> . Il regime sanzionatorio e la conclusione del procedimento... ..	240
5. L' <i>homo oeconomicus</i> tra <i>public enforcement</i> e <i>private enforcement</i> . ..	244
6. Tutela amministrativa, tutela penale e i rimedi civilistici. Cenni. ....	251
6.1. La funzione punitiva delle sanzioni, la deterrenza del diritto penale e della tutela amministrativa, i rimedi privatistici.....	252
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>257</b>

## ***INTRODUZIONE***

### *Premessa.*

Nell'era della globalizzazione, della libertà di circolazione di beni, servizi, capitali e persone, il consumatore, titolare di una serie di diritti fondamentali che ruotano e avvolgono la sua conclamata libertà di scelta e di agire in una fortezza ancora non del tutto inespugnabile, si trova costretto a fare i conti quotidianamente - e con una frequenza che mal si concilia con le battaglie e l'evoluzione della legislazione consumeristica - con fenomeni ingannevoli e con varie tipologie di disservizi<sup>1</sup>.

Nonostante la persona fisica che agisce per fini estranei alla sua attività commerciale, industriale, artigianale e professionale sia ormai da tempo posta al centro del mercato, nei suoi riguardi persiste una sgradevole disattenzione in settori quali quello delle banche, della telefonia, del trasporto pubblico e del turismo.

Per non parlare delle multiformi fattispecie in cui si concretizza l'atto di acquisto: in quest'ambito ricorrenti sono le ipotesi di scarsa considerazione o, talvolta, maleducazione del venditore.

Eppure, accanto alla disattenzione ed ai fenomeni di noncuranza rivolti nei confronti del consumatore e delle sue esigenze, ricorrono, paradossalmente, nei suoi stessi riguardi si susseguono situazioni di eccessiva, morbosa ma, soprattutto, malsana e nociva attenzione.

Mi riferisco, in particolare, alle pratiche commerciali poste in essere dai professionisti le quali assumono le più svariate vesti che possono nascere

---

<sup>1</sup> Interessante la riflessione sul binomio "servizio-disservizio" affrontata da F. TARTAGLIA, *E osano chiamarci clienti: dal disservizio alla truffa*, Franco Angeli Editore, Milano, 2008, 16 e ss.. L'Autore, dopo aver ricordato come il termine "servizio" derivi dal verbo "servire" e dal sostantivo "servo" ed essersi soffermato sulla sua possibile derivazione dal latino "servare", che significa "salvare", denuncia come l'evoluzione tecnologica, sociale e la nascita delle professioni abbiano contribuito ad allontanare sempre più il servizio da quello che era il suo significato etimologico e parla dell'«*emancipazione sociale della sua radice storica*».

come meri messaggi pubblicitari e inviti all'acquisto per poi degenerare nelle truffe o in altre condotte illecite.

Sono tutti casi in cui sia il consumatore destinatario di una mera comunicazione pubblicitaria che quello sventurato vittima di una truffa o di una frode si imbattono in professionisti, o sedicenti tali, artefici di proposte che, purtroppo ancora troppo spesso, si dimenticano - o lasciano in secondo piano - la cd. *consumer satisfaction*<sup>2</sup>.

In questo scenario che sicuramente tende, o dovrebbe tendere, verso una piena operatività delle garanzie previste, prima solo a livello comunitario e poi anche a livello nazionale, a tutela del consumatore, le condotte ingannevoli continuano a detenere un ruolo primario, insidioso e persistente.

Quando si affronta il tema dell'ingannevolezza è necessario fissare fin da subito dei punti fermi.

Si tratta, innanzitutto, di un tema che da sempre ha interessato la sfera del diritto penale.

Tra le fattispecie che ruotano attorno al mendacio, all'alterazione della realtà, all'inganno, emblematico è il reato di truffa.

Tant'è vero che, seppur erroneamente, la truffa viene spesso associata indistintamente con tutte quelle situazioni in cui un individuo è vittima di un raggiro o di un'informazione non veritiera e così nel gergo comune i membri della società sono soliti "gridare" immediatamente alla truffa.

Dal diritto penale ci si deve poi muovere verso il diritto privato e ciò in virtù delle sue possibili interazioni con il primo in merito alle ripercussioni che la realizzazione di un reato può avere sulla validità e l'efficacia del contratto ai sensi della disciplina civilistica sui vizi del consenso prevista dagli artt. 1427 e ss. del codice civile.

---

<sup>2</sup> Altre volte, invece, la *consumer satisfaction* e i principi della *consumer care* sono presi in considerazione ma semplicemente perché proprio tramite questi il professionista offusca o cela i contenuti delle condizioni contrattuali, del messaggio pubblicitario, delle caratteristiche del prodotto che in realtà non sono del tutto in linea con gli interessi o i diritti del cliente. E' dunque necessaria la massima attenzione per saper discernere le corrette applicazioni delle norme dettate a tutela del consumatore da quelle in cui la *consumer care* è un mero specchietto per le allodole manipolato dal e nell'interesse esclusivo del professionista. Al riguardo B. BUZZO, *La pubblicità nell'economia dell'immateriale*, in *Economia e politica industriale*, n. 4/2007.

Tra questi due pilastri del diritto, al cui interno è nata e si è poi cristallizzata in specifiche norme quella che si potrebbe definire la primordiale disciplina positivista dell'ingannevolezza<sup>3</sup>, negli ultimi decenni si è inserito un terzo filone normativo che sta conquistando un rilievo sempre maggiore.

Si tratta di quella branca del diritto che, sorta originariamente sotto la spinta comunitaria<sup>4</sup> per disciplinare la materia della pubblicità ingannevole, oggi è approdata all'interno del codice del consumo sotto l'espressione di "pratiche commerciali scorrette".

Questo terzo filone si compone degli artt. 18-27-*quater* cod. cons.<sup>5</sup> e del d.lgs. n. 145/2007, recante la disciplina delle pratiche commerciali cd. *Business to Business* poste in essere nell'ambito dei rapporti tra professionisti, al cui interno sono stati trasposti i vecchi artt. 18-27 cod. cons. sulla pubblicità ingannevole<sup>6</sup>.

## 1. Oggetto dell'indagine.

L'oggetto della mia indagine di ricerca si muove tra i suddetti ambiti per comprendere che tipo di tutela viene garantita all'*homo oeconomicus*, inteso nelle sue diverse sfumature di attore protagonista del mercato, mero soggetto passivo di un illecito penale, controparte contrattuale,

---

<sup>3</sup> S. MACCIONI – L. NISSOLINO, *La tutela civile e penale del consumatore*, Utet, Torino, 2008.

<sup>4</sup> Gli interessi dei consumatori sono stati oggetto di un crescente via via crescente del legislatore comunitario. Si richiamano alla memoria solo alcune dei primissimi interventi di maggior rilievo come la direttiva n. 85/450/Ce sulla pubblicità ingannevole, per poi proseguire con la direttiva n. 85/577/Cee sui contratti dei consumatori negoziati fuori dai locali commerciali; la direttiva n. 87/101/Cee relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (in seguito modificata dalle direttive n. 90/88/Cee e n. 98/7/Ce poi abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2008/7487Ce sui contratti di credito ai consumatori; la direttiva n. 97/7/Ce sulla tutela dei consumatori che concludono i contratti a distanza.

<sup>5</sup> Ma inevitabilmente si deve tener conto di altri articoli del codice del consumo, quali le disposizioni generali sui diritti fondamentali e quelle dettate per specifici contratti del consumatore, i quali hanno a che fare con il tema della corretta informazione, della veridicità e si ricollegano alla repressione di tutte quelle condotte caratterizzate da un intrinseco connotato di ingannevolezza.

<sup>6</sup> La Direttiva n. 2005/29/Ce è infatti intervenuta anche in materia di pubblicità ingannevole e comparativa ed ha modificato l'art. 14 della Direttiva n. 84/450/Ce (poi trasfusa nella Direttiva n. 2006/114/Ce) individuandone così un nuovo ambito soggettivo di applicazione recepito appunto nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145.



nell'universo delle svariate fattezze e delle differenti intensità che l'ingannevolezza può assumere.

Da qui, al contempo, si procede puntando la luce sul contenuto di quelle discipline che, seppur diverse, talvolta si muovono come dei satelliti estremamente vicini per verificare, con l'apporto della giurisprudenza e dei provvedimenti dell'Autorità Antitrust, fino a che punto disegnino orbite realmente distanti e inconciliabili.

Analizzare se il contatto tra le loro orbite dia luogo a fenomeni di repulsione e indifferenza oppure ad una sovrapposizione "intelligente" che possa essere incanalata verso una proficua collaborazione di tutele.

Si pensi, ad esempio, alla truffa contrattuale come situazione di frizione sorta dall'intersecarsi della sfera penalistica con la disciplina dettata dal codice civile in materia di contratti.

Tra le possibili interazioni tra le discipline incentrate sull'ingannevolezza, una concerne la truffa contrattuale che ricorre quando con artifici o raggiri, si ottiene la stipulazione di un contratto che altrimenti l'altra parte non avrebbe mai concluso.

Il soggetto tratto in inganno, pur ottenendo un bene che non gli offre alcuna utilità, acquista lo stesso al giusto valore di mercato.

Le dichiarazioni menzognere possono costituire raggiri ed integrare l'elemento materiale del delitto di truffa quando sono presentate in modo tale da indurre in errore il soggetto passivo di cui viene carpita la buona fede. Ricorrono gli estremi della truffa contrattuale tutte le volte che uno dei contraenti pone in essere artifici o raggiri diretti a tacere o a dissimulare fatti o circostanze tali che, ove conosciute, avrebbero indotto l'altro contraente ad astenersi dal concludere il contratto.

In particolare, alcune tipologie di pratiche commerciali ingannevoli, quali quella che ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. b), cod. cons., è idonea ad indurre in errore sulle caratteristiche principali del prodotto, l'origine geografica o commerciale, le caratteristiche dei controlli ai quali è stato sottoposto, quella delineata dall'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons. è costituita dalla frode in commercio (art. 515 c.p.) e accanto a questa

rilevano il reato di vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.) e la vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.)<sup>7</sup>.

In primo luogo si guarda alla sfera penale e prendendo le mosse dal reato di truffa<sup>8</sup>, si evince come si tratti di un reato a forma vincolata, in quanto non ogni attività ingannevole integra questa fattispecie, ma solo quella condotta che si articola in artifici o raggiri richiesti espressamente dalla norma incriminatrice. L'artificio consiste in qualunque intervento avente ad oggetto un'alterazione sulla realtà esterna che si realizza o simulando l'inesistente o dissimulando l'esistente.

Quando si tratta l'elemento oggettivo del delitto di truffa, si è soliti parlare di trasfigurazione<sup>9</sup> del vero, camuffamento della realtà, realizzati simulando ciò che non esiste (ricchezza, nome, conoscenze, qualità, esistenza di un determinato bene), o celando ciò che esiste, (ad es. lo stato di insolvenza)<sup>10</sup>. Il raggiri, invece, agisce direttamente sulla psiche della vittima e altro non è che una "menzogna qualificata" corredata da ragionamenti e discorsi tali da farla recepire come veritiera.

I raggiri vengono definiti come il cd. "avvolgimento" subdolo ed ingegnoso della psiche altrui che ne cagiona la caduta in errore e, dunque,

---

<sup>7</sup> Ma si pensi anche ai reati che hanno la loro matrice nel progresso tecnologico quali i reati informatici. In particolare la figura della frode informatica (art. 640-ter c.p.) e quella dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, commesso mediante *dialer* o clonazione di utenze telefoniche, (art. 615-*quater* c.p.) che al contempo integrano ipotesi di pratiche commerciali ingannevoli come nel caso, PS24, provv. n. 19051, del 30 ottobre 2008, in Boll. 41/2008 (*Telecom-Fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*). In materia di frodi informatiche mediante l'uso della clonazione di numerazioni telefoniche, codici e mediante *dialers* G. AMATO, *I reati informatici e le modifiche apportate dalla L. 48 del 2008*, in *Reati informatici*, a cura di G. AMATO, V. SANDRO DESTITO, G. DEZZANI, C. SANTORIELLO, Cedam, 2010, 115 e ss.. E ancora, M. GUERNELLI, *L'uso di strumenti informatici per la realizzazione di reati in materia patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, 2007.

<sup>8</sup> L'art. 640, comma 1, c.p. dispone che "Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032". Il comma 2, n. 2, del medesimo articolo statuisce il ricorrere della truffa aggravata laddove il fatto sia stato commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario.

<sup>9</sup> Così F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, Parte Speciale*, I, 2008, p. 356-357.

<sup>10</sup> Come scrive V. MANZINI «è artificio, in contrapposizione al raggiri, ogni idonea simulazione o dissimulazione, atta ad indurre in errore una persona, in modo che questa riceva l'immediata percezione di una falsa apparenza materiale, positiva o negativa (...)».

qualunque sia il comportamento del truffatore, è necessaria una certa astuzia o un sottile accorgimento nel porre in essere l'inganno.

Il reato di truffa può consistere in espressioni verbali fraudolente, ma anche in una messa in scena fittizia o in un comportamento idoneo a trarre in inganno la vittima.

Pertanto il raggio è ogni ragionamento menzognero finalizzato alla creazione di un certo convincimento ed idoneo a far apparire come vera la falsità prospettata.

Da tale spunto iniziale, si affronta il binomio diritto penale e diritto dei contratti che, a sua volta, impone, in via preliminare, la necessaria distinzione tra reato-contratto e reato in contratto.

Si parla di "reati-contratto" in riferimento a quelle fattispecie in cui la condotta tipica viene descritta mediante termini corrispondenti a quelli che definiscono nel diritto civile i singoli negozi.

La legge in questi casi punisce proprio la stipulazione del contratto e ricorre un'immedesimazione tra reato e negozio<sup>11</sup>.

I "reati in contratto", invece, sono prevalentemente costituiti dai delitti contro il patrimonio in cui il soggetto agente affinché sia soddisfatto il requisito dell'atto di disposizione patrimoniale compiuto dalla vittima mediante violenza, minaccia o frode deve carpirne la fiducia inducendolo ad un'attività di cooperazione.

Ebbene, i delitti di truffa, frode in commercio, circonvenzione di incapaci sono reati cd. plurioffensivi di danno posti a tutela non solo del patrimonio ma anche della libertà del consenso nei negozi patrimoniali dai quali deriva la stipulazione di un contratto.

Detto questo, emerge come elemento centrale del reato di truffa, ma anche di altre fattispecie delittuose come la circonvenzione di incapaci prevista dall'art. 643 c.p., quello dell'"induzione in errore" dal quale, a sua volta, si erige un ponte con gli artt. 1428 e ss. c.c. in tema di errore come vizio della volontà.

---

<sup>11</sup> Esempi sono l'incriminazione dell'acquisto o del commercio di determinate merci o sostanze.

Sul punto è opportuno esaminare e mettere a confronto il diverso modo di interpretare l'induzione in inganno e l'idoneità a trarre in inganno da parte della giurisprudenza penale<sup>12</sup> e di quella civile sulla rilevanza dell'errore.

Di qui, si procede con un terzo passaggio della ricerca, finalizzato all'esame del modo in cui l'ingannevolezza e l'induzione in errore rilevano per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, e, in secondo – eventuale - battuta per il giudice amministrativo dinnanzi al quale i professionisti impugnano il provvedimento antitrust.

La prospettiva seguita, dunque, muove dal confronto teorico e dal dato legislativo per giungere all'applicazione in concreto delle discipline e verificare se ci sono o meno punti di comunanza nell'approcciare, tollerare e risolvere il fenomeno dell'ingannevolezza.

## **2. I punti di snodo del raffronto delle fattispecie ingannevoli.**

Tra i punti focali di questa ricerca, il primo elemento oggetto di analisi è quello dell'“*induzione in errore*”: comprenderne il significato e quando ricorre, alla luce della diafrasi tra il procedere sulla base di una valutazione *ex ante* oppure *ex post* della condotta, e individuare il parametro alla stregua del quale valutarne l'idoneità o meno ad ingannare.

Ci si domanda se di debba tener conto dell'esponente medio della cerchia socio-culturale del soggetto passivo, e, in caso di risposta affermativa, quale rapporto vi sia tra questo e il parametro del consumatore medio.

Infatti, l'eventuale negligenza, credulità o ingenuità del consumatore offeso assume un diverso rilievo che assume nelle pratiche commerciali e nella truffa: il codice del consumo tutela il consumatore medio, non quello

---

<sup>12</sup> La quale si divide tra l'orientamento che attribuisce rilevanza all'idoneità in astratto della condotta a far cadere in errore il soggetto passivo e che, quindi, riconduce l'integrazione del reato all'esito positivo della valutazione *ex ante*, e un secondo filone giurisprudenziale che riconosce come la valutazione astratta compiuta *ex ante* debba essere integrata da un esame in concreto che tenga conto delle specifiche circostanze del caso come le condizioni psichiche, sociali della vittima e i contenuti più o meno grossolani degli artifici e raggiri impiegati dal soggetto agente

sprovveduto che agisce per scopi estranei all'esercizio dell'attività professionale in modo pigro, disinformato per sua negligenza.

La truffa, invece, non si perfeziona se colui che cede ai falsi miraggi prospettati dalla controparte versava in uno stato di dubbio cd. rilevante/specifico/concreto sulla base del quale avrebbe dovuto agire con diligenza ed indagare sulla veridicità o meno della condotta truffaldina: egli sarebbe una potenziale vittima meno vulnerabile e debole in virtù del possesso di dati che avevano insinuato il dubbio.

Un altro tassello del raffronto concerne gli artifici e raggiri: è necessario individuare quando sono realmente integrati e si sfocia nella truffa, quando non sono richiesti e quindi la condotta mendace integra altre figure penalmente rilevanti e quando, invece, ricorre la mera responsabilità contrattuale o la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

In questo ambito si innesta il rapporto degli artifici e raggiri con la cd. nuda menzogna e con il silenzio (il quale divide la dottrina e la giurisprudenza penalistica circa l'integrare o meno la truffa) ed infine con le magnificazioni e le vanterie tipiche dei messaggi pubblicitari.

Inoltre, come si è detto in precedenza, la truffa è un reato a forma vincolata in quanto è integrata solo laddove la condotta posta in essere dal soggetto agente – che deve essere causalmente ricollegabile all'induzione in errore del soggetto passivo - avvenga nel rispetto del paradigma degli artifici e raggiri.

Diversamente, però, la giurisprudenza penale non esamina i casi partendo dalla condotta ma guarda all'evento affermando che il solo fatto che una persona sia stata indotta in errore è sufficiente per ritenere che a monte vi siano stati artifici e raggiri e che dunque si possa parlare di truffa ai sensi dell'art. 640 c.p..

Si pone, allora, il rischio di un ampliamento eccessivo del reale significato che il legislatore ha inteso attribuire a tale fattispecie, che è stata strutturata come un reato a forma vincolata proprio per restringerne l'ambito di operatività e la fisionomia.

Invece, così operando, il giudice rischia di far confluire qualunque condotta ingannevole nel reato di truffa snaturandone la natura, il significato, offuscandone i tratti distintivi al punto da confondersi con la condanna di altre fattispecie ingannevoli estranee al codice penale.

Altro fattore cruciale è quello della condotta: il differente rilievo di quella cd. “isolata” rispetto alle pratiche commerciali dove la condotta deve essere complessa ovvero deve essere tendenzialmente ripetibile.

Un altro tassello, per certi versi chiave di lettura dell’intero raffronto anche, e soprattutto, in relazione al suo essere nota decisiva nelle decisioni, tanto di *private* quanto di *public enforcement*, che investono le fattispecie ingannevoli, è l’“*elemento soggettivo*”: come si atteggia nelle varie forme di manifestazione delle condotte ingannevoli?

Nell’illecito antitrust, al quale il giudice amministrativo tende ad avvicinare la figura delle pratiche commerciali scorrette, non rileva, ai sensi della legge n. 287/1990, l’elemento psicologico del soggetto agente e non è necessario fornirne la prova.

Diversamente, nel diritto penale e in riferimento ai reati in contratto, come la truffa o la frode in commercio, deve sussistere una condotta dolosa e deve provarsi che l’autore ha agito con la consapevolezza di ingannare mediante il ricorso ad artifici e raggiri al fine di conseguire un ingiusto profitto.

In relazione a ciò è interessante vedere se e come rilevi l’elemento psicologico del soggetto autore di un illecito quale la pratica commerciale scorretta la cui repressione, pur spettando all’Autorità Antitrust, presenta caratteristiche diverse dal “canonico” illecito oggettivo anticoncorrenziale.

Infine, da ultimo, il “danno”: nella truffa è un elemento essenziale della fattispecie e tanto la dottrina quanto la giurisprudenza maggioritarie affermano debba essere inteso in senso economico, mentre nelle pratiche commerciali scorrette è sufficiente la mera potenzialità in astratto a cagionare un danno.

E ugualmente, nella truffa contrattuale un consistente orientamento giurisprudenziale individua il danno nel fatto stesso della stipulazione del

contratto anche a prescindere da un'effettiva perdita di carattere economico. E' sufficiente che alla base della stipula vi sia stata l'offesa alla libertà di disporre liberamente a causa del concorso di artifici e raggiri: la cd. "depatrimonializzazione" del danno nella truffa contrattuale.

Diversamente dal reato di truffa ai sensi dell'art. 640 c.p. e analogamente a quanto accade per le pratiche commerciali ingannevoli, nel reato di circonvenzione di incapaci è sufficiente il danno potenziale.

## CAPITOLO I

### **IL CONCETTO DI “PRATICA COMMERCIALE”: DALLA DEFINIZIONE LEGISLATIVA COMUNITARIA ALLA DEFINIZIONE NAZIONALE PREVISTA DAL CODICE DEL CONSUMO**

#### **1. La direttiva 2005/29/Ce e il mercato interno.**

La tutela dei consumatori ha registrato una tappa fondamentale con la Direttiva n. 2005/29/Ce<sup>13</sup>. Infatti, la sua entrata in vigore, avvenuta il 12 giugno 2005, ha saputo fissare con vigore il percorso che i singoli Stati membri dovevano percorrere per realizzare una svolta risolutiva nell’ambito delle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

Indubbiamente, ha giocato un ruolo di primissimo piano, tanto da essere riconosciuto all’unanimità<sup>14</sup> come il momento in cui si è innestata la spinta decisiva verso l’adozione della suddetta direttiva, il Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell’Unione europea presentato il 2 ottobre 2001. Con esso la Commissione aveva preso coscienza e proclamato la necessità di creare un mercato interno dei consumatori che fosse «perfettamente funzionante» e ciò in quanto solo un simile risultato, realizzato mediante la smitizzazione e la traduzione sul piano pratico e tangibile di quello che era ancora solo l’utopia del “mercato interno”, avrebbe potuto rappresentare il punto di convergenza strategico per l’avvicinamento dei cittadini all’Unione europea<sup>15</sup>.

La Commissione, dando attuazione alla previsione del Libro Verde in merito all’adozione di una direttiva quadro che consentisse di cancellare le divergenze tra le norme dei singoli Stati membri in materia di pratiche

---

<sup>13</sup> La Direttiva 2005/29/Ce è stata pubblicata l’11 giugno 2005 sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea n. L 149.

<sup>14</sup> In questo senso L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI e ROSSI CARLEO, Giuffrè, Milano, 2007, 1 e ss.; R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, n. 2/2006, 362; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce*, in AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, Giappichelli, Torino, 2009, 3.

<sup>15</sup> Questa era l’idea affermata al punto 3.1 del Libro Verde.



commerciali, e perseguendo al contempo la riduzione delle norme settoriali, ha posto in essere un intervento “anomalo”, in cui discostandosi dal tradizionale approccio di carattere generale e settoriale, proprio delle precedenti azioni in materia di tutela del consumatore<sup>16</sup>, ha operato in favore di una «direttiva-quadro».

La direttiva n. 2005/29/Ce è andata ad intervenire sul piano orizzontale<sup>17</sup> disciplinando tutte le pratiche commerciali che un professionista può compiere all'interno dei rapporti che instaura con uno o più consumatori, senza distinguere od escludere dal suo ambito di applicazione determinate categorie<sup>18</sup>.

Naturalmente, data la sua natura generale, quanto previsto dalla direttiva doveva, e deve, essere coordinato con la disciplina di carattere speciale dettata dalle direttive settoriali vigenti al momento della sua entrata in vigore.

Sul punto l'art. 3, comma 4, stabilisce che ogni contrasto che sorge tra le disposizioni di diritto comunitario di tipo settoriale e quanto previsto

---

<sup>16</sup>Tra gli interventi di carattere generale si ricorda la direttiva n. 84/450/Ce concernente il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, modificata dalla direttiva n. 97/55/Ce sulla pubblicità comparativa; o ancora, la direttiva n. 96/6/Ce relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; la direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole abusive inserite nei contratti stipulati con i consumatori; la direttiva n. 99/44/Ce avente ad oggetto alcuni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; infine, si pensi alla direttiva n. 98/27/Ce sui provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori. Sul fronte delle azioni di tipo settoriale poste in essere dalla Commissione europea, la direttiva n. 76/768/Cee sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di prodotti cosmetici; la direttiva n. 92/28/Cee relativa alla pubblicità dei medicinali per uso umano; la direttiva n. 90/314/Cee concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»; la direttiva n. 85/577/Cee sulla tutela dei consumatori nell'ambito dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali; la direttiva n. 87/102/Cee sul credito al consumo successivamente modificata dalla direttiva n. 90/88/Cee e poi dalla direttiva n. 98/7/Cee; la direttiva n. 97/7/Ce recante la disciplina posta a tutela dei consumatori in materia di contratti a distanza; la direttiva n. 200/13/Ce sul riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di etichettatura e presentazione dei prodotti alimentari e della relativa pubblicità; la direttiva n. 2002/65/Ce concernente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori.

<sup>17</sup> Anche il Libro Verde sulla “Revisione dell'*aquis* comunitario dei consumatori” presentato alla Commissione Europea l'8 febbraio 2007 critica il tradizionale intervento settoriale di tipo verticale laddove evidenzia come «*la legislazione a tutela dei consumatori, fino all'adozione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali nel 2005, si è basata essenzialmente sull'approccio verticale destinato a fornire soluzioni specifiche a problemi particolari. Questo approccio ha determinato però un contesto normativo frammentato.*»

<sup>18</sup> La direttiva 2005/29/Ce prende le distanze ed abbandona l'approccio di tipo verticale tipico degli interventi realizzati dal legislatore comunitario per regolamentare singoli settori o specifiche tipologie di pratiche commerciali (ad esempio come nel caso della direttiva n. 98/67/Ce sulla tutela dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori) oppure quelle pratiche aventi ad oggetto particolari beni o servizi.

dalle regole generali dettate dalla direttiva 2005/29/Ce deve essere risolto a favore delle prime<sup>19</sup>.

La direttiva quindi, operando soltanto laddove ricorrano pratiche commerciali o alcuni loro aspetti peculiari non disciplinati da direttive settoriali già vigenti, ha natura meramente sussidiaria.

La classificazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali come direttiva-quadro, cui si è accennato poc'anzi, discende dal fatto che con essa il legislatore comunitario ha realizzato, al fine di rafforzare la fiducia nel mercato interno e di ridurre le barriere alla commercializzazione transfrontaliera di beni e servizi, un'armonizzazione delle norme comunitarie in materia di pratiche commerciali sleali tra professionisti e consumatori che si è soliti definire "massima" e che ha precluso ai singoli Stati membri la possibilità di mantenere in vigore o di introdurre norme più restrittive o più ampie nell'ambito del settore oggetto della sua disciplina<sup>20</sup>.

Però, se il riconoscimento del carattere sussidiario della direttiva è pressoché pacifico, non appare altrettanto convincente, o quantomeno scontata, la conclamata natura "completa" dell'armonizzazione da essa perseguita.

Un'armonizzazione massima, piena, implicherebbe l'impossibilità per i legislatori nazionali di attuare la direttiva prendendo le distanze dalle sue disposizioni e questo anche laddove la divergenza fosse motivata dalla realizzazione di un livello di tutela dei consumatori maggiore rispetto quello fissato in sede comunitaria.

---

<sup>19</sup> Sempre su questo punto rileva quanto stabilito dal *Considerando* n. 10 della direttiva n. 2005/29/Ce, secondo il quale: «Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinano aspetti specifici delle pratiche sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore (...), la presente direttiva completa pertanto l'acquis comunitario applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

<sup>20</sup> Infatti, nel testo della proposta originaria di direttiva era prevista una clausola cd. "mercato interno" la quale stabiliva che ogni professionista dovesse svolgere la propria attività nel rispetto delle sole norme del proprio paese di origine e che, allora, le imprese che avessero osservato tali disposizioni non sarebbero state assoggettate all'imposizione di ulteriori obblighi da parte degli altri Stati membri al cui interno la pratica commerciale sleale avesse avuto delle ripercussioni. Invece, l'adozione del grado di armonizzazione massima ha escluso, differentemente da quanto era stato previsto nella proposta originaria di direttiva, la possibilità di ricorrere al principio del mutuo riconoscimento.

Ebbene, nonostante il *Considerando* n. 15 della direttiva ed i lavori preparatori parlino di armonizzazione piena, sussistono sul punto alcune perplessità<sup>21</sup>.

In primo luogo, soggiunge la lettura dei commi 5 e 6 del suddetto art. 3 della direttiva.

Infatti, il comma 5 prevede che per un periodo di 6 anni, decorrenti dal 12 giugno 2007, possano continuare a trovare applicazione le disposizioni già esistenti nei rispettivi ordinamenti interni degli Stati membri contenenti una disciplina più rigorosa e vincolante rispetto a quella fissata nelle disposizioni della direttiva 2005/29/Ce.

Simile previsione opera però ove ricorrano determinate condizioni, ovvero solo laddove le disposizioni preesistenti siano: *i*) state adottate in recepimento di precedenti direttive comunitarie di armonizzazione minimale delle legislazioni nazionali; *ii*) idonee ad assicurare ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello minimo garantito dalla direttiva cui danno attuazione ed *iii*) essenziali per garantire ai consumatori una tutela appropriata contro le pratiche commerciali sleali nonché proporzionate al raggiungimento di tale scopo<sup>22</sup>.

Ed allora, solo nel caso in cui venga a mancare una di tali condizioni le disposizioni già esistenti presso l'ordinamento dello Stato membro lasceranno il posto a quanto stabilito dalla direttiva 2005/29/Ce, mentre in caso contrario le normative nazionali saranno applicate fino al 12 giugno 2013.

Il che sta a significare che fino a tale data la disciplina comunitaria di armonizzazione delle normative nazionali sulle pratiche commerciali sleali non troverebbe applicazione contravvenendo così al suo stesso disegno di unificazione completa.

---

<sup>21</sup> In questo senso, sostenitore di quella che è suole definire <<natura (asseritamente) completa>> della direttiva 2005/29/Ce è G. DE CRISTOFARO, *La direttiva*, cit., 34 e ss.. In senso contrario, invece, si esprime C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 10, 777, il quale sostiene che la direttiva sulle pratiche commerciali sleali sia portatrice di una reale armonizzazione massima e che, di conseguenza, ai legislatori nazionali siano stati lasciati margini di manovra <<(…) se non esistenti, effettivamente scarsi>>.

<sup>22</sup> In questo senso G. DE CRISTOFARO, *La direttiva*, cit., 31 e p. 35-36.

Non solo. Ai sensi di quanto previsto dal *Considerando* n. 6 gli Stati membri possono mantenere in vigore e legiferare nel modo che ritengono più opportuno, ovvero autonomamente dalla direttiva 2005/29/Ce e conformemente al diritto comunitario, le ipotesi di pratiche commerciali sleali che ledano esclusivamente gli interessi di soggetti concorrenti del professionista autore della pratica e quelle che siano connesse o vengano poste in essere nell'ambito di rapporti contrattuali tra soli professionisti.

Ai sensi dell'art. 3, comma 8, della direttiva la disciplina delle pratiche commerciali sleali non intacca le disposizioni nazionali finalizzate a mantenere alti i livelli di «*integrità delle professioni regolamentate*» in relazione alle quali gli Stati membri possono introdurre norme speciali ed autonome nonché, ove necessario, divergenti rispetto a quelle della direttiva<sup>23</sup>.

Inoltre, il *Considerando* n. 9 statuisce che in materia di pratiche commerciali i legislatori nazionali possano mantenere o introdurre limitazioni o divieti che siano adeguatamente motivati dalla necessità di tutelare la salute e la sicurezza dei consumatori nel territorio in cui risiedono a prescindere da quale sia il luogo di stabilimento del professionista<sup>24</sup>.

E, sempre nel medesimo *Considerando* viene riconosciuta agli Stati membri la possibilità di applicare norme più restrittive di quelle previste dalla direttiva nell'ambito del settore dei beni immobili e dei servizi finanziari e ciò in considerazione della loro complessità e dei gravi rischi ad essi inerenti dai quali discende la necessità di prevedere «*obblighi particolareggiati*» a tutela degli interessi economici dei consumatori.

O ancora, si osservi il *Considerando* n. 7, proposizioni nn. 3 e 4, ai sensi del quale agli Stati membri è concessa la facoltà di mantenere o

---

<sup>23</sup> Si pensi alle disposizioni nazionali con le quali il legislatore interno regola lo stabilimento o il regime delle autorizzazioni a svolgere la professione, o ancora a quelle in materia di codici deontologici. Ovviamente gli Stati membri devono esercitare questa libertà normativa nello spazio vuoto lasciato dalla direttiva 2005/29/Ce nel rispetto della restante normativa comunitaria vigente.

<sup>24</sup> Proprio ad ulteriore tutela della salute e della sicurezza dei consumatori, la 5° proposizione del *Considerando* n. 14 afferma che la direttiva «*non osta a che gli Stati membri precisino nella legislazione nazionale le principali caratteristiche di particolari prodotti elettronici, qualora l'omissione di tale precisazione avesse importanza decisiva al momento dell'invito all'acquisto*».

stabilire che determinate pratiche commerciali, seppur inidonee ad incidere e limitare la libertà di scelta del consumatore, siano vietate per ragioni di buon gusto e decenza o per motivi culturali propri della popolazione e dell'area geografica dello Stato membro interessato e ciò, ovviamente, entro i limiti di conformità delle disposizioni nazionali con la restante normativa comunitaria.

Ma ancora, e soprattutto, rilevano due punti che assumono un ruolo fondamentale nell'ambito della disciplina finalizzata a garantire la massima uniformità di tutela degli interessi economici di tutti i consumatori europei.

Mi riferisco, innanzitutto, alla scelta con cui la Commissione ha rimesso alla discrezionalità dei legislatori nazionali la soluzione della questione relativa alle conseguenze di diritto privato derivanti dalla violazione del divieto di pratiche commerciali sleali<sup>25</sup>.

L'altro "buco nero" lasciato dalla direttiva e devoluto all'autonomia dei singoli Stati membri concerne l'individuazione e la definizione degli strumenti di tutela che ciascun Paese deve garantire ai consumatori nei confronti delle pratiche commerciali sleali.

L'art. 11, infatti, statuisce come gli Stati membri debbano garantire l'esistenza di mezzi adeguati ed efficaci per contrastare le pratiche commerciali oggetto del divieto.

Tra questi la norma indica la possibilità per *<le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, ivi compresi i concorrenti>*, di promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche e/o sottoporle al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare. Quindi, ogni Stato membro è libero di decidere se affidare le questioni in materia di pratiche commerciali sleali all'autorità giudiziaria, all'autorità

---

<sup>25</sup> La direttiva non dispone in merito al diritto contrattuale e il legislatore comunitario ha espressamente previsto che la normativa sulle pratiche commerciali sleali non pregiudica l'applicazione delle norme di diritto interno in materia di formazione, validità ed efficacia del contratto. Il dibattito sulle possibili conseguenze che si riflettono su un contratto concluso tra un professionista e uno o più consumatori a seguito di una condotta del primo che integri una pratica commerciale sleale, o del contratto in esecuzione del quale viene violato il divieto di pratiche commerciali sleali, e l'individuazione della soluzione che, ad oggi, sembra prospettarsi in Italia saranno oggetto di trattazione più avanti.

amministrativa o ad entrambe e di stabilire l'opportunità di introdurre l'obbligo di ricorrere in via preliminare ad altri strumenti rimediali prima del ricorso all'autorità giudiziaria o amministrativa. Ed ancora, sempre alla discrezione di ciascun paese dell'Unione europea è rimessa la decisione di affidare o meno all'autorità giudiziaria il potere di far cessare le pratiche commerciali sleali o di vietare quelle in procinto di realizzazione imminente *«anche in assenza di prove in merito alla perdita o al danno effettivamente subito, oppure in merito all'intenzionalità o alla negligenza da parte del professionista»*.

Inoltre, anche la determinazione delle sanzioni che devono essere irrogate nei confronti dei professionisti che contravengono al divieto di pratiche commerciali sleali violando la normativa nazionale di attuazione della direttiva è delegata agli Stati membri i quali devono prevedere sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" così come indicato dalla Commissione.

Infine, la direttiva n. 2005/29/Ce lascia inalterate le norme comunitarie relative a specifici aspetti delle pratiche commerciali sleali, quali gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore.

### **1.1. La presunta natura completa della Direttiva n. 2005/29/Ce: critiche.**

Da quanto fin'ora brevemente esposto, è innegabile come i non pochi oneri<sup>26</sup> riguardanti la definizione di una pluralità di aspetti delle pratiche

---

<sup>26</sup> Di "onere e onore" con riferimento agli ampi spazi che all'interno della disciplina delle pratiche commerciali sleali sono stati rimessi all'autonomia ed alla discrezionalità dei singoli Stati membri

commerciali sleali rimessi dal legislatore comunitario ai legislatori nazionali, i quali sono legittimati a discostarsi dalla disciplina contenuta nella direttiva, mal si conciliano con l'asserita natura "completa" dell'opera di armonizzazione della direttiva stessa.

Tale obiettivo non è stato portato avanti fino in fondo<sup>27</sup>, o forse con la dovuta convinzione, ed ha lasciato il posto ad una disciplina quadro di carattere generale.

Gli organi comunitari sono approdati alla direttiva 2005/29/Ce al fine di introdurre nel quadro della politica europea a tutela dei consumatori quel tassello fondamentale che fosse in grado, quantomeno, di ridurre gli ostacoli che rendono frammentata e tutt'altro che efficiente la salvaguardia dei loro interessi economici.

In questo modo, hanno intrapreso la traduzione sul piano concreto di quello che era ancora solo il modello astratto del mercato interno.

Infatti, questo si fonda sulla realizzazione di due obiettivi: l'armonizzazione dei prezzi dei medesimi beni e servizi oggetto di negoziazioni transfrontaliere e la possibilità per i consumatori di fare affidamento su un'offerta più vasta e diversificata dei prodotti<sup>28</sup>.

E' mediante il conseguimento di questi risultati che il consumatore si imbatte in prezzi vantaggiosi di beni e servizi che puntano a livelli di qualità e funzionalità sempre maggiori.

Prima dell'intervento comunitario le notevoli differenze che caratterizzavano le leggi nazionali in materia di pratiche commerciali sleali erano tali da determinare sensibili distorsioni della concorrenza e, conseguentemente, incidevano sul buon funzionamento del mercato interno.

---

parla S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, n. 7/8, 1466.

<sup>27</sup> In questo senso oltre a G. DE CRISTOFARO, *La direttiva*, cit., anche P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di A. GENOVESE, Cedam, 2008.

<sup>28</sup> Il Considerando n. 2 della direttiva afferma che «a norma dell'articolo 14, par. 2, del trattato, il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione di merci e servizi, nonché la libertà di stabilimento. Lo sviluppo di pratiche commerciali leali all'interno dello spazio senza frontiere interne è essenziale per promuovere le attività transfrontaliere».

Ecco che allora, in attuazione dell'art. 153 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, ovvero puntando al conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori, la direttiva 2005/29/Ce, integrando le regole comunitarie già esistenti e applicate in materia di pratiche commerciali lesive degli interessi dei consumatori, è intervenuta per assicurare un unico quadro normativo capace di fissare nell'ambito del mercato interno un *level playing field*<sup>29</sup> per quanto riguarda le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

L'aspirazione della direttiva è trasversale<sup>30</sup> in quanto da un lato si rivolge alla tutela degli interessi economici dei consumatori e dall'altro dirige la sua attenzione alla concorrenza del mercato unico affinché questi due aspetti convivano e interagiscano in costante equilibrio ed in funzione del raggiungimento di un'economia di mercato efficiente e pluralista capace di realizzare un mercato comunitario perfettamente integrato.

In un'ottica prettamente concorrenziale il mercato deve essere riconosciuto e rispettato come quel luogo in cui sorgono e si sviluppano rapporti di scambio di beni e servizi. E' uno spazio che nasce e vive di quello che è il costante dialogo tra i professionisti-autori di offerte e coloro che, essendone i destinatari, devono rispondere e compiere scelte economiche. Ma affinché quest'area sia efficiente e caratterizzata dal pluralismo, dalla libertà di accesso ai fattori di produzione ed agli sbocchi di mercato, da un arricchimento quantitativo e qualitativo dei prodotti offerti e da un meccanismo di auto-controllo dei prezzi<sup>31</sup> è indispensabile che a monte siano poste le basi necessarie a garantire l'adozione di scelte libere e consapevoli.

Nel mercato, al cui interno sorge e si snoda fino all'atto di acquisto il dialogo con il professionista, il consumatore bersagliato da comunicazioni

---

<sup>29</sup> R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce*, cit., 367.

<sup>30</sup> Così L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale*, cit., 10.

<sup>31</sup> La questione è affrontata in questi termini da U. TROIANI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Consumatori, diritti e mercato*, n. 1/2008, 68. L'Autore puntualizza come la tutela della concorrenza implichi non solo l'eliminazione di situazioni di monopolio o concentrazione, ma anche l'adozione di misure di regolazione poiché nel mercato non operano le sole imprese, ma insieme a queste è uno spazio in cui agiscono anche i soggetti destinatari di beni e servizi.



commerciali, offerte ed inviti all'acquisto, deve poter contare su una combinazione di fattori che gli permettano di esercitare la propria libertà di autodeterminazione a contrarre.

La premessa funzionale alla libertà di assumere scelte consapevoli ed alla predisposizione delle basi di un mercato unico, pluralista, libero e concorrenziale, è data dalla trasparenza delle condotte dei professionisti.

Ecco che allora è stato inevitabile per il legislatore comunitario ricorrere ad un provvedimento che, puntando al "giusto mezzo" aristotelico tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori, prendesse le mosse dall'armonizzazione delle disposizioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali, dato che proprio la loro diversità, fonte di incertezza tra gli attori del mercato, riguardava in primo luogo l'esigenza di informazioni e comportamenti onesti e trasparenti<sup>32</sup>.

Sul fronte dei professionisti, le divergenze delle legislazioni degli Stati membri in materia di pubblicità commerciale e pratiche commerciali disincentivavano le imprese dall'offrire i propri beni e servizi in tutti i Paesi dell'Unione Europea poiché, essendo impossibile adottare prassi commerciali uniformi, si vedevano costrette ad affrontare costi molto elevati per calibrare ed adattare le caratteristiche ed i contenuti delle attività promozionali a quanto stabilito dalle diverse normative dei singoli Stati membri<sup>33</sup>.

Sul versante dei consumatori, invece, la medesima disomogeneità legislativa li rendeva, ed in parte li rende tutt'oggi, operatori del mercato incerti e più o meno consapevoli della loro vulnerabilità.

Non conoscendo le disposizioni degli Stati diversi da quello nazionale, essi credono di non poter usufruire delle medesime tutele riconosciutegli nello Stato di residenza finendo così con l'essere diffidenti verso le

---

<sup>32</sup> Infatti, come affermato dal *Considerando* n. 4 della direttiva, queste differenze avrebbero introdotto nel mercato interno non pochi ostacoli rendendo, da un lato, più oneroso per le imprese l'esercizio delle loro libertà nell'ambito delle attività di marketing, di promozione, nelle campagne pubblicitarie, e, dall'altro, incerto e difficile per i consumatori l'individuazione prima e l'esercizio poi dei loro diritti con la conseguente compromissione della loro fiducia nel mercato interno.

<sup>33</sup> G. DE CRISTOFARO, *La direttiva*, cit., 6.

negoziazioni transfrontaliere che sono avvertire come atti rischiosi dai quali tenersi a debita distanza.

Perciò, solo l'attuazione di regole uniformi per tutti i paesi comunitari può ridare quella fiducia e quella uguaglianza essenziali per un mercato interno perfettamente integrato e trasparente in cui gli scambi ed il confronto tra domanda ed offerta siano effettivi e si muovano, in un continuo divenire, verso un'efficienza concorrenziale che sia al contempo pro imprese e pro consumatori.

Ebbene, è proprio da questa presa di coscienza-obiettivo che gli organi comunitari sono approdati all'emanazione della direttiva 2005/29/Ce.

Il divieto delle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori è stato dunque il grimaldello mediante il quale la Commissione ha inteso rafforzare la tutela degli interessi economici dei consumatori, garantire indirettamente quelli dei concorrenti leali e rendere effettivo il mercato unico europeo.

## **2. La definizione di «pratica commerciale sleale».**

La direttiva n. 2005/29/Ce, ai sensi degli artt. 2-13, si applica esclusivamente a quelle condotte che rientrino nell'ambito della qualificazione di “pratica commerciale” e che siano state poste in essere tra un'impresa e uno, o più, consumatori.

La definizione di questa espressione viene fornita alla lett. d) dell'art. 2, dove si statuisce che per pratica commerciale si intende «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione ivi compresi la

pubblicità e il marketing, posti in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

Il predecessore del concetto di pratica commerciale va ravvisato in quello di “comunicazione commerciale”.

Il Libro verde sulla “Comunicazione commerciale nel mercato interno”<sup>34</sup> riconosceva come questa rappresentasse per l’Unione europea uno dei pilastri sui cui fondare il mercato unico.

Già all’epoca, la Commissione aveva avvertito il ruolo fondamentale di congiunzione ed integrazione dei mercati nazionali che la comunicazione commerciale era capace di svolgere, avendo essa il compito di *«promuovere l’identità di una marca e di informare i clienti potenziali, rafforzando il posizionamento desiderato per la marca o per la società nonché fornendo informazioni adeguate sul prodotto o servizio offerto»*.

Nel formulare la prima accezione di comunicazione commerciale, la Commissione affermava che questa ricomprendesse tutte le forme di comunicazione volte a promuovere i prodotti, i servizi o l’immagine di imprese o di organizzazioni presso consumatori o distributori finali<sup>35</sup>.

Ed indubbiamente, rientra in questa definizione di comunicazione commerciale, tanto da occuparvi un posto di primo piano, la pubblicità.

Questa, nelle sue varie forme di manifestazione, e le altre attività di comunicazione devono essere finalizzate alla promozione della circolazione transfrontaliera di beni e servizi e devono incidere sul mercato finale, ovvero sulle scelte ed il susseguente comportamento di consumo di coloro che vi operano<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> COM (96)0192 e pubblicato sulla GU C286 il 29 settembre 1997.

<sup>35</sup> Sempre il Libro verde, nella sua Introduzione, prevede che *«Il termine comunicazione commerciale si riferisce a tutte le forme di pubblicità, marketing diretto, sponsorizzazione, promozione delle vendite e delle relazioni pubbliche. Riguarda inoltre l’uso di tali servizi di comunicazione commerciale da parte di tutte le imprese di produzione di beni e prestazioni di servizi, degli enti pubblici statali e parastatali, degli istituti di beneficenza e delle organizzazioni politiche»*.

<sup>36</sup> Su questo punto e per una maggiore disamina sul Libro Verde sulla comunicazione commerciale si veda L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale*, cit., 1 e ss..

L'art. 3, paragrafo 1, dispone che la direttiva concerne «*le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto*».

Premesso che con l'espressione “operazione commerciale” si allude alla conclusione di contratti tra imprese e consumatori<sup>37</sup>, la direttiva porta con sé l'ambiziosa aspirazione di dettare una normativa che copra il vastissimo spazio che sorge dalle attività che precedono la stipula di un contratto, passando poi per le aree in cui questo si sviluppa, e che si estende fino ed oltre la sua esecuzione.

Tenendo poi in considerazione un ulteriore dato, ossia che l'area di intervento appena descritta altro non è che il difficile scenario del mercato in cui quotidianamente il consumatore si ritrova ad istaurare con i professionisti rapporti privi di un reale dialogo/scambio di informazioni e a compiere scelte in una posizione di sostanziale inferiorità, ecco che diviene lampante come proprio le “comunicazioni commerciali” svolgano in simile contesto un ruolo determinante.

Esse sono la nuova veste che la “parola”<sup>38</sup> hanno assunto nell'ambito del mutismo che è divenuto la prassi nei rapporti di scambio tra imprese e consumatori.

Non solo. Questo nuovo linguaggio, che si caratterizza per assumere forme diverse in funzione dei Paesi in cui dovrà essere compreso e degli strumenti mediante i quali varcherà i confini nazionali per giungere a tutti i suoi destinatari<sup>39</sup>, deve conciliare la sua complessità con un'esigenza primaria: consentire al consumatore di riappropriarsi dell'identità di soggetto attivo del mercato affinché, in una posizione di parità con il suo

---

<sup>37</sup> Sul punto ricorrono consensi unanimi, in primo luogo sulla base delle espressioni letterali utilizzate nella traduzione dell'art. 3, paragrafo 1, della direttiva, quali ad esempio “*commercial transaction*”, “*transacción comercial*”, “*transaction commerciale*”.

<sup>38</sup> Così L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale*, cit., 12.

<sup>39</sup> L. ROSSI CARLEO, ID, cit., 13, precisa come questa “materializzazione” della parola sia soggetta a continui cambiamenti in relazione ai mezzi di comunicazione utilizzati, quali Internet, attraverso il quale si compie «*(...) una più intensa commistione fra promozione e informazione, e sembra rendere assai meno precise e rigorose le fasi dell'“invito all'acquisto”(...)*». L'Autore, dunque, comprende come sia necessario che a questi mutamenti segua «*una nuova alfabetizzazione*» che permetta al consumatore di essere attore consapevole del mercato.

interlocutore professionale, possa valutare, scegliere e agire coscientemente.

Perciò il legislatore comunitario, comprendendo l'urgenza di mettere a punto una disciplina uniforme che, sulla base di tali considerazioni, riporti l'equilibrio tra i soggetti titolari dell'offerta e coloro che ne sono i destinatari e sia funzionale alla realizzazione di un mercato unico efficiente e competitivo, ha concentrato la direttiva sulla figura delle pratiche commerciali.

E' al loro interno, nelle molteplici configurazioni che possono assumere, che la nuova parola deve fluire verso i consumatori attuando il baluardo della trasparenza, della veridicità e della completezza.

Tornando al combinato disposto degli artt. 2, lett. *d*), e 3, paragrafo 1, della direttiva, emerge come il divieto colpisca tutti i comportamenti dei professionisti che sono direttamente connessi alla promozione, vendita o fornitura presso i consumatori di qualunque tipologia di bene o servizio.

Si tratta di tutte quelle condotte con cui l'impresa opera nel mercato per influenzare e orientare verso la direzione che le è più vantaggiosa le scelte, e a monte le domande, dei consumatori.

Sicuramente il momento cruciale delle pratiche commerciali oggetto della direttiva risiede nella fase che precede il compimento dell'operazione commerciale.

Ad ogni modo, la definizione estremamente ampia rende irrilevanti quali siano le caratteristiche specifiche che i comportamenti dei professionisti devono assumere per integrare una pratica commerciale ai sensi della direttiva 2005/29/Ce<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> In merito a questo aspetto ricorre una divergenza di opinioni tra chi, come DE CRISTOFARO, *La direttiva*, cit., 8, nota 23, esclude che la condotta che rientri nella definizione di "pratica commerciale" debba necessariamente poter essere qualificata come un "atto di concorrenza" ai sensi della normativa sulla concorrenza sleale poiché la prima nozione è più ampia e comprende la seconda, e chi, come P. AUTERI, *Introduzione*, cit., 9, ritiene che la maggior parte delle condotte qualificabili come pratiche commerciali ai sensi della direttiva siano «(...) valutabili nell'ambito della repressione della concorrenza sleale (...)».

Simili condotte possono essere rinvenute nelle dichiarazioni, anche prive del carattere negoziale, e nei comportamenti meramente materiali o in semplici omissioni.

Un posto di rilievo nella nozione di pratica commerciale spetta alle comunicazioni commerciali ed in particolare a quelle della pubblicità e del marketing<sup>41</sup>, le quali altro non sono che il profilo “dinamico” delle attività d’impresa con cui beni e servizi vengono promossi presso il pubblico dei consumatori<sup>42</sup>.

La condotta del professionista è riconducibile al concetto di pratica sleale laddove abbia ad oggetto la promozione di beni o servizi presso, e a vantaggio, dei consumatori, oppure ove sia direttamente connessa ad un contratto tra l’impresa e un consumatore senza che, in tale ultima ipotesi, assuma rilievo il contenuto, l’oggetto o la causa del negozio che poi verrà eventualmente concluso.

Quel che conta è che a tale contratto sia direttamente connesso il comportamento, attivo, omissivo, ingannevole o aggressivo, posto in essere dall’impresa.

E’ una pratica commerciale soggetta alla disciplina della direttiva 2005/29/Ce anche quella comunicazione commerciale che è direttamente finalizzata alla promozione di beni o servizi e si rivolge indistintamente sia ai consumatori che ai professionisti<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Le nozioni di “comunicazione commerciale” e di “pubblicità” non ricorrono nella direttiva 2005/29/Ce in quanto per esse si rinvia, rispettivamente, all’art. 2, lett. f) della direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico, ed all’art. 2, n. 1 della direttiva n. 84/450/Ce in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (ora convertito nell’art. 2, lett. a), della direttiva n. 2006/114/Ce.

<sup>42</sup> In questi termini L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione*, cit., 15, espone la riflessione sul concetto di pratica commerciale sleale e comunicazione commerciale. L’Autore individua come all’interno della direttiva 2005/29/Ce sia stata compiuta una separazione tra la pubblicità e le pratiche sleali, dove la prima rappresenterebbe « (...) *al pari dei marchi, delle denominazioni sociali e degli altri segni distintivi (...)*», il profilo cd. statico proprio della concorrenza, mentre le seconde, guardando « (...) *alle modalità attraverso le quali l’oggetto viene portato all’attenzione del consumatore (...)*», atterrebbero al profilo dinamico.

<sup>43</sup> Rimangono escluse dal concetto di pratica commerciale sancito dalla direttiva 2005/29/Ce quelle condotte che non siano direttamente finalizzate a promuovere prodotti presso i consumatori o/e che non siano direttamente connesse alla stipula di contratti con i consumatori. Identica sorte per i messaggi pubblicitari o le tecniche di marketing indirizzate ai soli professionisti o collegate alla conclusione di contratti tra professionisti.

Infine, qualora la pratica posta in essere dal professionista si manifesti secondo una delle modalità appena elencate, questa rimarrà in ogni caso estranea al concetto di pratica commerciale sleale se dovesse ledere i soli interessi economici di soggetti professionisti o gli interessi non economici dei consumatori<sup>44</sup>.

## **2.1. Segue. Slealtà e diligenza professionale.**

A completare la definizione di pratica commerciale concorre il concetto di “slealtà”. L’art. 5, dopo aver stabilito che le pratiche commerciali sleali sono vietate, definisce quali siano i criteri generali che devono necessariamente coesistere affinché una pratica possa essere riconosciuta come sleale. La norma statuisce che sono sleali le pratiche commerciali ingannevoli che rispondano ai parametri fissati dagli artt. 6 e 7 e quelle aggressive rispondenti ai criteri di cui agli artt. 8 e 9.

La clausola generale dell’art. 5, paragrafo 2, alla lettera *a*), dispone che il primo requisito che deve sussistere per asserire che la pratica sia sleale è la sua contrarietà alla *diligenza professionale*.

La pratica commerciale, valutata in rapporto alle norme di diligenza professionale, sarà qualificabile come “sleale” nel caso in cui, sulla base di quelle che sono riconosciute come pratiche di mercato oneste e/o del principio di buona fede applicato al settore dell’attività del professionista che ne è stato l’autore, sia accertata l’assenza del normale grado della competenza e avvedutezza specifica che ragionevolmente si può presumere in capo al professionista, appartenente ad una determinata categoria, che agisce nei confronti di un consumatore medio<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Mentre, invece, sarebbe valutabile ai sensi della nozione di slealtà di cui all’art. 5 della direttiva quella condotta che leda contemporaneamente interessi economici e non economici dei consumatori, o interessi economici sia dei consumatori che di soggetti professionisti.

<sup>45</sup> Si tratta della nozione di “diligenza professionale” che il legislatore comunitario ha enucleato all’art. 2, lett. *h*), della direttiva. Proprio in merito al richiamo alla diligenza professionale R. INCARDONA, *La direttiva*, cit., p. 368-369, ne critica l’astrattezza e i non pochi elementi di carattere soggettivo in quanto tali caratteristiche renderebbero, sul piano pratico, per il consumatore

La lettera *a*) dell'art. 5, paragrafo 2, merita un breve approfondimento in ordine al significato di “diligenza professionale”.

Dalla definizione che ne dà la direttiva all'art. 2, lett. *h*), sembra che venga concepita facendo riferimento tanto alla diligenza così come viene intesa nel nostro ordinamento quanto alle regole di comportamento oggettive frutto delle «pratiche di mercato oneste» e del «principio di buona fede» in relazione ai quali il parametro deve essere applicato.

In generale, la “diligenza” indica la misura di impegno che di volta in volta viene richiesto al professionista e che rileva ai soli fini del giudizio di colpevolezza. Inoltre, è bene tenere nettamente separate quelle che sono le regole che disciplinano lo svolgimento della specifica attività professionale da quelle che misurano il livello di prudenza, perizia e attenzione profuso dal professionista nel rispettare tali regole in quanto le prime sono il metro necessario per verificare il ricorrere della liceità prettamente “oggettiva” della pratica commerciale, mentre le seconde operano sul piano prettamente soggettivo e valutano il grado di colpevolezza, laddove questa sussista, della condotta imprenditoriale.

Detto ciò, la definizione di diligenza professionale del legislatore comunitario è incentrata su “criteri oggettivi di tipicità sociale”<sup>46</sup> e quindi deve essere ricondotta al rispetto delle norme che riguardano “come” deve essere svolta l'attività del professionista<sup>47</sup>.

Ed infatti, l'art. 11 della direttiva impone agli Stati membri di attribuire al giudice o all'organo amministrativo il potere di inibire il compimento o

---

estremamente difficile fornire la prova della contrarietà della pratica commerciale alla diligenza professionale.

<sup>46</sup> Così M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, n. 1/2009, 89 e ss. .

<sup>47</sup> Così P. AUTERI, *Introduzione*, cit., 15 e M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit., 90. Quest'ultimo, presa coscienza di come la violazione del dovere di diligenza assuma rilievo solo in sede di giudizio di colpevolezza, rimarca come un tale giudizio rilevi ai soli fini del risarcimento del danno e dell'irrogazione di ammende mentre, invece, le pratiche commerciali rilevano ai fini dell'inibitoria laddove ricorra la mera slealtà oggettiva, cioè «in base ad un giudizio di *antigiuridicità oggettiva*» che prescinde dall'accertamento di un'effettiva colpa del professionista. Quindi, conclude l'Autore, «(...) *la negligenza non è un connotato essenziale della fattispecie della pratica commerciale sleale, ma solo della fattispecie della “pratica commerciale sleale colpevole”*. Ciò che il legislatore ha voluto affermare è solo che il requisito della colpevolezza, ai fini del risarcimento del danno e dell'irrogazione, dev'essere accertato con criteri oggettivi e tipici (“diligenza professionale”) (...)».



la continuazione di pratiche commerciali «anche in assenza di prove in merito all'intenzionalità o alla negligenza» del professionista.

Quest'ultimo può realizzare una pratica commerciale sleale anche se il suo operato non è affetto da dolo o colpa.

## **2.2. Segue. Il parametro del consumatore medio. Cenni.**

Il secondo parametro che interessa, enunciato alla lett. *b*) dell'art. 5, è quello del “consumatore medio”.

In particolare, la norma afferma che la pratica commerciale è sleale quando, oltre che essere contraria alla diligenza professionale, «*falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori*».

Si tratta di una clausola generale avente ad oggetto la tutela della libertà di autodeterminazione del consumatore rispetto alle scelte di carattere economico.

Dalle lettere *e*) e *k*) dell'art. 2 della direttiva, che definiscono rispettivamente l'espressione “falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore” e “decisione di natura commerciale”, si ricava che una pratica commerciale è scorretta solo se è astrattamente idonea ad alterare in modo sensibile, apprezzabile, considerevole, la capacità del consumatore di adottare scelte autonome e consapevoli concernenti il modo, il prezzo, il tempo, l'oggetto, la convenienza dell'atto di acquisto di un prodotto, influenzandolo così a prendere decisioni che altrimenti non avrebbe preso. Quindi, per infrangere il divieto di pratiche commerciali sleali è sufficiente la mera idoneità della condotta del professionista ad arrecare un danno ai consumatori<sup>48</sup> senza che assuma alcun rilievo la

---

<sup>48</sup> P. AUTERI, *Introduzione*, cit., p. 16-18, si sofferma su un parallelismo tra l'idoneità al danno prevista dalla lett. *b*) dell'art. 5, par. 2, della direttiva 2005/29/Ce e la clausola generale della

manca di prove sull'effettività di un pregiudizio sofferto da parte del destinatario della pratica.

L'idoneità del comportamento imprenditoriale ad incidere sulla capacità valutativa e decisionale dei consumatori è valutata alla stregua del "consumatore medio".

L'art. 2, lett. a), della direttiva si limita a definire la figura del "consumatore", mentre in sede di valutazione della eventuale slealtà della pratica si guarda al parametro del "consumatore medio" sviluppato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>49</sup>.

La Corte di Giustizia ha elaborato un modello di consumatore virtuale tipico e lo ha riconosciuto in colui che è mediamente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto anche dei fattori sociali, culturali e linguistici.

La direttiva non va a proteggere indiscriminatamente tutti i soggetti che ricadono sotto la definizione di consumatore dell'art. 2, lett. a), ovvero tutte le persone fisiche che agiscono per fini estranei alla loro attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, in quanto essa non persegue la tutela dei soggetti distratti, disinformati e negligenti bensì, come afferma il *Considerando* n. 18, "conformemente al principio di

---

concorrenza sleale: tra le due la prima si riferisce all'idoneità dell'atto a danneggiare i consumatori in luogo, come invece è per l'altra, dei concorrenti. Da questo punto l'Autore sottolinea che mentre una pratica idonea a danneggiare i consumatori implica di regola che essa è idonea a danneggiare anche i concorrenti «(...) poiché, indicando i consumatori a prendere decisioni diverse da quelle che avrebbero altrimenti preso, la pratica sposta la domanda dei consumatori a favore dell'autore della pratica e a danno degli altri concorrenti (...)», la circostanza che la pratica, pur traendo in errore il consumatore su dei fattori rilevanti per le sue scelte, non sia idonea a condurlo all'adozione di decisioni che altrimenti non avrebbe preso non fa venir meno la sua idoneità a danneggiare i concorrenti. Infatti, i consumatori che ricevono informazioni non veritiere o fuorvianti sulle caratteristiche del prodotto o le condizioni dell'acquisto potrebbero neutralizzare l'inganno derivante dal messaggio pubblicitario, e non subire, così, alcun pregiudizio, ma in ogni caso, avendo gli stessi orientato la loro domanda verso quello che il messaggio del professionista pubblicizzava, i concorrenti ne subiranno un danno.

<sup>49</sup> Cfr. CGE, sentenza del 13 dicembre 1990, C-238/89; CGE, sentenza del 2 febbraio 1994, C-315/92; CGE, sentenza del 16 luglio 1998, C-210/96; CGE, sentenza del 26 ottobre 1995, C-51/94; CGE, sentenza del 13 gennaio 2000, C-220/98. La pronuncia che ha dato i natali alla nozione di consumatore medio è stata la sentenza C-210/96 in cui la Corte aveva affermato che «per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite sia idonea a indurre in errore l'acquirente, il giudice nazionale deve riferirsi all'aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto». Inoltre, nella stessa sentenza, era stato statuito che la *national court*, nel rispetto della legge processuale applicabile, potesse ricorrere all'impiego di sondaggi, ricerche demoscopiche e ricerche statistiche per verificare sul piano concreto se e a quali livelli la condotta dell'imprenditore fosse capace di influenzare la società consumeristica.

*proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, prende in considerazione il consumatore medio delineato dalla Corte di Giustizia*".

Solo i consumatori che si informano ed aggiornano<sup>50</sup> sui loro diritti e sulle tipologie di pratiche commerciali sleali che sono solite realizzare le imprese, coloro che non si lasciano facilmente attrarre da informazioni, offerte e messaggi magnificanti, sono i consumatori meritevoli della protezione messa a punto dal legislatore comunitario con la direttiva 2005/29/Ce<sup>51</sup>.

La direttiva, dunque, accanto agli obblighi informativi e comportamentali imposti ai professionisti, pone in capo alla figura dei consumatori destinatari delle pratiche commerciali un onere di diligenza<sup>52</sup>: comportarsi con attenzione e giudizio, essere soggetto attivo e consapevole, non un mero spettatore, del mercato interno.

Il criterio del consumatore medio tipico, individuato dalla giurisprudenza sulla base del contesto storico, sociale, linguistico, culturale, si completa con quello della "specificità" che compare al *Considerando* n. 19 ed al paragrafo 3 dell'art. 5 della direttiva, ed in virtù del quale qualora alcune caratteristiche, quali l'età, l'infermità fisica o mentale o l'ingenuità, rendano solo un determinato gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili ad una pratica commerciale o al prodotto cui essa si riferisce ed il professionista possa ragionevolmente prevedere che solo il

---

<sup>50</sup> C. ALVISI, *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e Impresa*, 3/2008.

<sup>51</sup> A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/Ce*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali*, cit., 153, parla di *weaker parties* per indicare i soli consumatori che, tenendo conto delle peculiarità del singolo caso concreto, sono destinatari della difesa approntata a garanzia dei loro interessi economici. L'Autore, poi, ricorda come la nozione di consumatore medio elaborata dalla Corte sia una nozione dinamica che muta da Stato membro a Stato membro in funzione di fattori sociali, culturali, linguistici che variano con il passare del tempo. Ricorrono dunque diversi "consumatori medi", in quanto si tratta di un modello mutevole e plasmabile a seconda del paese e del momento storico. La nozione di consumatore medio, e quindi quelli che ne costituiscono gli elementi portanti, sono dunque rimessi ad una continua evoluzione attuata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Proprio con riferimento alla variabilità del concetto di consumatore derivante dalle pronunce giurisprudenziali nazionali e dalle diverse caratteristiche sociali e culturali che vi incidono, M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, è scettico e ritiene che l'introduzione del modello del consumatore medio possa portare ad un generale «livellamento verso il basso del grado di tutela riconosciuto ai consumatori».

<sup>52</sup> Così M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit., 105.

comportamento economico di siffatti soggetti rischi di esserne distorto, la pratica commerciale dovrà essere valutata usando come parametro il consumatore medio di detto gruppo<sup>53</sup>.

### **2.3. Segue. Il momento valutativo della slealtà della pratica commerciale.**

Ad ogni modo, ai fini della valutazione della slealtà della pratica commerciale la clausola generale di cui all'art. 5, par. 2, lett. a) e b), e quindi il ricorso ai criteri dell'osservanza della diligenza professionale e del consumatore medio attento ed informato, hanno valenza residuale.

Infatti, tornando al cuore della trattazione oggetto del presente paragrafo, la definizione generale di pratica commerciale sleale è stata affiancata ed arricchita dalle "clausole generali speciali"<sup>54</sup> degli artt. 6 e 7, da un lato, e 8 e 9, dall'altro, con le quali sono stati fissati i criteri per determinare, rispettivamente, le pratiche commerciali ingannevoli e quelle aggressive.

Non solo. Il legislatore comunitario ha allegato alla direttiva l'elenco<sup>55</sup> delle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali.

Si tratta delle cd. *black list* delle pratiche commerciali sleali *per se* in relazione alle quali opera una presunzione assoluta di slealtà.

---

<sup>53</sup> Sull'introduzione del concetto di "consumatore vulnerabile" come quel soggetto particolarmente debole nell'ambito di un determinato gruppo di consumatori R. INCARDONA, *La direttiva*, cit., 371, intravede ulteriori nuove difficoltà e incertezze nell'applicazione della direttiva, in quanto sostiene che sia decisamente difficile per le imprese agire definendo la figura del consumatore in relazioni a caratteristiche come l'età, l'infermità fisica e l'ingenuità. L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, 685 e ss., suggerisce il superamento di una visione eccessivamente "paternalistica" della tutela del consumatore.

<sup>54</sup> Così P. AUTERI, *Introduzione*, cit., 13, il quale ritiene che tali clausole generali speciali ridimensionino notevolmente l'importanza della clausola di cui all'art. 5, par. 2, della direttiva.

<sup>55</sup> L'Allegato I contenente tutte le pratiche commerciali considerate sempre e comunque ingannevoli ed aggressive vincola tutti gli Stati membri e non può essere soggetto a modifica se non mediante una revisione della direttiva 2005/29/Ce.

Quindi, riassumendo, il procedimento che ha ad oggetto l'analisi della natura sleale o leale di una pratica commerciale è scandito da una precisa successione logica delle seguenti fasi.

Il primo passo che si deve compiere mira a verificare se la condotta tenuta dal professionista integri una delle fattispecie indicate nelle liste nere, quella ingannevole e quella aggressiva, ed universalmente riconosciute sleali anche in assenza di prova. Se c'è corrispondenza tra la pratica del caso concreto ed una delle ipotesi *per se* sleali, il giudizio si concluderà con il riconoscimento della slealtà della condotta imprenditoriale che sarà inibita.

In caso contrario, subentra la seconda fase della verifica della sussistenza di uno dei caratteri che ai sensi degli artt. 6 e 7 determinano l'ingannevolezza della pratica commerciale, o di quelli che *ex artt.* 8 e 9 ne comportano l'aggressività.

Laddove anche questo secondo *step* dovesse dare esito negativo, in via residuale la pratica deve essere valutata ai sensi della clausola generale dell'art. 5, par. 2, della direttiva.

Ed allora, se, e solo se, la pratica commerciale dovesse essere contemporaneamente contraria alla diligenza professionale ed idonea a falsare in misura rilevante la libertà di autodeterminazione del consumatore medio in merito all'adozione di decisioni economiche questa sarà ritenuta sleale. Mentre, se dovesse essere conforme alle regole della diligenza professionale ed idonea ad influenzare e compromettere il comportamento economico dei consumatori, o, viceversa, contraria alla diligenza professionale ma inidonea ad incidere sulle scelte d'acquisto dei suoi destinatari, il divieto di realizzare pratiche commerciali sleali non sarà stato violato in quanto non saranno integrati gli estremi che insieme concorrono a individuare la definizione generale di pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva n. 2005/29/Ce<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup>Sulla nozione di pratica commerciale sleale e di valutazione della slealtà da parte del giudice nazionale, si veda la sentenza della Corte europea C-540/8 del 9 novembre 2010 adottata in relazione al quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia era stato presentato dalla Cassazione austriaca alle prese con un ricorso di un editore contro un giornale concorrente che aveva lanciato

### 3. L'attuazione della direttiva comunitaria in Italia.

L'art. 19, par. 1, della direttiva 2005/29/Ce aveva imposto agli Stati membri l'obbligo di «adottare e pubblicare» entro il 12 giugno 2007 le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per l'adeguamento delle singole normative nazionali alla normativa comunitaria.

Le medesime disposizioni di adattamento dovevano, poi, essere applicate entro il 12 dicembre 2007<sup>57</sup>.

In quella stessa data è entrata in vigore la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2006/114/Ce<sup>58</sup> con cui è stata codificata la direttiva

---

un concorso per l'elezione del calciatore dell'anno. All'interno del giornale era contenuto un tagliando di voto che poteva portare alla vincita di una cena con il calciatore eletto. Per l'editore concorrente, la possibilità di vincita subordinata all'acquisto del giornale era un premio illecito, conseguenza di una pratica commerciale sleale. Simile posizione e la normativa austriaca non sono state condivise dalla Corte Ue che ha ritenuto che le pratiche consistenti nell'offerta ai consumatori dei premi associati all'acquisto di prodotti non sono incluse nella *black list* dell'allegato I della direttiva. Questo vuol dire che queste vendite possono essere vietate solo dopo un'analisi specifica «che ne consenta di stabilire il carattere sleale». Di conseguenza, le legislazioni nazionali più restrittive della direttiva, che vietano in modo automatico alcune vendite, sono in contrasto con il diritto Ue. Inoltre, la Corte di Lussemburgo ha precisato che in sede di valutazione della slealtà non basta accertare che la partecipazione a un concorso a premi sia stata per una parte del pubblico interessato «il motivo determinante dell'acquisto di un giornale», perché il giudice nazionale prima di classificare una pratica commerciale come sleale deve accertare che essa «sia contraria alle norme della diligenza professionale». Alla luce di ciò, la sentenza C-540/08 ha stabilito che la direttiva n. 2005/29/Ce «*deve essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale, come quella oggetto della causa principale, che preveda un divieto generale di vendite accompagnate da premi e che non solo miri a tutelare i consumatori, ma persegua parimenti altri obiettivi*». Ed inoltre, che «*la possibilità di partecipare ad un gioco-concorso a premi, abbinata all'acquisto di un giornale, non costituisce una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29, per il solo fatto che detta possibilità di partecipare ad un gioco rappresenti, almeno per una parte dei consumatori interessati, il motivo determinante che li ha spronati ad acquistare il giornale medesimo*».

<sup>57</sup> Come rilevato dalla dottrina, sul punto G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 1/2007, 2, e S. BASTIANON, *La tutela del consumatore*, cit., 1467, il legislatore comunitario ha optato per uno «sdoppiamento» del termine di recepimento della direttiva sulla base di due considerazioni fondamentali. La prima risiederebbe nella lungimiranza da parte della Commissione di assicurarsi la possibilità, ove necessario, di rendere note ai legislatori nazionali le proprie osservazioni su quanto previsto dai singoli provvedimenti di recepimento così che prima della data fissata per la loro entrata in vigore sia possibile colmarne le lacune o apportare le dovute correzioni. La seconda ragione mira, invece, a concedere ai professionisti un periodo di *vacatio legis* che permetta loro di modificare ed adeguare le proprie politiche imprenditoriali, le campagne pubblicitarie e le strategie di mercato alle nuove regole dettate in attuazione della direttiva. Come spesso accade, però, non tutti gli Stati membri hanno rispettato l'assegnazione dei termini stabiliti dal legislatore comunitario.

n. 84/450/Ce recante la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa.

In virtù di tale concomitanza di eventi, il 12 dicembre 2007 rappresenta una data cruciale che, da un lato, ha segnato la storia della tutela dei consumatori con l'ingresso a pieno regime del cd. sistema "binario" della regolamentazione e del controllo comunitario delle pratiche commerciali poste in essere da imprenditori e liberi professionisti e, dall'altro, ha posto gli Stati membri dinnanzi ad una scelta di fondo tra la creazione di un unico *corpus* normativo in cui recepire unitariamente entrambe le direttive e il ricorso a due discipline autonome e distinte anche sul piano operativo<sup>59</sup>.

Come già anticipato, la direttiva sulle pratiche commerciali sleali mira ad un'opera di armonizzazione massima delle legislazioni nazionali lasciando, al contempo, agli Stati membri un non indifferente margine di manovra<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Adottata il 12 dicembre 2006 e pubblicata in *G.U.U.E.*, n. L 376 del 27 dicembre 2006, 25.

<sup>59</sup> Ovviamente, i Paesi europei hanno adottato soluzioni diversificate. Ad esempio Danimarca (con il *Markedsføringslag* danese del 21 dicembre 2005 aggiornato alla legge del 20 dicembre 2006 attuativa delle due direttive), Svezia (con il *Markedsföringslag* dal 1 luglio 2008) e Austria hanno intrapreso la via del testo unitario contenente una disciplina generale applicabile a tutte le pratiche commerciali realizzate dagli operatori economici pubblici e privati e posta a tutela degli imprenditori, dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato. In particolare, l'Austria ha canalizzato le disposizioni attuative della direttiva n. 2005/29/Ce e della direttiva n. 2006/114/Ce all'interno della *UWH* del 1984 la quale contiene anche la normativa generale in materia di concorrenza sleale posta a presidio degli interessi degli imprenditori e dei consumatori. Nella stessa direzione si sono mosse la Germania e la Francia. Quest'ultima ha articolato le norme di recepimento delle direttive 2005/29/Ce e 2006/114/Ce all'interno del Titolo II (*Pratiques commerciales*) del Libro I (*Information des consommateurs et formation des contrats*) del *Code de la consommation* dove un primo *chapitre I (pratiques commerciales reglemetees)* detta la disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli (*Sous-section 1 – Pratiques commerciales trompeuses*) e della pubblicità comparativa (*Sous-section 2 – Publicité*) applicabile anche alle pratiche commerciali poste in essere nei riguardi dei professionisti; mentre il *chapitre II (Pratiques commerciales illecites)* prevede una disciplina più severa delle pratiche commerciali aggressive. Diversamente, Stati come il Belgio (dove con la legge del 5 giugno 2007 è stato abrogato il Capitolo IV sulla pubblicità ingannevole e comparativa e riscritto il Capitolo VII *De la publicité et des pratiques commerciales deloyales* della *Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur* del 1991), i Paesi Bassi (qui il legislatore con la legge del 25 settembre 2008 ha inserito l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce in un'apposita Sezione del Titolo 3, del Libro 6 del codice civile, in cui si trova la normativa dell'illecito civile extracontrattuale e della pubblicità ingannevole e comparativa), la Grecia (con la legge generale sui consumatori n. 2251 del 1994 così come modificata dalla legge del 10 luglio 2007 dettata in recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali) hanno attuato con un unico provvedimento le discipline attuative delle direttive 2005/29/Ce e 2006/114/Ce mantenendole, però, autonome e separate. Infine, Paesi come l'Italia, il Portogallo, l'Irlanda, il Regno Unito, la Polonia, l'Ungheria, la Lituania e Cipro hanno recepito i due provvedimenti comunitari con due testi normativi distinti.

<sup>60</sup> Vedi *retro* par. 1.1. pag. 4 e ss..

E' stato dunque inevitabile dover in primo luogo affrontare le questioni necessarie a garantire un corretto ed efficiente bilanciamento tra la normativa comunitaria, dettagliata e vincolante, e la discrezionalità attribuita al legislatore interno. Al riguardo la legge 25 gennaio 2006, n. 29<sup>61</sup>, che aveva delegato il Governo ad adottare nel termine di diciotto mesi dalla sua entrata in vigore i provvedimenti di attuazione di una serie di direttive CE, non ha indicato i criteri o i principi direttivi cui attenersi per dare attuazione alla direttiva 2005/29/Ce.

Di conseguenza il Governo ha operato attenendosi alle linee guida generali di cui all'art. 3 della legge n. 29/2006<sup>62</sup> ed il 2 agosto 2007 ha adottato due decreti legislativi.

Con il d.lgs. n. 145, attuativo dell'art. 14 della direttiva 2005/29/Ce che ha modificato la direttiva 84/450/Ce, è stata dettata la disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

Il d.lgs. n. 146, invece, ha recepito gli artt. 1-13 e 15-17 della direttiva 2005/29/Ce introducendo nell'ordinamento italiano la figura delle pratiche commerciali sleali<sup>63</sup>.

Gli artt. 18-27 del codice del consumo (nei quali era stata precedentemente trasfusa, in modo inopportuno e "maldestro"<sup>64</sup>, la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa dettata dal d.lgs. n. 74/1992 attuativo della direttiva n. 84/450/Ce) sono stati espunti dal d.lgs. n. 206/2005 per lasciare il posto al contenuto del d.lgs. 146/2007 e,

---

<sup>61</sup> Legge delega recante «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2005» pubblicata in *G.U.* n. 32 dell'8 febbraio 2006, s.o. n. 34.

<sup>62</sup> G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n.5/2008, 1062, e *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in AA.VV., *Pratiche commerciali*, cit., 67, parla di delega quasi «in bianco».

<sup>63</sup> Entrambi i decreti, pubblicati nella *G.U.* del 6 settembre 2007, sono entrati in vigore il 21 settembre 2007: il legislatore italiano non si è avvalso della possibilità (vedi *retro*) di differire al 12 dicembre 2007 l'entrata in vigore dei provvedimenti attuativi prevista dall'art. 19 par. 2 della direttiva 2005/29/Ce.

<sup>64</sup> Così L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione*, cit., 21, G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione*, cit., 73 e nello stesso senso R. CALVO, E. BARGELLI, A. CIATTI, L. DI NELLA, R. DI RAIMO, nel Progetto in appendice a AA. VV., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino, 2007.



novellati in attuazione della direttiva 2006/114/Ce, sono confluiti nel d.lgs. n. 145/2007.

Il legislatore italiano ha preferito l'adozione di due distinti provvedimenti<sup>65</sup> per mettere subito in chiaro l'esatta individuazione delle distinte platee dei destinatari delle due discipline.

Le disposizioni che concernono la pubblicità ingannevole e comparativa hanno abbandonato il testo del codice del consumo proprio in considerazione del fatto che ora tale normativa non è più applicabile ai consumatori bensì ai soli rapporti tra concorrenti.

Invece, i nuovi artt. 18-27-*quater* del d.lgs. n. 206/2005, introdotti con il d.lgs. 146/2007, attengono alla regolamentazione delle sole pratiche commerciali scorrette realizzate nell'ambito dei rapporti tra professionisti e consumatori.

Va precisato come l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce non si sia arrestata qui.

Essa, infatti, è stata perfezionata dal d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, recante «Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2006, n. 206, recante Codice del consumo»<sup>66</sup>: gli artt. 2, 4 e 8 del suddetto decreto hanno contribuito ad affinare quanto il d.lgs. 146/2007 aveva da poco introdotto nel Codice.

In particolare, l'art. 2 del d.lgs. 221/2007 ha cristallizzato tra i diritti fondamentali dei consumatori enucleati all'art. 2, comma 2, cod. cons., il

---

<sup>65</sup> Si tratta di una scelta generalmente condivisa: P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, n. 1/2008, 271, e G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione*, cit., 70 e ss. e nota n. 61, 72, il quale sostiene come la soluzione italiana rifletta un'indiscussa originalità e, pur rimproverando al Governo di aver perso un'occasione importante per un più adeguato ed efficiente coordinamento fra la disciplina della concorrenza sleale contenuta nel codice civile e quella della pubblicità ingannevole e comparativa (si veda sul punto il lavoro dell'Autore *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.legisl. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, n. 11/2007, 1183), ritiene che l'inserimento della normativa sulle pratiche commerciali sleali in un testo ad hoc separato ed autonomo dal codice del consumo sarebbe stato non solo una scelta irrazionale ma addirittura contrastante con i dettami dell'art. 3, lett b) e e) della legge delega e con l'art. 144 cod. cons., secondo il quale «ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute».

<sup>66</sup> Pubblicato nella G.U. n. 278 del 29 novembre 2007, il decreto è stato adottato in ossequio alla delega prevista dall'art. 20-*bis* della legge n. 229/2003 la quale concedeva al Governo il potere di «adottare uno o più decreti legislativi recanti disposizioni normative e correttive» dei decreti legislativi che lo stesso Governo era stato delegato ad emanare dalla medesima l. 229/2003.

diritto “all’esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà”, attualmente enunciato dalla lett. *c-bis*) dello stesso comma 2<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> In merito all’inserimento della lettera *c-bis*) al comma 2 dell’art. 2 del Codice del consumo ed alla relativa enunciazione di un ulteriore diritto G. DE CRISTOFARO, *L’attuazione*, cit., 70, critica come il legislatore abbia agito «omettendo peraltro inspiegabilmente di eliminare, dalla lett. c) del medesimo comma 2° dell’art. 2, la previsione esplicita del “diritto ad una corretta pubblicità”, previsione divenuta del tutto superflua in seguito all’introduzione della lett. *c-bis*), dal momento che la pubblicità non è altro che una delle pratiche commerciali cui quest’ultima statuizione fa riferimento». Nello stesso senso, ammonisce la mancata considerazione di come l’espressione “pratica commerciale” inglobi al suo interno quella di “corretta pubblicità” L. ROSSI CARLEO, *sub art. 2, comma 2, lettera c-bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, 2009, 6, la quale vede riflettersi nella suddetta omissione l’abbandono di un elenco rigido a numero chiuso dei diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti in favore di una loro elencazione aperta alle continue mutazioni derivanti dal susseguirsi delle norme ed improntata ad una maggiore tutela.

## CAPITOLO II

### LE DIFFERENTI FORME DI MANIFESTAZIONE DELLE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI DAL DATO NORMATIVO AGLI ORIENTAMENTI DELL'AGCM

#### 1. Le pratiche commerciali scorrette.

La direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, inseritasi nell'ambito del piano di revisione dell'*acquis* comunitario del diritto dei consumi<sup>68</sup>, ha puntato all'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali al fine di limitarne le divergenze di recepimento, ridurre gli ostacoli alla commercializzazione transfrontaliera di beni e servizi e rafforzare, così, la fiducia dei consumatori e delle imprese nel mercato interno.

Tra i due decreti di recepimento, il d.lgs. 146/2007 introduce la normativa delle pratiche commerciali scorrette all'interno del codice del consumo, modificandone gli artt. da 18 a 27 ed inserendovi i nuovi artt. 27-*bis*, 27-*ter* e 27-*quater*, e con vigore fissa quale fonte di una maggiore tutela degli interessi economici dei consumatori<sup>69</sup>, il loro, oggi più che mai ribadito e consolidato, diritto alla corretta informazione.

---

<sup>68</sup> Per un completo quadro delle tappe che hanno scandito l'evoluzione dell'*acquis* comunitario in materia di politica dei consumatori cfr. G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Edizioni Laterza, Bari, 2006, 45 ss., e *sub art. 1*, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Esi, Napoli, 2005, 19; e ROSSICARLEO, *La revisione dell'acquis comunitario sui consumatori*, in *Consumatori diritti e mercato*, n.3/2007, 111 ss. .

<sup>69</sup> Ed anche il rafforzamento del mercato interno e, quindi, la tutela indiretta delle imprese concorrenti. Così DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, p. 15-16. In virtù del carattere di armonizzazione massima della direttiva 2005/29/CE, le modifiche apportate in sede di recepimento si sono concentrate soprattutto su aspetti quali la salute e la sicurezza dei consumatori che erano al di fuori della clausola di armonizzazione massima della direttiva stessa. Invece, tutto ciò che vi ricadeva è stato oggetto di attenzione del legislatore italiano esclusivamente per aggiustamenti terminologici, come la sostituzione da pratiche commerciali "sleali" a pratiche commerciali "scorrette".

Solo un'informazione accessibile, comprensibile, trasparente e veritiera è in grado di garantire un mercato concorrenziale animato da consumatori che adottano decisioni libere e consapevoli.

E la rilevanza che assume una corretta comunicazione informativa nell'ambito delle diverse forme di manifestazione dei rapporti tra consumatori e professionisti si riflette nella definizione di pratica commerciale scorretta<sup>70</sup> e nell'individuazione degli elementi rispetto ai quali valutarne il carattere ingannevole o aggressivo<sup>71</sup>.

L'esperienza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato relativa all'applicazione della nuova disciplina, ha fin da subito lasciato intravedere il risvolto positivo di una tutela più incisiva contro condotte d'impresa atipiche che, seppure collegate alla vendita di beni o alla prestazione di servizi da parte di un soggetto imprenditoriale, non risultavano immediatamente riconducibili all'alveo della pubblicità commerciale.

Il merito risiede nella particolare elasticità della nozione di pratica commerciale accolta dal d.lgs. 146/2007, la quale oggi permette all'Autorità di procedere a una valutazione unitaria di strategie imprenditoriali complesse, che *«nella vigenza delle precedente disciplina*

---

<sup>70</sup> Ovvero *«qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori»*, così il nuovo art. 18, comma 1, lett. d), cod. cons. E' evidente il ruolo chiave che l'informazione gioca nelle varie sfumature in cui si articola la pratica commerciale che si rivolge al consumatore.

<sup>71</sup> R. PARTISANI, *sub art. 21*, in *Codice Iperattuale del Consumo*, a cura di M. Franzoni, Utet, Torino, 2008, 88, evidenzia come la direttiva 2005/29/CE sia stata recepita dal d.lgs. 146/2007 in modo tale da imporre ai professionisti quattro obblighi di informazione, la cui violazione potrà determinare o un'azione ingannevole o un'omissione ingannevole. Gli obblighi informativi rinvenuti dall'Autore sono: «1) l'obbligo di indicare l'intento commerciale della pratica quando non risulti già evidente dal contesto (art. 22, 2° co., c. cons.); 2) l'obbligo di dare notizia dell'attitudine di determinati prodotti a porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori (art. 21, 3° co., c. cons.); 3) gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing (...); «4) l'obbligo di fornire, nell'invito all'acquisto, le cinque informazioni "chiave" previste dall'art. 22, 4° co., cod. cons., quando l'omissione risulti idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso».

*avrebbero dovuto essere artificialmente scomposte per concentrare l'azione sui segmenti qualificabili come pubblicità ingannevole»<sup>72</sup>.*

Ma non solo. La maggiore incisività e l'ottimismo dei risvolti delle prime esperienze concrete della lotta contro le pratiche commerciali scorrette risiede anche nell'adozione da parte dell'Autorità Antitrust del «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette»<sup>73</sup>, con il quale ha definito il suo ruolo, mai prima d'ora così decisivo, nella tutela amministrativa dei consumatori<sup>74</sup>.

Si pensi ad esempio alla possibilità che ora ha di procedere d'ufficio, ai maggiori poteri istruttori, al potere di chiedere e ottenere dal professionista gli impegni a porre fine all'infrazione<sup>75</sup>.

Il nuovo art. 20 cod. cons. è la clausola generale del divieto di pratiche commerciali scorrette e il suo comma 2 dispone che l'accertamento della scorrettezza verte su due presupposti, ovvero la contrarietà della pratica alla diligenza professionale, da un lato, ed il fatto che la stessa falsi o «*sia idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori*», dall'altro.

Nella prima ipotesi si valuta la competenza e l'attenzione che nello specifico caso ogni consumatore si aspetta dal professionista in relazione ai principi di correttezza e buona fede nel settore di attività proprio della sfera professionale di quest'ultimo.

---

<sup>72</sup> Così nella *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007* dall'Autorità Antitrust, presentata il 24 giugno 2008, 231-232. La pubblicità è una *species*, rilevante, del più ampio *genus* delle pratiche commerciali.

<sup>73</sup> E del «*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa*», adottati il 15 novembre 2007 dall'Autorità e pubblicati sulla G.U. 5 dicembre 2007, n. 283.

<sup>74</sup> Sarà oggetto di una trattazione specifica all'interno del Cap. IV l'aspetto della tutela amministrativa prestata dall'Autorità Antitrust.

<sup>75</sup> Per un'analisi attenta dei nuovi poteri dell'Antitrust in materia di pratiche commerciali scorrette e nei rapporti *business to business*, cfr. E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giornale di dir. amm.*, 2008, 3, 271 ss., e V. FALCE, *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette pubblicità ingannevole*, in *Dir. ind.*, 2008, 47 ss..

Il secondo parametro è finalizzato all'esame della potenzialità del comportamento del professionista di alterare in misura rilevante la libertà e la capacità del consumatore medio di adottare scelte economiche.

Laddove si accerti il ricorrere di entrambi i criteri, la pratica commerciale è senza dubbio sleale<sup>76</sup>.

In merito alla prova della presunta scorrettezza della pratica commerciale, sia essa ingannevole o aggressiva, è opportuno distinguere. In linea generale, con l'eccezione delle fattispecie che rientrano nell'ambito delle pratiche considerate in ogni caso scorrette<sup>77</sup>, grava sempre sul consumatore, o su un altro soggetto o organizzazione interessata, la prova del duplice presupposto della clausola generale dell'art. 20, comma 2, cod. cons..

Ma, ai sensi dell'art. 27, comma 5, cod. cons., l'Autorità Antitrust, laddove ricorrano particolari comprovate motivazioni, potrà disporre che il professionista fornisca le prove della correttezza «*dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale*».

Inoltre, è in ogni caso onere del professionista provare «*con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'art. 20, comma 3*», cod. cons.<sup>78</sup>.

La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette si contraddistingue per poggiare su una struttura che al suo interno concilia la prassi, di matrice comunitaria, di redazione dei testi normativi mediante definizioni e clausole generali di ampio respiro, ovvero la cd. "trama aperta

---

<sup>76</sup> Per quanto attiene l'aspetto probatorio della scorrettezza della pratica, già l'art. 11, comma 2, direttiva 2005/29/CE tutelava gli interessi economici dei consumatori anche in assenza di prove riguardanti la perdita o il danno da questi concretamente subito, o relative all'intenzionalità o alla negligenza recriminabile al professionista.

<sup>77</sup> Le pratiche in ogni caso ingannevoli che ricadono nella *black list ex art. 23* cod. cons., e le pratiche in ogni caso aggressive ai sensi dell'elenco dell'art. 26 cod. cons.

<sup>78</sup> Sul punto R. PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 480 ss., afferma come in tale ipotesi «*la prova liberatoria verta, mutuando le regole della responsabilità civile, sul nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo, alla stessa stregua di quanto accade per la responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa dell'art. 2050 c.c.*».

del diritto”<sup>79</sup>, con una legislazione dettagliata e minuziosa nelle singole descrizioni delle fattispecie oggetto di ammonimento e repressione<sup>80</sup> di tipo casistico<sup>81</sup>.

In questo quadro, il legislatore interno, sulla scia della direttiva n. 2005/29/Ce, ha attuato all’art. 20, comma 4, cod. cons. la bipartizione delle pratiche commerciali scorrette in pratiche “ingannevoli” e pratiche “aggressive” e poi ha realizzato un’ulteriore scissione delle prime in azioni ed omissioni ingannevoli rispettivamente agli artt. 21 e 22 del codice del consumo.

I due nuovi articoli introdotti dal D.lgs. n. 146/2007 individuano in modo minuzioso gli elementi e le diverse tipologie di condotte, commissive e non, che devono concorrere affinché una pratica commerciale sia qualificabile come “ingannevole” e sembrano dar luogo ad una commistione tra passato e innovazione.

Infatti, è palese come la loro elencazione rifletta in buona parte l’ampia casistica affrontata negli ultimi anni in materia pubblicitaria dall’Autorità Antitrust italiana e dal Giuri<sup>82</sup>.

Ma accanto a quella che ormai è la “tradizione”<sup>83</sup> si unisce l’innovazione realizzata mediante due fattori.

---

<sup>79</sup> L’idea di “trama aperta” del diritto è oggetto dello studio di N. McCOMRMICK, *On ‘Open texture’ in Law*, in *Controversies about law’s ontology*, a cura di P. Amselek e N. McCormick, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1991.

<sup>80</sup> Si pensi, solo per fare un esempio, alle *balck list* di cui agli artt. 23 e 23 cod. cons..

<sup>81</sup> Un approccio che, contrariamente all’ampio margine di manovra lasciato all’interprete dalle definizioni generali, riduce fortemente la discrezionalità dei giudici nazionali.

<sup>82</sup> Nello stesso senso, A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Il Dir. ind.*, n. 3/2008, 259 e C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 1/2008, 10.

<sup>83</sup> Composta da quelle pratiche commerciali previste dall’art. 21, comma 1, cod. cons., le quali riproducono gli stessi elementi in relazione ai quali veniva valutata l’induzione in errore nel giudizio di ingannevolezza del messaggio pubblicitario secondo il vecchio testo del Titolo III, Capi I e II del d.lgs. n. 206/2005 e che sono state oggetto della copiosa giurisprudenza dell’Autorità Antitrust in materia di pubblicità ingannevole. Per fare un esempio, si pensi al comma 1 dell’art. 21, cod. cons., il quale stabilisce l’ingannevolezza della pratica commerciale che, contenente informazioni non veritiere o di fatto corretta, in qualunque modo induce o è idonea ad indurre il consumatore ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso con riguardo ad elementi come l’esistenza o la natura del prodotto o le sue caratteristiche principali. In quest’ambito sono numerose le pronunce dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato rese prima della riforma operata dal d.lgs. n. 146/2007 sulla base della normativa della pubblicità ingannevole. Ora quelle stesse condotte sono perseguite come una delle possibili facce che le pratiche commerciali possono assumere.

Il primo consiste nel fatto che le condotte ingannevoli che inducono, o sono meramente idonee ad indurre, il consumatore all'adozione di scelte economiche diverse da quelle che avrebbe posto in essere in altre circostanze e alle quali guardano il legislatore e l'occhio vigile dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non solo soltanto quelle che, come accadeva e accade per le comunicazioni pubblicitarie degli spot televisivi, radiofonici, su depliant, giornali o via sms, costituiscono il primo contatto con la persona fisica, la prima forma di conoscenza e di invito all'acquisto.

Ora, sono oggetto di controllo, prima, repressione e sanzione, poi, anche quelle realizzate dal professionista dopo il sorgere di un rapporto contrattuale (e quindi dopo la "missione divulgativa e procacciatrice" del messaggio pubblicitario)<sup>84</sup>.

Il secondo elemento progressista è dato dall'introduzione di una sezione dedicata alle sole condotte ingannevoli di natura omissiva nell'art. 22 cod. cons..

Riconosciuta la nocività del ruolo sempre più diffuso ed insidioso che simili pratiche svolgono nei rapporti tra professionisti e consumatori si è provveduto ad una loro specifica disciplina, prima assente, la quale, proprio in virtù del diritto ad un'informazione trasparente, corretta e comprensibile, possa prevenirle e scoraggiarne l'attuazione.

---

<sup>84</sup> E' il caso di quelle pratiche commerciali che, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. e), cod. cons., inducono in errore sulla «necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione» del prodotto, oppure, ex lett. g) del medesimo articolo, sul diritto di sostituzione o rimborsi riconosciuti al consumatore.



## 2. Le azioni ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, cod. cons..

L'art. 21 cod. cons., a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 146/2007, prende in considerazione l'ipotesi delle azioni ingannevoli.

Ai sensi della norma in esame, è ingannevole, e di carattere commissivo, la pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o che, seppur di fatto corrette, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio<sup>85</sup> riguardo ad uno o più elementi indicati alle lettere da a) a g) del comma 1 dell'art. 21, e che, in ogni caso, lo induca o sia in grado di far assumere allo stesso una decisione commerciale che in altre circostanze non avrebbe assunto.

Il giudizio di ingannevolezza della condotta attiva mediante la quale si integra la fattispecie della pratica ingannevole verte su due elementi: i) la falsità dell'informazione resa dal professionista, ovvero una falsità oggettiva frutto della «scorrettezza professionale»<sup>86</sup>, la quale è inibita senza che sia necessario procedere ad ulteriori indagini che vertano sul profilo soggettivo della vicenda; e ii) la sua «capacità decettiva»<sup>87</sup>, ossia l'attitudine insita nel tipo di informazione, nel suo contenuto, o legata al modo o agli strumenti impiegati perché giunga a determinati destinatari, a trarre in inganno il consumatore medio.

---

<sup>85</sup> Il concetto di “consumatore medio” è tra i criteri fondamentali alla base della valutazione della scorrettezza di una pratica commerciale. Nato dall'attività della Corte di giustizia (Corte giust CE, 13 dicembre 1990, C-238/89; Corte giust CE, 2 febbraio 1994, C-315/92; Corte giust CE, 16 luglio 1998, C-210/96; Corte giust CE, 26 ottobre 1995, C-51/94), è stato poi elaborato dal legislatore comunitario, fino a divenire il parametro sulla base del quale costruire, di volta in volta, il metro di paragone del consumatore di riferimento con cui raffrontare e valutare il comportamento del consumatore protagonista del caso concreto. Come recita la lettera del *Considerando* n. 18 della direttiva «(...)la presente direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici (...). La nozione di consumatore medio non è statica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali, dovranno esercitare le loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la nozione tipica del consumatore medio nella fattispecie». Il criterio del consumatore di riferimento è stato poi modulato nell'eventualità che la pratica scorretta si rivolga specificatamente ad un gruppo particolare di destinatari, come ad esempio gli adolescenti, o le persone anziane, o comunque categorie di soggetti più vulnerabili (art. 20, comma 3, cod. cons.).

<sup>86</sup> Così E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, 1103, e D. PARROTTA, *L'inganno può derivare da omissioni*, in *Guida dir.*, 2007, 32.

<sup>87</sup> R. PARTISANI, *Le azioni ingannevoli*, cit., 88.

La valutazione dell'ingannevolezza avrà esito positivo solo ove i due elementi sussistano contemporaneamente, ovvero laddove l'informazione, pur veritiera e di fatto corretta, sia stata formulata in modo tale da essere idonea a far cadere in errore il destinatario del messaggio.

Diversamente, un'informazione falsa, non veritiera, ma che al contempo non è idonea a fuorviare il consumatore mediamente accorto e diligente, è un'informazione legittima, che non degenera nella pratica commerciale ingannevole.

L'ingannevolezza della comunicazione commerciale deve essere valutata sulla base non del risultato finale perseguito dai suoi autori, ma guardando alla correttezza e all'attendibilità delle dichiarazioni da questi impiegate nel messaggio.

L'art. 21, comma 1, cod. cons., definisce le "azioni ingannevoli" come quelle pratiche che inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore medio riguardo a uno o più elementi, tra i quali ad esempio il prezzo, l'esistenza, la natura, i rischi del prodotto, gli impegni assunti dal professionista, e che in ogni caso lo inducono o sono idonee ad indurlo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

La disciplina dell'azione ingannevole dettata dal nuovo art. 21, comma 1<sup>88</sup> è di natura "preventiva" in quanto è incentrata sulla libertà dei destinatari delle comunicazioni commerciali di autodeterminarsi<sup>89</sup> al riparo da ogni possibile influenza che possa, anche solo in astratto o indirettamente, limitarne l'autonomia decisionale ed influire sulle loro scelte economiche.

Proprio questa tutela degli interessi del consumatore da conseguenze dannose meramente ipotetiche, fa sì che l'Autorità Antitrust possa sanzionare i professionisti che diffondono informazioni mendaci o di fatto corrette potenzialmente idonee a ledere la libertà di autodeterminazione del

---

<sup>88</sup> La quale ha ripreso la *ratio* e la definizione di ingannevolezza che avevano costituito il cuore del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 emanato in attuazione della direttiva n. 84/4507Ce recante la normativa contro i messaggi pubblicitari ingannevoli anche solo potenzialmente idonei ad influenzare le scelte economiche dei loro destinatari

<sup>89</sup> R. PARTISANI, *sub art. 21*, cit., 89.

consumatore indipendentemente dall'accertamento dell'esistenza di un danno patrimoniale risarcibile subito dal destinatario del messaggio: una pratica commerciale è scorretta a prescindere dalla circostanza che essa abbia indotto il consumatore ad assumere una decisione a seguito della quale ha subito una perdita patrimoniale (danno emergente), o un mancato guadagno (lucro cessante)<sup>90</sup>.

Quel che rileva è l'influenza della pratica sull'agire del consumatore, il condizionamento della sua libertà di valutare, scegliere e decidere, dal quale sia scaturita, o possa scaturire, quale conseguenza immediata e diretta, l'adozione di una decisione discordante, incoerente con la sua condotta normalmente razionale, avveduta ed informata, nonché con lo scopo perseguito e che era all'origine del suo rapporto con il professionista.

La contraddittorietà tra il possibile comportamento del consumatore destinatario dell'informazione contenuta nell'azione ingannevole e quello che sarebbe stato il suo normale atteggiamento in una diversa situazione ha ad oggetto una «*decisione di natura commerciale*».

Si tratta della scelta che in più momenti della giornata ogni consumatore deve fare in merito al se o meno acquistare un prodotto, in che modo, a quali condizioni.

Egli deve valutare e decidere se pagare il prezzo integralmente o parzialmente, se tenere il prodotto o disfarsene, se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto o acquistarne uno nuovo.

Ogni decisione commerciale<sup>91</sup> è il risultato di un continuo bilanciamento tra agire o astenersi da un'azione in favore di un'altra, dove la regola generale è il corretto esplicarsi della libertà di autodeterminazione del consumatore la quale viene meno laddove si innesti nel bilanciamento

---

<sup>90</sup> R. PARTISANI, *La disciplina uniforme*, cit., 486, e Id., *sub art. 21*, cit., 90. L'Autore sottolinea come la «potenziale recettività» della condotta sleale sia di per se sufficiente per integrare l'illecito sanzionato prima dalla direttiva 2005/29/CE ed ora dal novellato d.lgs. 206/2005.

<sup>91</sup> M. DONA, *Pubblicità*, cit., 28 e nota 37, ritiene che proprio il riferimento che la normativa fa alla natura commerciale della decisione, insieme all'idoneità di questa a falsare il comportamento economico del consumatore, inducano a riconoscere l'interesse tutelato dal legislatore nella libertà negoziale del consumatore.

degli interessi una pratica *ex se* idonea a falsare la valutazione e la scelta finale.

**2.1. Le declinazioni dell'azione ingannevole scandite dalle lett. a)-g) dell'art. 21, comma 1, cod. cons.: introduzione.**

Ai sensi dell'art. 21, comma 1, cod. cons., l'ingannevolezza della pratica commerciale subentra laddove l'informazione non veritiera, o quella corretta, sia idonea ad ingannare il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi:

a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto (quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'assistenza post-vendita al consumatore, la provenienza geografica, la composizione, l'idoneità allo scopo o agli usi, ecc.); c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo, come calcolarlo, o l'esistenza di uno specifico vantaggio sul prezzo; e) la necessità di manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto; f) le informazioni sulla natura, le qualifiche del professionista, sulla sua identità e sui suoi ausiliari; g) i diritti del consumatore, tra i quali il diritto di sostituzione e rimborso previsti dall'art. 130 cod. cons.<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> L'art. 21, comma 1, d.lgs. 206/2005, riproduce la definizione comunitaria di pratiche commerciali ingannevoli dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2005/29/CE, la quale, a sua volta, aveva parzialmente ripreso la definizione e i criteri di determinazione delle pratiche commerciali ingannevoli, in un'ottica di continuità legislativa, dalla direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa.

**2.1.1. Segue.** L'ingannevolezza secondo la lett. a) dell'art. 21 cod. cons..

Il primo dei criteri in relazione ai quali l'informazione resa dal professionista può essere idonea a ingannare il consumatore medio concerne l'«esistenza o la natura del prodotto».

L'induzione in errore sulla natura del prodotto è tra le pratiche commerciali ingannevoli di maggiore diffusione.

Un primo esempio in cui è frequente imbattersi in questa tipologia di inganno è quello della formazione e dell'istruzione universitaria, settore in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato negli ultimi anni ha realizzato numerosi interventi in materia di pubblicità universitaria ingannevole<sup>93</sup>.

Un'altra forma di inganno sulla natura del prodotto è quella degli inviti ad eventi, spettacoli, dietro i quali si cela l'intento di vendere ai partecipanti beni o servizi<sup>94</sup>.

L'inganno può cadere sulla “natura” dell'offerta oggetto della comunicazione commerciale, qualora il messaggio contenga un'informazione finalizzata ad enfatizzare un aspetto vantaggioso per il

---

<sup>93</sup> La comunicazione commerciale rivolta al pubblico di coloro che intendano conseguire un titolo universitario, o di specializzazione, che agevoli l'ingresso nel mondo del lavoro, e a chi voglia dare una nuova qualificazione alla propria attività professionale, mira principalmente a condizionarne le scelte. E a tal fine i messaggi pubblicitari ricorrono all'uso di terminologie che risaltano le caratteristiche delle prestazioni offerte, fino ad enfatizzarle come sinonimo di un sicuro brillante successo lavorativo e sociale per chi frequenterà i corsi. Si veda PI6175, provv. n. 17516 del 18 ottobre 2007, in Boll. 39/2007 (*Accademia delle Belle Arti di Mendicino*). Nella fattispecie il messaggio lasciava intendere ai destinatari che “l'Accademia di belle arti di Mendicino”, fosse, contrariamente al vero, un soggetto riconosciuto dal Ministero per lo svolgimento dei corsi pubblicizzati ed idoneo a rilasciare titoli aventi valore legale in Italia. Per uno studio attento sulla frequenza con cui si realizzano pratiche ingannevoli nell'ambito della formazione universitaria e professionale si veda C. VACCA', *Sogni di laurea e pubblicità ingannevole*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 3/2007, 19 ss., il quale evidenzia come spesso si ricorra all'abuso del titolo “università” per iniziative che investono ogni ramo del sapere e spaziano fino all'esoterismo e alla parapsicologia.” L'ingannevolezza, viene affidata all'impiego di uno specifico repertorio terminologico, ovvero quello del mondo accademico. «Oltre al termine “università”, anche “filosofia”, “laurea”, “master”, “rettore”, “senato accademico”, ricorrono nella gran parte dei comunicati, rafforzando così nei destinatari il convincimento di trovarsi di fronte a una reale istituzione accademica», che invece non esiste. Di qui, l'induzione in errore sull'esistenza o la natura del prodotto, nonché, ai sensi della lettera f) del comma 1 dell'art. 21 del codice del consumo sulle qualifiche del professionista».

<sup>94</sup> Ciò è quanto accade ad esempio con quegli annunci di offerte di lavoro dietro i quali si cela l'offerta della fornitura di materiali di vario genere a carattere oneroso. Cfr. PI5826, provv. n. 17356 del 13 settembre 2007, in Boll. 34/2007 (*Annuncio Offerta di lavoro su Secondamano*).

consumatore, la quale, però, non consente di comprendere quale sia la reale natura della proposta commerciale<sup>95</sup>.

L'azione risulta ingannevole anche se la pratica veicoli informazioni ipoteticamente idonee ad indurre in errore sulle caratteristiche<sup>96</sup> funzionali e strutturali del prodotto.

### **2.1.2. Segue. L'ingannevolezza avente ad oggetto le caratteristiche principali del prodotto.**

Ai sensi dell'art. 21, lett. *b*), prima parte, un primo insieme delle caratteristiche che concorrono alla realizzazione di azioni ingannevoli è costituito dalla «*disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione e la composizione*» del prodotto<sup>97</sup>.

Si tratta di fattispecie in cui sovente le confezioni, o i fogli illustrativi dei prodotti alimentari, cosmetici, riportano diciture, indicazioni, che non

---

<sup>95</sup> Al riguardo, PS571, provv. n. 18627 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Vodafone-Internet Key*). O ancora, PS51, provv. n. 18625 del 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Aquilus piscine-Numero verde*) con il quale l'Autorità Antitrust ha riconosciuto il messaggio pubblicitario avente ad oggetto la promozione di una numerazione telefonica come idoneo ad indurre in errore le persone cui era rivolto e quelle da esso raggiunte, sulla reale natura del servizio in esso promosso, in quanto lasciava erroneamente intendere che si trattasse di un numero verde quale sinonimo di gratuito, mentre la natura effettiva era onerosa.

<sup>96</sup> Ad esempio, PS235, provv. n. 18589 del 10 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Hotel Antille di Venezia*). Anche il settore dei messaggi pubblicitari che in tv e sui siti internet promuovono l'acquisto di loghi e suonerie per i telefoni cellulari è un terreno insidioso per il consumatore, vittima di inganni sulle caratteristiche dell'offerta. Così in PS322, provv. n. 18401 del 21 maggio 2008, in Boll. 20/2008 (*Neomobile-Servizi in abbonamento al 48278*). Oppure, in materia di concorsi telefonici che possono facilitare la vincita di premi in denaro PS555, provv. n. 18674 del 24 luglio 2008, in Boll. 29/2008 (*Stargame-Chiama e vinci*).

<sup>97</sup> Un recente caso emblematico, poiché racchiude gran parte delle sfaccettature che ai sensi della lett. *b*) dell'art. 21, comma 1, cod. cons., l'azione ingannevole può assumere, è PI6549, provv. n. 18540 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (*H3G Scendi in campo con "3"*). Il professionista aveva posto in essere una pratica consistente nella diffusione di messaggi pubblicitari mediante l'adozione di scelte redazionali del tutto inadeguate ad assicurare e soddisfare quella esigenza di chiarezza e completezza informativa che deve contraddistinguere l'informazione commerciale soprattutto nel settore delle telecomunicazioni che – come ribadito da costante orientamento dell'Autorità, confermato dal giudice amministrativo (Cfr. TAR Lazio, sez. I, sentenza n. 10201/2006) – dove si legge che: «(...) l'ingannevolezza del messaggio deriva soprattutto dal contesto oggettivo dell'aggressiva comunicazione commerciale realizzata da parte del complesso degli operatori di telefonia mobile, la quale (...) si caratterizza (...) soprattutto per la varietà e complessità delle offerte proposte, tale da ingenerare costante disorientamento nel consumatore». Cfr., altresì, la Relazione annuale sull'attività svolta al 30 aprile 1998, 222, dove è stato sottolineato, in considerazione delle caratteristiche proprie dell'offerta nel settore delle telecomunicazioni, il particolare ruolo informativo svolto dalle relative comunicazioni commerciali «(...) per potersi orientare nell'articolato panorama delle proposte, l'acquirente deve affidarsi in ampia misura alle informazioni fornitegli dalla pubblicità e dagli operatori di settore».

chiariscono la reale natura, le caratteristiche terapeutiche, gli effetti benefici che derivano dalla loro assunzione<sup>98</sup>.

Il consumatore medio potrebbe cadere in errore sulla “disponibilità”<sup>99</sup> del prodotto quando la comunicazione commerciale determini in lui il falso miraggio della possibilità di acquistare in ogni momento un’ingente, o un’illimitata quantità del prodotto presso il punto vendita pubblicizzato, ed invece l’offerta è valida solo fino ad esaurimento scorte, o solo entro un determinato limite quantitativo per cliente, o esclusivamente laddove questo sia socio di quella determinata catena di supermercati.

I “vantaggi” del prodotto spesso sono “subdoli ambasciatori” dell’inganno realizzato ai danni del consumatore.

Si pensi ai casi di illustrazione, o mera esaltazione, dei risultati che derivano dall’assunzione di preparati alimentari, cosmetici, farmaceutici (bevande, alimenti, compresse, creme, profumi, essenze)<sup>100</sup>.

In altre ipotesi, al fine di convincere il destinatario dell’informazione a far uso del prodotto, si ricorre a dei “rafforzativi” che rendano più persuasiva e accattivante la singola illustrazione o dicitura riportata sulla confezione o nel messaggio pubblicitario: come nel caso della prassi di affiancare alla descrizione degli effetti benefici del prodotto l’immagine di un personaggio noto - il *testimonial* - la cui celebrità ed attività professionale sia connessa con l’uso e i vantaggi attribuiti al bene/servizio,

---

<sup>98</sup> Su questo profilo dell’ingannevolezza l’Autorità Antitrust si è pronunciata ripetutamente in materia di integratori alimentari, riconoscendo come ingannevoli i messaggi formulati mediante l’uso di termini che creino nel consumatore l’erroneo convincimento circa la natura medica o farmaceutica, o sulle caratteristiche terapeutiche dell’integratore. Così rileva anche DONA, *Pubblicità*, 29, 39.

<sup>99</sup> La disponibilità è un fattore oggetto di inganni ai danni dei consumatori anche nell’ambito dell’acquisto di biglietti aerei. L’Autorità Antitrust, nel *Comunicato stampa Congiunto Trasporto aereo* (consultabile sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it)) ha affermato che a seguito dell’iniziativa effettuata nell’ambito del Progetto voluto dalla Commissione Europea e coordinato dal Ministero dello sviluppo economico, nella quale sono stati monitorati undici siti internet per l’acquisto di biglietti aerei, l’indagine si è concentrata su tre elementi che le compagnie aeree e i *tour operator* devono rispettare. Accanto all’indicazione chiara dei prezzi e i termini contrattuali equi, l’altro punto fondamentale che deve essere rispettato per non indurre il consumatore in errore è la “disponibilità”: «Tutte le condizioni dell’offerta, comprese le limitazioni relative alla disponibilità, vanno chiaramente indicate. I prezzi e le offerte speciali sono invece spesso usati per spingere i consumatori a iniziare il processo di prenotazione di un volo, mentre vi è soltanto un numero limitatissimo di posti disponibili sulla base dell’offerta pubblicizzata».

<sup>100</sup> Si veda a titolo esemplificativo PS3728, provv. n. 20747, 4 febbraio 2010, in Boll. 5/2010 (*Lancaster-Retinology*).

o quella di un professionista, non famoso, che rassicuri il consumatore sulle proprietà, l'assenza di controindicazioni, i risvolti positivi legati al consumo del bene<sup>101</sup>.

Un'ipotesi ulteriore ricorre quando l'operatore pubblicitario incentra la comunicazione su un aspetto estremamente conveniente in modo tale che il consumatore, attratto dall'apparente vantaggio esposto nel messaggio, pecchi in disattenzione e non verifichi gli effettivi requisiti dell'offerta<sup>102</sup>.

Tale fattispecie ricorre spesso nell'ambito delle offerte delle compagnie aeree<sup>103</sup>, o comunque nel ramo dei trasporti<sup>104</sup>.

Tra le caratteristiche rilevanti del prodotto vi sono i "rischi", ovvero le conseguenze nocive per la salute, la sicurezza personale del consumatore e della sua famiglia, o per l'integrità dei suoi beni, del suo patrimonio.

Si tratta di fattispecie in cui l'etichetta, il foglio illustrativo del prodotto, la brochure, illustrano le proprietà benefiche e omettono, o sono poco puntuali, nelle indicazioni delle sostanze la cui assunzione determina disturbi fisici, l'insorgere di complicazioni fisiologiche, o in merito alle dosi e alla durata massima del trattamento oltre la quale è opportuno sospenderne l'uso o rivolgersi ad un medico. Sono ipotesi frequenti in cui il consumatore, attratto dal risultato promesso diviene vulnerabile, in quanto riduce la sua normale vigilanza decisionale e trascura le regole di avvedutezza e prudenza<sup>105</sup>.

---

<sup>101</sup> Ad esempio, si veda il PI2171, provv. n. 6808 del 14 gennaio 1999, in Boll. 2/1999 (*Nicoteni III*).

<sup>102</sup> E' ad esempio quanto Moby S.p.a. ha realizzato incentrando la promozione sul carattere gratuito del servizio, PS1452, provv. n. 18424 del 29 maggio 2008, in Boll. 21/2008 (*Moby- Torni- Gratis*), dove il messaggio «appare idoneo ad indurre in errore i possibili destinatari rispetto alle caratteristiche principali dell'offerta, quali i costi comunque da sostenere per usufruirne».

<sup>103</sup> In PS452, provv. n. 18830 del 4 settembre 2008, in Boll. n. 33/2008 (*Meridiana Offerte Speciali*), l'Autorità Antitrust ha sanzionato la società Meridiana per pratiche commerciali scorrette. L'Autorità ha individuato che, all'interno di tale fattispecie, queste possono essere scomposte in quattro condotte autonome, ciascuna delle quali integra una violazione degli artt. 20 e 21, comma 1, lett. b) e d), cod. cons..

<sup>104</sup> E' il caso di PS3417, provv. n. 20772, 10 febbraio 2010, in Boll. 6/2010 (*Biglietto Consorzio Unicompania*), dove l'indicazione con caratteri colorato in primo piano del termine "giornaliero" ha indotto gli acquirenti a credere, contrariamente al vero, che il biglietto potesse essere utilizzata nell'arco di un'intera giornata.

<sup>105</sup> In materia di errore che verte sui rischi del prodotto, una delle fattispecie maggiormente diffuse, è quella dei rischi che derivano dall'impiego di integratori alimentari composti, tra l'altro, da alcune sostanze che presentano controindicazioni per determinati soggetti "a rischio" (diabetici, coloro che soffrono di cuore, ipertensione ecc.). Sul punto numerosi i casi sanzionati dall'AGCM, quali



Ancora, tra le pratiche illecite incentrate sui rischi, ricorre quella di formulare affermazioni, di fatto inesatte, sulla portata dei rischi per la sicurezza del consumatore o della sua famiglia ai quali sarà esposto ove egli non acquisti un certo prodotto<sup>106</sup>.

Si può cadere in errore sulla “composizione” del prodotto, e, talvolta, come naturale conseguenza anche sui rischi che lo stesso comporta.

E’ quanto accade, ad esempio, nella sfera dei cosmetici, degli integratori alimentari, laddove se ne promuova la composizione naturale, il prodotto appare agli occhi del consumatore come privo di sostanze nocive e controindicazioni. Di qui il sorgere di un uso eccessivo o privo delle opportune cautele.

L’errore può cadere sulla composizione di beni alimentari<sup>107</sup>, o dei materiali utilizzati per la realizzazione e la lavorazione del bene<sup>108</sup>.

### **2.1.3. *Segue.* Ulteriori caratteristiche del bene o servizio suscettibili di trarre in inganno.**

Il consumatore mediamente accorto potrebbe essere ingannato in merito agli “accessori” del prodotto acquistato, qualora la promozione, focalizzata sulla eccezionale convenienza del prezzo, o sulle caratteristiche tecniche del bene, crei nel destinatario del messaggio il falso convincimento che quel prodotto sia corredato degli accessori utili per godere di tutte le sue funzionalità.

---

PI6500, provv. n. 18197 del 27 marzo 2008, in Boll. 12/2008 (*Compresse HCA Dimagrante*) e PI6088, provv. n. 17812 del 27 dicembre 2007, in Boll. 49/2007 (*Kalory Emergency*). Nello stesso senso vedi anche Dona, *Pubblicità*, 29 e nota 41.

<sup>106</sup> E’ il caso dei messaggi e della *reclame* che promuovono dispositivi di antifurto per la casa, o sistemi per controllare a distanza il sonno dei bambini o delle persone anziane, i quali insinuano ansia e preoccupazione nel destinatario inducendolo a credere che dal mancato acquisto dell’impianto derivi un pericoloso stato di insicurezza per lui e i propri cari.

<sup>107</sup> PI5216, provv. n. 16588 dell’8 marzo 2007, in Boll. 10/2007 (*Patè di fegato di anatra Jensen’s*).

<sup>108</sup> Ad esempio, spesso, le comunicazioni commerciali e le informazioni rese dal professionista esaltano le qualità di un capo di abbigliamento, o di altro manufatto, in virtù del tessuto, delle fibre, delle leghe che lo compongono, ed in funzione di quella particolare materia prima, rara o ad esempio proveniente da una specifica area geografica, il prodotto viene rappresentato come un’esclusiva del rivenditore, o ne viene giustificato il prezzo elevato, mentre, invece, la composizione di quel bene è priva del ricorso a quel materiale, o nelle percentuali millantate.

L'“assistenza post-vendita<sup>109</sup>” ed il “trattamento dei reclami”, dovrebbero avere una collocazione chiara, precisa ed esauriente all'interno di ogni comunicazione commerciale, spot, catalogo illustrativo di beni o servizi.

Il consumatore deve essere avvisato sul supporto, le garanzie che accompagneranno l'uso del prodotto e sulle procedure mediante le quali attivare il servizio assistenza o far valere le proprie richieste.

Si tratta di un profilo che è parte integrante delle caratteristiche del bene e che assume un peso importante nella valutazione dei costi e dell'effettiva convenienza della proposta commerciale.

Le informazioni sul “metodo (o la data) di fabbricazione<sup>110</sup> e sulla prestazione<sup>111</sup>” sono talvolta ideate per confondere il consumatore<sup>112</sup>.

Un'altra ipotesi è quella in cui l'informazione inganni circa la “consegna” del bene, la facoltà di entrarne in possesso, o di fruire del servizio<sup>113</sup>.

Tra le caratteristiche del prodotto l'“idoneità allo scopo”<sup>114</sup> è quella che, insieme alla promessa dei vantaggi, cattura e condiziona con maggiore incisività l'attenzione e la scelta finale dei destinatari del messaggio.

Le fantasie, le ambizioni dell'uomo sono tali da dar origine alle aspettative che poi i consumatori concentrano e alimentano in funzione del

---

<sup>109</sup> Così anche M. DONA, *Pubblicità*, cit., 29 e nota 43, il quale ha riportato alcuni provvedimenti dell'Antitrust (PI4062, in Boll. 20/2003, in tema di assistenza scooter; PI4762, in Boll. 26/2005, in materia di acquisti immobiliari all'estero) in cui l'AGCM ha puntualizzato che il servizio post-vendita che viene pubblicizzato limitatamente in relazione al porre in contatto i propri clienti con le agenzie locali non risponde ai requisiti di un'informazione corretta, trasparente in grado di non indurre in inganno il consumatore ed è quindi insufficiente.

<sup>110</sup> PI6609, provv. n. 18168 del 20 marzo 2008, in Boll. 11/2008 (*Condimento Tradizioni Reggiane*), e in materia di mancata corrispondenza tra il messaggio (denominazione e descrizione del metodo di produzione) e la reale modalità con cui il bene è stato prodotto si veda PI622, provv. n. 17751 del 13 dicembre 2007, in Boll. 47/2007 (*Acetaia Dodi dal 1981 – Aceto balsamico tradizionale*).

<sup>111</sup> In tal senso, PI5554, provv. n. 16803 del 4 maggio 2007, in Boll. 18/2007 (*Tubes Radiatori*).

<sup>112</sup> Per l'inganno che investe sia la modalità di fabbricazione sia il tipo di prestazione che il prodotto è in grado di erogare in conseguenza del diverso processo produttivo si veda PI5472, provv. n. 16398 del 18 gennaio 2007, in Boll. 3/2007 (*Lampadine Alogene Bottari*).

<sup>113</sup> Diversamente da quanto il consumatore era stato indotto a credere, ciò non avverrà in un momento contestuale a quello dell'acquisto o della sottoscrizione del contratto, ma si verificherà solo decorso un certo lasso di tempo, o addirittura solo ove si aderisca ad una particolare formula di abbonamento.

<sup>114</sup> In materia di prodotti dimagranti l'inganno sull'idoneità allo scopo è diffusissimo, come testimonia, tra i numerosi provvedimenti dell'Antitrust, PI5370, provv. n. 16012 del 27 settembre 2006, in Boll. 39/2006 (*SCT STACK/Rivista For Men*).

vantaggio o della peculiare portentosa finalità che proprio il prodotto pubblicizzato, o consigliato dall'esperto, gli consentirà di tramutare in realtà.

Scarsa trasparenza da parte del professionista ricade talvolta sugli “usi”, la “quantità” o la “descrizione” del prodotto, cosicché il consumatore si ritrova a prendere atto della incongruità tra il bene oggetto del messaggio promozionale, e quindi del convincimento che ne è derivato, e quello che effettivamente gli è stato consegnato.

“Origine geografica o commerciale” del bene spesso rappresentano un fattore rilevante per chi si appresta ad adottare una scelta economica.

E proprio con riguardo a tali dati il consumatore, se non adeguatamente informato e inesperto nel settore in cui opera il professionista con il quale entra in contatto, è maggiormente indifeso.

L'ipotesi in esame ha come scenario tipico il settore agro-alimentare.

Negli ultimi anni, per proteggere la tipicità di alcuni prodotti alimentari, l'Unione Europea ha varato una precisa normativa, stabilendo due livelli di riconoscimento: DOP (Denominazione di Origine Protetta)<sup>115</sup> e IGP (Indicazione Geografica Protetta)<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> La sigla DOP (denominazione di Origine Protetta) estende la tutela del marchio nazionale DOC (Denominazione di Origine Controllata) a tutto il territorio europeo e, con gli accordi internazionali GATT, anche al resto del mondo. Il marchio designa un prodotto originario di una regione e di un paese le cui qualità e caratteristiche siano essenzialmente, o esclusivamente, dovute all'ambiente geografico. Tutta la produzione, la trasformazione e l'elaborazione del prodotto devono avvenire nell'area delimitata. Il riconoscimento viene assegnato ai prodotti agricoli ed alimentari le cui fasi del processo produttivo, vengano realizzate in un'area geografica delimitata e il cui processo produttivo risulta essere conforme ad un disciplinare di produzione. Queste caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente all'ambiente geografico, comprensivo dei fattori naturali ed umani (cfr. [www.agraria.org](http://www.agraria.org)).

<sup>116</sup> La sigla IGP (Indicazione Geografica Protetta) introduce un nuovo livello di tutela qualitativa che tiene conto dello sviluppo industriale del settore, dando più peso alle tecniche di produzione rispetto al vincolo territoriale. Quindi la sigla identifica un prodotto originario di una regione e di un paese le cui qualità, reputazione e caratteristiche si possono ricondurre all'origine geografica, e di cui almeno una fase della produzione, della trasformazione e dell'elaborazione avvenga nell'area delimitata. Il termine “IGP” è relativo al nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e di cui una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica possa essere attribuita all'origine geografica e la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengano nell'area geografica determinata (cfr. [www.agraria.org](http://www.agraria.org)).

Si tratta di riconoscimenti che la Comunità Europea ha posto a garanzia del consumatore<sup>117</sup> il quale ogni volta che si imbatte in un prodotto dotato di queste sigle, è convinto di acquistare prodotti di qualità che, proprio per essere dotati della certificazione, rispondono implicitamente a precisi requisiti e sono stati realizzati nel rispetto di regole e processi specifici.

E proprio approfittando dell'affidamento riposto dai consumatori in tale normativa comunitaria, questa è divenuta con sempre maggiore frequenza oggetto di abusi da parte di professionisti che vi ricorrono non in adempimento delle prescrizioni che questa ha sancito, bensì come stratagemma volto ad ingannare il cittadino consumatore<sup>118</sup>.

Infine un'ultima caratteristica è quella dei “*risultati che si possono attendere dall'uso*” del prodotto.

Attraverso i vari canali e mezzi di diffusione si susseguono incessantemente i messaggi, gli slogan e le promozioni di prodotti incentrati esclusivamente sulla promessa di risultati straordinari derivanti dall'uso di un certo bene.

Le comunicazioni sono formulate (anche dal punto di vista grafico) in modo tale da generare nel consumatore falsi miti, la speranza della realizzazione di successi che invece nella stragrande maggioranza dei casi non si realizzano.

Il tutto accompagnato dalla messa in secondo piano dei rischi per la salute che possono derivare dall'assunzione, o dall'uso prolungato dei presunti prodotti “miracolosi”<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Inoltre sono uno strumento di garanzia per gli stessi produttori da eventuali imitazioni servili e atti di concorrenza sleale.

<sup>118</sup> Sull'inganno che fa leva sull'origine geografica, si veda il PI 4162, provv. n. 12207 del 10 luglio 2003, in Boll. 28/2003 (*Il Lardo di “Arnad Le Vieux”*).

<sup>119</sup> La casistica dell'AGCM al riguardo è ricca, e investe soprattutto i messaggi ingannevoli che promettono effetti prodigiosi di creme, trattamenti di bellezza e dimagranti. Si vedano PI 6088, provv. n. 17812 del 27 dicembre 2007, in Boll. 49/2007 (*Kalory Emergency 1000*) e il PI6499, provv. n. 18196 del 27 marzo 2008, in Boll. 12/2008 (*Vernat Compresse Zactol*). Sempre in materia di induzione in errore sui risultati che si attendono dall'uso del prodotto si vedano PI5773, provv. n. 18415 del 21 maggio 2008, in Boll. 20/2008 (*Perdipeso Cerotto Rimodellante*); PI6500, provv. n. 18197 del 27 marzo 2008, in Boll. 12/2008 (*Compresse HCA Dimagrante*); PI5752, provv. n. 18009 del 13 febbraio 2008, in Boll. 6/2008 (*Nivea DNAGE*); PI5753, provv. n. 17920 del 24 gennaio 2008, in Boll. 3/2008 (*Covermark Botuline*); PI6089, provv. n. 17710 del 5 dicembre 2007, in Boll. 46/2007 (*Forlip Lifting*); PI16006, in Boll. 39/2006 (*OK Linea*).

In altri casi, l'enfatizzazione del prodotto viene realizzata mediante l'apposizione di loghi, o certificazioni di garanzia sprovviste dell'autorevolezza e del riconoscimento che sostengono di possedere, per ingannare i consumatori sulle «caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto»<sup>120</sup>.

#### **2.1.4. L'azione ingannevole ai sensi dell'art. 21, lett. c) e d), cod. cons..**

Ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. c), la pratica commerciale è ingannevole se le informazioni non rispondenti al vero, o di fatto corrette, che contiene siano idonee ad indurre il consumatore in errore e ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso con riguardo alla «portata degli impegni del professionista, i motivi della sua pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto».

Si pensi, alla frequente pratica commerciale consistente nel pubblicizzare sconti o vendite stracciate giustificandole per fallimento o cessata attività dell'esercizio commerciale<sup>121</sup>.

L'azione ingannevole, così come prevista dall'art. 21, comma 1, lett. d), riguarda il “prezzo” del prodotto, o il modo in cui viene calcolato, o l’“esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo”.

Il caso tipico è solito ricorrere in settori quali, primo fra tutti, quello della telefonia, sia mobile che fissa. In questo ambito l'Autorità garante

---

<sup>120</sup> In PS411, provv. n. 18700 del 31 luglio 2008, in Boll. 30/2008 (*Ovito-Magicannuccia Approvati FIMP*).

<sup>121</sup> PI4755, provv. n. 14307 del 12 maggio 2005, in Boll. 19/2005 (*Società Svendita Fallimentare*), dove l'Autorità Antitrust ha riconosciuto l'ingannevolezza del messaggio promozionale che è formulato, anche graficamente, in modo tale che «agli occhi dei destinatari - ivi compresi i consumatori non necessariamente dotati di una specifica preparazione di materia fallimentare - viene percepito come un invito a partecipare ad un evento nel corso del quale avrà luogo una specifica vendita di beni provenienti da un fallimento che consentirà l'acquisto di capi di abbigliamento a prezzi significativamente scontati».

della concorrenza e del mercato richiama nelle prime decisioni il consolidato un orientamento maturato sotto il baluardo della normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 146/07, in virtù della continuità fra i due assetti normativi. Secondo tale orientamento, *«nel settore della telefonia, caratterizzato dal proliferare di offerte promozionali anche molto articolate, la completezza e la comprensibilità delle informazioni si caratterizzano come un onere minimo dell'operatore pubblicitario al fine di consentire la percezione dell'effettiva convenienza della proposta. In questa prospettiva, la completezza della comunicazione deve coniugarsi con la chiarezza e l'immediata percepibilità delle condizioni di fruizione dell'offerta promozionale pubblicizzata»*<sup>122</sup>.

Altri casi si riscontrano soprattutto nel settore dei trasporti<sup>123</sup>, come ad esempio, anche in virtù dei recenti interventi normativi nel settore<sup>124</sup>,

---

<sup>122</sup> In questo senso cfr. fra gli altri PI2828, provv. n. 8445 del 28 giugno 2000, in Boll. 26/00 (*Tariffe Tele2*); PI3030, provv. n. 9058 del 21 dicembre 2000, n. 51-52/00 (*Omnitel Casacard*); PI3186, provv. n. 9282 del 1 marzo 2001, in Boll. 9/01 (*Infostrada Spazio Zero*); PI4593, provv. n. 13979 del 20 gennaio 2005, in Boll. 3/05 (*Wind/Libero Comparazione offerte commerciali*); PI4886, provv. n. 14917 del 23 novembre 2005, in Boll. 47/05 (*Promozione casa e Wind*); PI5264, provv. n. 15889 del 24 agosto 2006, in Boll. 33-34/06 (*Vodafone Revolution*). Con riferimento al servizio telefonico integrato fisso-mobile e al suo carattere innovativo, si richiama PI5598, provv. n. 16866, del 17 maggio 2007, in Boll. n. 20/07 (*Vodafone Servizio Numero Fisso*). L'orientamento espresso nei suddetti provvedimenti è posto alla base anche di recenti decisioni adottate dall'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette. Come in PS278, provv. n. 18519 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (*Infostrada Meno di 10 Euro al mese*), avente ad oggetto un messaggio pubblicitario televisivo. O ancora, l'ammonizione della pratica commerciale oggetto del PS143, provv. n. 18518 del 19 giugno 2008, in Boll. 24/2008 (*Telecon Italia-Accesso Internet Dial-up*). Sempre in tema di induzione in errore che fa leva sul prezzo e le modalità di calcolo si vedano PS1452, provv. n. 18424, del 29 maggio 2008, in Boll. 21/2008 (*Moby-Torni Gratis*) (cit. *supra* nota 102); PS186, provv. n. 18545 del 25 giugno 2008, in Boll. 25/2008 (*HBC-GenesisVacation Club Gold*).

<sup>123</sup> PI5644, provv. n. 18050 del 21 febbraio 2008, in Boll. 7/2008 (*British Airways-Viaggi che fanno sognare, Tariffe pure*), riguardante il messaggio pubblicitario, diffuso su un quotidiano, avente ad oggetto tariffe aeree per determinate tratte.

<sup>124</sup> E' il caso dell'art. 3 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. decreto Bersani), recante *“Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese, la valorizzazione dell'istruzione tecnico-professionale e la rottamazione di autoveicoli”*, convertito, con modificazioni, nella l. 2 aprile 2007, n. 40. Sono interventi che hanno avviato una sorta di regolamentazione delle modalità di presentazione al pubblico del prezzo complessivo del biglietto aereo al fine di favorirne la trasparenza, di garantire ai consumatori un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi costi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato. Tale contesto, ha portato ad una composizione in diversi elementi del costo del servizio di trasporto aereo, raggruppabili in due macrocategorie: tariffa e tasse ed oneri aeroportuali. A queste si aggiungono i costi relativi ai servizi amministrativi, ai diritti di emissione applicati dalle compagnie, in particolare nel caso di prenotazione/acquisto *on line* del biglietto aereo tramite internet.

nell'ambito del trasporto aereo<sup>125</sup>, ed inoltre, a seguito della recente liberalizzazione del mercato e del conseguente ingresso di numerosi nuovi operatori, in quello dell'energia<sup>126</sup>.

I messaggi illustrano piani tariffari convenienti e rispondenti alle esigenze eterogenee della potenziale clientela.

Proprio in merito alle tariffe l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha spesso ricordato nelle sue decisioni che il suo orientamento sul punto condivide quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa, ovvero che *«l'indicazione della tariffa deve includere ogni onere economico gravante sul consumatore, il cui ammontare sia determinabile ex ante, o presentare, contestualmente e con adeguata evidenza grafica e/o sonora, tutte le componenti che concorrono al computo del prezzo, al fine di rendere chiara e compiuta l'informazione fornita al consumatore. Più in particolare, quando l'operatore pubblicitario ricorre ad una scomposizione in tariffa base e supplementi che devono essere sommati alla prima, deve essere in ogni caso garantita ai potenziali destinatari del messaggio la*

---

<sup>125</sup> PS452, cfr. *supra*, nota 103. L'AGCM ha irrogato la sanzione di 970 mila euro alla compagnia aerea Meridiana per pratiche commerciali scorrette realizzate mediante plurime condotte che integravano autonome ipotesi di azioni ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. b) e d), cod. cons. In particolare, una prima fattispecie di azione ingannevole riguarda la scomposizione della tariffa e gli elementi di costo rimborsabili e il *fuel surcharge* (supplemento carburante). Una seconda pratica commerciale ingannevole attuata da Meridiana concerne la modalità di adesione alla polizza assicurativa facoltativa che scatta attraverso un meccanismo di silenzio-assenso. L'Autorità Antitrust ha rinvenuto in tale modalità di adesione alla polizza una pratica idonea ad ingenerare confusione nel consumatore che non sia intenzionato all'acquisto di detto servizio, inducendolo erroneamente a ritenere che esso sia indispensabile per poter procedere all'acquisto del biglietto elettronico o comunque a procedere all'acquisto di un servizio senza aver pienamente compreso la sua natura accessoria e, conseguentemente, aver effettuato una scelta consapevole al riguardo.

<sup>126</sup> Il mercato dell'energia, oggi, è caratterizzato da un'elevata contendibilità della clientela residenziale non più vincolata ad un unico fornitore, ed è segnato da una profonda asimmetria informativa tra fornitori e consumatori. L'intervento dell'AGCM in questo mercato è stato inaugurato con l'apertura del procedimento PS1, provv. n. 19223, 13 novembre 2008, in Boll. 45/2008 (*Prezzi Bloccati Elettricità*), in occasione del quale l'Antitrust ha riconosciuto le società Enel Energia, Eni, AceaElectrabel Elettricità, AEM Energia, ASM Energia e Ambiente, Trenta, Enia Energia, MPE Energia e Italcogim Energie responsabili delle pratiche commerciali scorrette nelle modalità di pubblicizzazione dei prezzi praticati nel mercato libero dell'energia e del gas, ed ha irrogato sanzioni per un ammontare complessivo di 1,275 milioni di euro. In merito a questo provvedimento si veda C. GIURDANELLA - P. BANZI, *Spot televisivi e pubblicità ingannevole in Internet: l'Antitrust sanziona Enel per pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dell'Internet*, n. 6/2008, 543 e ss.. E ancora si vedano le comunicazioni affette da ingannevolezza e assenza di trasparenza in PI6215 (*ENEL GAS Prezzo GAS*) e PI6193, provv. n. 17750 del 13 dicembre 2007, in Boll. 47/2007 (*ITALCOGIM Fornitura Energia Elettrica*). Sul punto si veda

*possibilità di percepire in maniera precisa e sufficientemente immediata il prezzo finale del biglietto aereo»<sup>127</sup>.*

C'è poi la prassi ingannevole dei “finti omaggi”<sup>128</sup>: illustrare un prodotto come gratuito, o comunque privo di ulteriori oneri aggiuntivi, mentre per ritirare o farsi recapitare il bene il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al costo che era stato risaltato nel *claim* del messaggio.

Infine, anche i servizi di astrologia o di vincite telefoniche sono un settore in cui si susseguono azioni ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. *d*), cod. cons.<sup>129</sup>

Rinviando al capitolo terzo il giusto spazio a quanto sto per affermare, tenendo conto della lettera dell'art. 21, comma 1, lett. *a*), *b*) e *d*), e della casistica dell'Autorità Antitrust, emerge come alcune pratiche commerciali siano simili alle condotte proprie dei reati di frode in commercio (art. 515 c.p.), vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.) e la vendita di prodotti industriali con segni mendaci (at. 517 c.p.).

Dunque, è opportuno valutarne i confini e verificare se si tratta di ipotesi di per se penalmente rilevanti oppure se è uno specifico elemento costitutivo delle suddette fattispecie, quale l'elemento soggettivo, a determinarne un diverso disvalore sociale ed una conseguente rilevanza giuridica distinta.

---

<sup>127</sup> Così in PI5644, provv. n. 18050 del 21 febbraio 2008, in Boll. 7/2008 (*British Airways-Viaggi*); PI5642, provv. n. 18008 del 13 febbraio 2008, in Boll. 6/2008 (*British Airways-Da €29 Londra solo andata, Tasse incluse*); PI5684, provv. n. 18084 del 27 febbraio 2008, in Boll. 8/2008 (*Jet2.Com-Manchester e Leeds Voli Gratis*). In tali ipotesi, la comunicazione commerciale viene articolata su due livelli. In primo piano il messaggio attribuisce il massimo risalto all'imperdibile convenienza del prezzo, così da colpire e catalizzare l'attenzione di chi ne è raggiunto sui vantaggi dell'offerta. Poi, solo ai margini in caratteri piccoli contrassegnati da un asterisco o dal rinvio ad una nota, vengono illustrate, spesso in maniera non esaustiva, le reali modalità di calcolo del prezzo.

<sup>128</sup> D. PARROTTA, *L'inganno*, cit., 35.

<sup>129</sup> Sul punto vedi M. DONA, *Pubblicità*, cit., 31 e nota 47.



### **2.1.5. L'ingannevolezza ai sensi delle lett. e), f) e g) dell'art. 21: tra garanzie dei beni e diritti fondamentali del consumatore.**

Proseguendo nell'analisi del comma 1, considerazioni quali “*necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione*” del bene concorrono nella valutazione dei pro e dei contro di un'offerta commerciale fino ad assumere, talvolta, un peso determinante per la decisione finale.

Ma i messaggi pubblicitari, o le informazioni contenute a margine, possono essere costruiti in modo idoneo a generare nel destinatario la certezza che sia compreso nell'imperdibile prezzo il servizio di riparazione o sostituzione<sup>130</sup>.

Il consumatore potrebbe essere tratto in errore in merito alla «*natura, le qualifiche ed i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti ed i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi ed i riconoscimenti*».

L'ingannevolezza con riferimento alla “*natura*” del professionista, ricorre quando il consumatore sia portato a credere che l'impresa abbia una precisa diffusione sul territorio<sup>131</sup> non rispondente al vero, o quando, pur essendo inesistenti i dati concreti che ne diano testimonianza, il messaggio descrive l'operatore professionale come il “*leader*” del suo settore.

Le “*qualifiche*” del professionista sono fonte di inganni soprattutto nell'ambito dei titoli accademici<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Oppure che si tratti di un bene non soggetto a cure particolarmente impegnative, mentre, invece, per il suo impiego e la sua manutenzione si devono affrontare costi tali che ove fossero stati resi noti nella comunicazione, avrebbero fatto propendere per una scelta diversa. O ancora, viene dichiarato che i pezzi di ricambio sono di facile reperimento, mentre ad esempio i servizi di ricambio o riparazione del prodotto non sono disponibili nella città (regione o Stato membro) in cui il bene è stato acquistato. Un'altra ipotesi è quella di aziende che si proclamano centri autorizzati di assistenza o di sostituzione dei pezzi di ricambio, contrariamente al vero, mediante l'impiego dell'immagine del marchio registrato della casa di produzione del bene sull'insegna o nei messaggi pubblicitari della ditta. Infine si pensi alla vendita a prezzi vantaggiosi di beni i cui pezzi di ricambio non sono più prodotti.

<sup>131</sup> In PI4916, provv. n. 14897 del 16 novembre 2005, in Boll. 46/2005 (Agenzia Meeting di Parma), il segnalante lamentava la non veridicità dell'affermazione “*La più grande agenzia matrimoniale d'Italia*” e dalle risultanze istruttorie ne era emerso il carattere decettivo.

<sup>132</sup> Al riguardo si veda PS622 (CSI-Titoli universitari), provv. n. 20184, 6 agosto 2009, in Boll. 33/2009; PI5199B, provv. n. 16493 del 15 febbraio 2007, in Boll. 7/2007 (Università Ambrosiana);

La fattispecie prevista dalla lett. f) dell'art. 21, comma 1, d.lgs. 206/2005 prevede oltre all'errore che cade sulle qualifiche, l'ipotesi che questo investa anche i "diritti del professionista quali la sua identità"<sup>133</sup>, le capacità o i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale"<sup>134</sup>.

L'inganno potrebbe risiedere nei "premi o nei riconoscimenti"<sup>135</sup> vantati dal professionista, che però non sono più validi o non sono mai stati conseguiti.

Infine, il consumatore medio può essere vittima di una pratica commerciale contenente un'informazione idonea ad indurlo in errore sui diritti dei quali è titolare, «incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi dell'art. 130 del codice del consumo»<sup>136</sup>. E' una pratica che fa leva sulla scarsa informazione che purtroppo tutt'oggi persiste tra i consumatori.

La maggior parte di chi si appresta a chiedere un preventivo ad un professionista, ad intraprendere una trattativa, a concludere un acquisto, a stipulare un contratto, non ha una completa conoscenza dei diritti<sup>137</sup> del

---

PI5421, provv. n. 16366 dell'11 gennaio 2007, in Boll. 2/2007 (*Luses-Libera Università degli Studi Economici e sociali*); PI5224, provv. n. 16494 del 15 febbraio 2007, in Boll. 7/2007 (*UNIPSA-SSSEA*); PI6175 provv. n. 17516 del 18 ottobre 2007, in Boll. 39/2007 (*Accademia delle Belle Arti di Mendicino*).

<sup>133</sup> In PS541, provv. n. 18548 del 25 giugno 2008, in Boll. 25/2008 (*Onoranze funebri Fadal di Dall'Olio*), l'Autorità ha ritenuto ingannevole l'uso pubblicitario di segni distintivi uguali o simili a quella di altra impresa operante nel medesimo settore, che siano suscettibili di creare confusione circa l'identità e le qualifiche dell'operatore pubblicitario, potendo indurre i destinatari a confondere due imprese autonome ovvero a ritenere che esista un collegamento di natura organizzativa tra esse, con pregiudizio del loro comportamento economico. O ancora, PS91 (cit. *supra*), in cui l'Autorità Antitrust ha condannato ENEL S.p.a. per pratiche commerciali scorrette, in quanto, alcune delle indicazioni non rispondenti al vero, inesatte o incomplete fornite alla clientela, riguardavano il ruolo e l'ambito di attività del professionista dal quale provenivano le offerte per l'energia elettrica e per il gas.

<sup>134</sup> Ad esempio tra le cd. prassi illecite con cui si realizzano pratiche commerciali ingannevoli ai sensi del comma 1 dell'art. 21, cod. cons., è annoverata quella fondata su messaggi che lascino intendere, contrariamente al vero, che il professionista non stia agendo nell'esercizio della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o che in realtà esso sia un consumatore. In questo senso vedi D. PARROTTA, *L'inganno*, cit., p. 35.

<sup>135</sup> In PI5597, provv. n. 16805 del 4 maggio 2007, in Boll. 18/2007 ([www.cnsf.it-c.a.r.-tur](http://www.cnsf.it-c.a.r.-tur)), l'Autorità ha ritenuto che il messaggio pubblicitario, che esordiva con la citazione "ENTE di PROMOZIONE SPORTIVA riconosciuto dal CONI e dal Ministero dell'Interno", fosse in grado di orientare indebitamente le scelte dei consumatori sull'ente di promozione sportiva al quale rivolgersi in quanto, riproducendo il logo del CONI e menzionando titoli e riconoscimenti non più validi, non consentiva una consapevole determinazione del comportamento economico dei destinatari.

<sup>136</sup> Su questo punto, invece, la lett. g) dell'art. 6, par. 1, direttiva 2005/29/CE, recitava «ai diritti del consumatore o ai rischi ai quali questi può essere esposto».

<sup>137</sup> PS452 (cit. *supra* nota 90 e nota 112), in cui tra le pratiche commerciali ingannevoli realizzate dalla compagnia aerea Meridiana, vi è quella consistente nella mancata pubblicazione sul sito internet di adeguate informazioni ai passeggeri sui diritti riconosciuti dalla normativa interna e

consumatore a causa di un'educazione<sup>138</sup> e di un'informazione<sup>139</sup> troppo spesso ancora assenti o insufficienti.

E su questa lacuna formativo-informativa si insinua il messaggio pubblicitario, o la “finta rassicurazione” del professionista (rivenditore, imprenditore, promotore) che ad esempio descrive l'offerta in modo tale da far sembrare che i due anni di garanzia del bene siano un *quid pluris* che il cliente può trovare solo se acquista quel prodotto presso quel rivenditore, un valore aggiunto, che rende l'offerta particolarmente conveniente, mentre si tratta del termine ordinario previsto dalla legge<sup>140</sup> (art. 132, comma 1, cod. cons.) per la garanzia del bene che è sempre dovuta al consumatore. Semmai, alla garanzia legale biennale il produttore può aggiungere, e descrivere come un elemento tipico della propria promozione, una garanzia ulteriore che non sostituisce bensì affianca quella legale: la garanzia “convenzionale”<sup>141</sup>.

---

internazionale in caso di ritardo dei voli. Nello stesso senso si veda il menzionato PS91, in cui l'integrazione da parte di Enel S.p.a. di azioni ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, cod. cons., avveniva, tra l'altro, mediante la mancata informazione ai consumatori, che si apprestavano a firmare il modulo di adesione alla proposta commerciale, della loro possibilità di esercitare il diritto di ripensamento entro 10 giorni dalla sottoscrizione del modulo.

<sup>138</sup> Il diritto all'educazione implica, accanto ad una informazione che renda il consumatore conscio degli strumenti in suo possesso per leggere in maniera istruita gli attributi dell'offerta che devono essere valutati per poter avere la consapevolezza delle reali caratteristiche del prodotto e delle sue funzionalità, un'attività “formativa”. Il diritto all'educazione è finalizzato ad «*educare il consumatore in senso più “attivo”, rendendolo consapevole*» dei suoi diritti e delle potenzialità insite in ogni sua azione e scelta, che deve essere compiuta con cognizione di causa. Così L. ROSSI CARLEO, *sub art. 4*, 118 ss..

<sup>139</sup> Sul ruolo centrale dell'informazione nella tutela del consumatore, nonché nell'ambito del passaggio dalla mera comunicazione commerciale fino alle pratiche commerciali sleali e alla disciplina della direttiva 2005/29/CE, cfr. L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale*, cit., 1 ss..

<sup>140</sup> La disciplina delle garanzie post-vendita dei beni di consumo è stata introdotta a livello comunitario dalla direttiva 99/44/CE, ed è stata recepita in Italia con il d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24. Il decreto ha novellato gli articoli da 1519-*bis* a 1519-*nonies* c.c., i quali sono stati abrogati a seguito del confluire della relativa disciplina nel codice del consumo (artt. 128-135). In Italia dal 23 marzo 2002 il termine ordinario per la garanzia su tutti i beni di consumo è di 24 mesi dalla consegna del bene. E, ai sensi dell'art. 132, comma 4, cod. cons., l'azione volta a far valere il difetto di conformità si prescrive nel termine di 26 mesi dalla consegna del bene.

<sup>141</sup> Detta anche garanzia “commerciale”, è una garanzia accessoria ed eventuale che ha la sua fonte nel contratto, e vincola colui che la offre secondo le modalità con cui viene descritta nella sua dichiarazione, e quindi ad esempio nel messaggio pubblicitario (art. 133 cod. cons.).

Ma anche in tal caso è opportuno prestare molta attenzione e diffidare da dichiarazioni ingannevoli che affermino che tale garanzia comporti il pagamento di un costo aggiuntivo<sup>142</sup>.

### **3. Le pratiche ingannevoli <<confusorie>> e gli atti di concorrenza sleale.**

Proseguendo nell'inquadramento delle fattispecie oggetto della presente indagine, il secondo comma dell'art. 21, cod., cons., individua due ipotesi di pubblicità ingannevole di particolare rilievo.

Si tratta di fattispecie diverse tra loro che inglobano al proprio interno temi, prassi commerciali, profili complessi e fondamentali per la realizzazione di un mercato globale in cui il continuo moltiplicarsi dei rapporti “*Business to Consumers*” sia realmente fondato e alimentato dalla corretta e leale informazione.

Prendendo le mosse dall'ipotesi prevista alla lett. a) dell'art. 21, comma 2, cod. cons., sarà più chiaro il motivo che mi ha poc'anzi portata a parlare di pratiche commerciali dai profili complessi.

La norma in questione dispone che è riconosciuta come ingannevole quella pratica commerciale che, alla luce di tutte le caratteristiche e le circostanze del caso concreto<sup>143</sup>, induce o è idonea ad indurre il

---

<sup>142</sup> Infatti, l'art. 128, comma 2, lett. c), cod. cons., definisce la garanzia convenzionale come un impegno assunto dal produttore, o dal venditore, nei confronti del consumatore senza costi supplementari. Ancora, una comunicazione commerciale che lasci intendere che per il prodotto oggetto del messaggio non è ammesso il ripristino, o questo è soggetto a dei costi aggiuntivi che esulano dal prezzo, integra l'ipotesi dell'azione ingannevole ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. g), cod. cons. Il diritto al ripristino, ai sensi dell'art. 130, comma 2, cod. cons., è un diritto irrinunciabile del consumatore, che permette di chiedere la riparazione o la sostituzione del bene senza alcuna spesa aggiuntiva. Recenti gli interventi dell'Autorità Antitrust in merito a pratiche commerciali ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. g), cod. cons.: PS1580, provv. n. 20721, 27 gennaio 2010, in Boll. 4/2010 (*Nokia N72-5 – Mancata garanzia*); PS5009, provv. n. 4 febbraio 2010, in Boll. 5/2010 (*Il Discobolo – Mancata prestazione garanzia*).

<sup>143</sup> Le circostanze concrete sono decisive nella valutazione della scorrettezza in quanto la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non tutela tutti i consumatori, e quindi anche quelli sprovveduti, ma quelli mediamente diligenti. Perciò tutelerà, laddove riconosciuta come scorretta, il consumatore destinatario della pratica che lo ha indotto a credere che, ad esempio, un prodotto posseda i pregi di un altro già noto, o che ha generato in lui confusione circa l'identificazione di un marchio o di un segno distintivo. Diversamente, non ricorrerà una pratica ingannevole confusoria laddove il consumatore abbia scelto di acquistare una merce palesemente contraffatta ad un prezzo

consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e che comporti «una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita».

Qui il giudizio di ingannevolezza ha ad oggetto due differenti condotte: da un lato la pubblicità comparativa illecita e dall'altro le attività di commercializzazione di beni o servizi<sup>144</sup> che suscitino confusione con le attività analoghe a quelle di altri professionisti.

In entrambi i casi è stata attuata una tutela immediata dei consumatori che indirettamente va a beneficio dell'operato dei professionisti che si comportano nel rispetto delle norme dettate dal legislatore a tutela della concorrenza e dei consumatori.

### **3.1. Segue. Concorrenza sleale e pubblicità comparativa.**

La pubblicità comparativa, a seguito della riforma del codice del consumo avvenuta nell'agosto 2007 non è più contenuta nel d.lgs. n. 206/2005 ed è dettata dal d.lgs. n. 145/2007 in materia di pratiche commerciali scorrette tra professionisti<sup>145</sup>.

---

enormemente, e per questo fortemente indicativo dell'ingannevolezza, a quello che avrebbe altrimenti dovuto versare.

<sup>144</sup> Sul significato di "commercializzazione" cfr. S. PERUGINI, *sub art. 21, comma 2, in Le modifiche al codice del consumo*, cit., 180.

<sup>145</sup> Prima di tale intervento normativo, la precedente disciplina affermava il ricorrere della liceità della pubblicità comparativa laddove fossero state rispettate le otto condizioni dettate dal vecchio testo dell'art. 22, lett. a)-h), cod. cons., quali la non ingannevolezza del messaggio pubblicitario e l'omogeneità dei beni confrontati, l'oggettività del confronto su caratteristiche qualificate. In particolare quest'ultima condizione, prevista alla lettera c) (e che ora è inserita nell'art. 4, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 145/2007), dispone che la pubblicità comparativa lecita è quella che pone a confronto in modo oggettivo quelle caratteristiche del bene che spiccano rispetto alle altre per essere essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative. L'oggetto della comparazione deve quindi vertere su quei dati che hanno inciso sulla valutazione del consumatore condizionandone la preferenza accordata ad uno dei prodotti o servizi confrontati e devono essere suscettibili di dimostrazione. Sempre l'art. 22, lett. d) (ora confluito nell'art. 4, lett. d), d.lgs. n. 145/2007) prevedeva la non confondibilità tra il bene di un operatore pubblicitario e quello di un suo concorrente oggetto del messaggio promozionale. Infine, le lettere e), f), g) e h), stabilivano quali ulteriori condizioni di liceità la non denigratorietà, il rispetto della denominazione di origine, il divieto di indebito agganciamento ed il divieto di imitazione o contraffazione del marchio.

Nonostante tale separazione, l'art. 21, comma 2, lett. a) cod. cons. ribadisce come la pubblicità comparativa rilevi nell'ambito delle pratiche poste in essere nei rapporti tra professionisti e consumatori e come proprio nell'interesse di questi ultimi essa non debba indurli in confusione<sup>146</sup>.

Mentre il d.lgs. n. 146/2007 concerne le pratiche commerciali dirette alla promozione, vendita o fornitura di prodotti o servizi che il professionista pone in essere sia nella fase precontrattuale, e qui ricorre tra le possibili forme la pubblicità ingannevole, sia nei rapporti contrattuali che coinvolgono solo ed esclusivamente uno o più consumatori, sia, infine, nel momento post-contrattuale<sup>147</sup>, il d.lgs. n. 145/2007, in accordo con quanto statuito dal suo art. 1<sup>148</sup>, non assicura una protezione costante che si snodi nelle fasi “*prima, durante e dopo un'operazione commerciale*”, ma si applica solo alle fattispecie di pubblicità ingannevole e/o comparativa, ovvero solo nell'ambito dei rapporti precontrattuali che interessano le relazioni tra professionisti.

Detto questo, però, quando ci si addentra nel settore pubblicitario ci si scontra con una realtà costruita su una moltitudine di *claims*, colori, slogan, suoni che presentano, e raramente illustrano in modo esaustivo, esaltano o gridano le caratteristiche, le qualità, il principio innovativo, la funzione principale di beni o servizi a destinatari che non sono necessariamente ed immediatamente riconoscibili come consumatore piuttosto che professionista.

Spesso, il messaggio si rivolge, indistintamente, ad un pubblico composto da ambedue le categorie degli attori del mercato ed allora diviene

---

<sup>146</sup> Al riguardo, S. PERUGINI, *sub art. 21, comma 2*, in *Le modifiche al Codice del Consumo*, cit., 179, sottolinea la restrizione della tutela del consumatore compiuta dal legislatore in materia di pubblicità comparativa con la ripetizione della sola lett. d) del vecchio art. 22, cod. cons., nella previsione di cui all'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons.. Infatti, mentre nella previgente disciplina era vietata la pubblicità comparativa che generava confusione tra l'attività di due o più professionisti, ora, ai sensi dell'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., affinché la pubblicità comparativa sia scorretta non è sufficiente il mero carattere confusorio ma deve anche essere idonea, proprio in virtù della confusione suscitata, ad indurre il consumatore ad una scelta che altrimenti non avrebbe adottato.

<sup>147</sup> Si pensi a quelle azioni od omissioni alle quali il professionista ricorre per influenzare negativamente la scelta del consumatore che deve decidere se esercitare il diritto di recesso oppure avvalersi della tutela rimediabile (chiedere la sostituzione o la riparazione del bene acquistato).

<sup>148</sup> Il quale sancisce che il suo scopo è «*tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali nonché stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*».

difficoltoso continuare a riconoscere nel criterio soggettivo lo strumento attraverso il quale rinvenire la disciplina applicabile<sup>149</sup>.

Tutto questo conduce alla *ratio* posta alla base della previsione di cui all'art. 21, comma 2, lett. *a*), cod. cons.: essa, richiamando fra le ipotesi di pubblicità ingannevole quella comparativa, va a creare una sovrapposizione con quanto stabilito dal d.lgs. n. 145/2007 finalizzata ad una tutela rafforzata contro la pubblicità comparativa ingannevole o illecita in merito alla quale, come si è avuto modo di illustrare, il canone di separazione basato sulla qualifica soggettiva del destinatario della pratica da solo è inidoneo ad individuare con assoluta univocità la disciplina di volta in volta applicabile<sup>150</sup>.

Ecco che allora di fronte ad una pratica commerciale che assuma le vesti della pubblicità ingannevole o comparativa illecita il legislatore ha predisposto un assetto normativo tale da coprire sia il versante composto dagli interessi dei *competitors*, laddove il messaggio pubblicitario si insinui nei rapporti tra professionisti, sia quello dei diritti e degli interessi dei consumatori che, direttamente o indirettamente, siano lesi o minacciati dalla pubblicità confusoria illecita<sup>151</sup>.

La fattispecie in esame è complessa in quanto oltre alle ipotesi di pubblicità comparativa illecita e pubblicità denigratoria, pur solo potenzialmente prossime alla lesione degli interessi dei consumatori e dei

---

<sup>149</sup> Classico è l'esempio dello spot su carta stampata, trasmesso in tv o on-line che promuove un nuovo personal computer denigrando al contempo il modello analogo complementare prodotto dal concorrente. La pubblicità ha ad oggetto un bene che rileva per le attività tanto dei consumatori quanto dei professionisti.

<sup>150</sup> In tale ipotesi, come osserva A. LEONE, *Pubblicità ingannevole*, cit., p. 256-257, la diversa qualificazione ha un peso di non poco conto. Infatti, attribuire a un messaggio pubblicitario ingannevole, o comparativo illecito, la qualifica di pratica commerciale scorretta implica che a monte, per valutarne l'idoneità a falsare il comportamento economico del suo destinatario, si sia fatto ricorso al parametro del "consumatore medio" (nonché a quello del "membro medio di un gruppo" qualora, ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons., la pratica coinvolga uno specifico gruppo di consumatori). Inoltre, il ricorso al criterio soggettivo non sembra particolarmente coerente con quanto previsto dall'art. 7, comma 2 del d.lgs. n. 145/2007, il quale, definendo ingannevole quella pubblicità che "*in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, può anche indirettamente minacciare la loro sicurezza*", ha ad oggetto una fattispecie pubblicitaria in cui la tutela del professionista concorrente sembra attuarsi necessariamente attraverso la tutela, «(...) *in via mediata* (...)» dell'interesse di una particolare categoria di consumatori "deboli" quali appunto i bambini e gli adolescenti.

<sup>151</sup> Tra i primi provvedimenti adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato: PS1592, provv. n.19623, 12 marzo 2009, in Boll. 11/2009 (*FIAT-Nuova croma*); PB334, provv. n. 19867, 14 maggio 2009, in Boll. 19/2009 (*Edison-Prezzo bloccato elettricità*).

*competitors*, considera anche condotte «di commercializzazione del prodotto che ingenerino confusione con i prodotti, marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente».

Entrambe le previsioni si prestano ad un inevitabile coinvolgimento dei principi di correttezza professionale su cui si fonda l'art. 2598 c.c. in tema di concorrenza sleale<sup>152</sup>.

### **3.2. Pubblicità ingannevole e concorrenza sleale: art. 2598, n.1, c.c. e art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons.**

In verità, la disciplina della pubblicità ingannevole ha da sempre avuto tra i suoi principali nodi gordiani la questione vertente sulla possibile autonomia dell'illecito mendace commesso ai danni dei consumatori rispetto a quello previsto dall'art. 2598 c.c., al punto che i primi interventi repressivi della pubblicità ingannevole sono stati realizzati proprio nell'ambito della concorrenza sleale<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Il concetto di concorrenza sleale nacque in Francia nel XIX secolo e fu il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale che plasmò l'istituto mediante la distinzione tra atti leciti di concorrenza e quelli illeciti che poi la dottrina definì come "*concurrence déloyale*". In Italia non c'era una norma specifica a disciplinare il fenomeno della concorrenza sleale ed allora la giurisprudenza ricondusse le pratiche sleali di concorrenza nell'alveo della responsabilità extracontrattuale prima sancita nell'art. 1151 del codice civile del 1865 poi divenuto art. 2043 del codice del 1942. A ciò, data l'insufficienza della responsabilità aquiliana nella repressione della concorrenza sleale, seguì un intervento ad hoc con il decreto 10 gennaio 1926, n. 169, poi convertito nella legge 29 dicembre 1927, n. 2701, con cui fu recepito nel nostro ordinamento l'art. 10-bis della Convenzione di Unione di Parigi del 1883 nel testo approvato all'Aja nel 1925, ovvero la prima codificazione dell'illecito concorrenziale. L'art. 10-bis dispone che «*costituisce un atto di concorrenza sleale ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale*». La norma diede quale contributo quello della tipizzazione degli atti qualificabili come atti di concorrenza sleale all'interno della responsabilità extracontrattuale. Un ulteriore, e necessario, passo è stato poi realizzato con l'inserimento nel codice civile del 1942 della sez. II "*della concorrenza sleale*" del capo I "*della disciplina della concorrenza*" del titolo X "*della disciplina della concorrenza e dei consorzi*". La sezione è composta dagli artt. 2598-2601. L'art. 2598 c.c., insieme agli artt. 2599 e 2600, è così divenuto il fondamento di un autonomo diritto soggettivo alla lealtà della concorrenza ed ha posto nel dimenticatoio la norma convenzionale dell'art. 10-bis.

<sup>153</sup> Come rilevato anche da P. A. E. FRASSI, *Lo statuto di non decettività del marchio tra diritto interno, diritto comunitario ed alla luce della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Riv. dir. ind.*, n. 1/2009, 29 e ss., data la propensione di parte delle norme del Codice del consumo ad intrecciarsi con le norme dettate in materia di concorrenza sleale dal Codice civile, nonché in considerazione della loro possibile sovrapposibilità, si era ipotizzato l'inserimento della disciplina degli artt. 2598-2601 c.c. in quella nuova delle pratiche commerciali sleali. Diversamente, invece, G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/Ce concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e Impresa Europa*, n. 1/2007, 25 e ss., ha ravvisato nella fase che ha preceduto l'attuazione in Italia della Direttiva 2005/29/Ce, da un lato, la possibilità lasciata dal legislatore comunitario a quelli nazionali di far sì che almeno alcune delle regole previste dagli artt. 2-13 della direttiva divenissero regole generali di diritto interno «(...) destinate a concorrere con le regole nazionali già vigenti in



L'art. 2598 c.c. enuclea gli atti di concorrenza sleale articolandoli in tre diverse categorie: 1) atti idonei a creare confusione con i prodotti o l'attività del concorrente<sup>154</sup>; 2) atti di denigrazione del concorrente e di appropriazione dei pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente<sup>155</sup>; 3) altri atti non conformi ai principi della correttezza professionale ed idonei a danneggiare l'altrui azienda<sup>156</sup>.

Al n. 1 dell'articolo 2598 c.c. il legislatore ha sancito il diritto ad una *“leale differenziazione sul mercato”*<sup>157</sup>, in quanto oltre ad individuare condotte tipiche consistenti nell'uso di segni distintivi o nomi idonei a generare confusione con quelli impiegati da altri imprenditori e/o in atti di imitazione servile dei prodotti del concorrente, ricorre ad una clausola generale ai sensi della quale *“chiunque compia, con qualsiasi altro mezzo, atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente”* incorre in una violazione di tale diritto<sup>158</sup>.

Si deve trattare di atti idonei a creare confusione e tale caratteristica deve essere accertata di volta in volta esaminando il mercato “rilevante” in cui operano o possono potenzialmente operare gli imprenditori in concorrenza che offrono beni o servizi destinati a soddisfare le esigenze della stessa clientela.

---

*materia di concorrenza sleale»*. Dall'altro, aveva riconosciuto quale soluzione preferibile e coerente con il sistema italiano, dove la disciplina della concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.) è posta nel solo interesse degli imprenditori, quella del recepimento dei suddetti artt. 2-13 mediante l'adozione di un *corpus* normativo separato e autonomo rispetto a quello dettato dal codice civile in materia di concorrenza sleale.

<sup>154</sup> La norma in esame al numero 1 dispone che compie atti di concorrenza sleale chi *«usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente»*.

<sup>155</sup> Il numero 2 prevede l'ipotesi di chi *«diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente»*.

<sup>156</sup> Ovvero, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c., colui che *«si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda»*.

<sup>157</sup> L'espressione appartiene a G. FLORIDA, *Le valutazioni in termini di correttezza professionale*, in AA.VV. *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005, 319.

<sup>158</sup> Inoltre, la norma esordisce precisando che la sua disciplina si pone accanto, e non si sostituisce, a quella dettata dal Codice della Proprietà Industriale in materia di marchi di fatto, dell'insegna e della ditta, ovvero per i segni distintivi tipici (ma l'uso confusorio può anche ricorrere con l'imitazione di segni “atipici” come ad esempio la ditta irregolare del concorrente, lo slogan o il motto), quando sancisce il divieto di atti confusori aventi ad oggetto l'uso di nomi o segni distintivi usati legittimamente da altri concorrenti.

Nell'ambito di questa prima fattispecie tipica viene bandita l'imitazione "servile" dei prodotti di un concorrente.

L'interesse tutelato da tale previsione è quello di garantire i potenziali acquirenti da insidiosi equivoci sulla fonte di produzione del bene, ed è unanime<sup>159</sup> il riconoscimento dell'operatività del divieto con riferimento alle sole forme esterne del prodotto, in quanto solo esse assolvono alla funzione distintiva individualizzante del bene come proveniente da un determinato imprenditore piuttosto che da un altro<sup>160</sup>.

A completare la famiglia degli atti confusori l'ultima parte del n. 1 dell'art. 2598 c.c. indica qualunque altro atto, diverso dall'uso di nomi o segni distintivi e dall'imitazione servile, che è idoneo a causare confusione con i prodotti o le attività di un concorrente<sup>161</sup>.

L'idoneità di un atto a generare confusione ai sensi dell'art. 2598, n. 1, c.c., deve essere valutata alla stregua di un consumatore di media diligenza<sup>162</sup> individuato all'interno della potenziale clientela cui si rivolge l'attività imprenditoriale<sup>163</sup>.

Alla luce di quanto brevemente detto la lettera dell'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., sembrerebbe ricalcare atti tipici di concorrenza sleale.

---

<sup>159</sup> Concordano sulla rilevanza delle sole forme esteriori con funzione distintiva in materia di imitazione servile sia la dottrina (si vedano A. SIROTTI GAUDENZI, *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Utet, 2008, 511, Giannantonio e Giovanni GUGLIELMETTI, voce *Concorrenza*, in *Digesto disc. Priv. Comm.*, III, Torino, 1988, 322 e ss., G. FLORIDA, *Le valutazioni*, cit., p. 321-322) sia la giurisprudenza (Cass. Civ., sez. I, 19/01/2006, n. 1062; Cass. Civ., sez. I, 27/02/2004, n. 3967; Cass. Civ., sez. I, 9/03/1998, n. 2578).

<sup>160</sup> Sul punto V. DI CATALDO, *I segni distintivi*, Milano, 1985, 93, ha sostenuto che la norma sull'imitazione servile di cui all'art. 2598, n. 1), c.c., assolvendo la stessa funzione della disciplina dei marchi, sia addirittura «(...) la regola di protezione di un marchio di forma usato in regime di fatto (cioè non registrato).»

<sup>161</sup> Nello specifico, rientrano in questa descrizione generica di chiusura l'imitazione di elementi distintivi dell'attività svolta dal concorrente diversi sia dai segni che dalle forme esterne dei prodotti, quali ad esempio il colore che può assumere un ruolo determinante nell'identificazione degli stabilimenti o dell'abbigliamento del personale impegnato nella distribuzione o nell'assistenza dei clienti. O ancora, l'imitazione dei mezzi di pubblicità impiegati dal concorrente, come i depliant, oppure la riproduzione nel proprio materiale pubblicitario della raffigurazione del prodotto del concorrente. Infine, si pensi all'imprenditore che trasferisce immediatamente la propria azienda nei locali appena lasciati dal concorrente che vi ha svolto per anni la stessa attività.

<sup>162</sup> La giurisprudenza ha riconosciuto come l'elevata qualificazione professionale del consumatore determini un innalzamento della soglia di confondibilità del segno ed un parallelo affievolimento del rigore del relativo giudizio, e che la valutazione del consumatore medio è basata su un primo breve esame analitico al quale segue, subito dopo, un esame sintetico delle somiglianze e delle dissomiglianze che si concluderà o meno in un giudizio di confondibilità.

<sup>163</sup> Tale parametro riecheggia in materia di pratiche commerciali scorrette all'art. 20, cod. cons..

E così è. Infatti la disciplina delle pratiche commerciali sleali, ed in particolare quella dettata per quelle ingannevoli nella veste di pubblicità ingannevole e comparativa, crea dei punti di intersezione con quanto statuito dall'art. 2598 c.c. e con alcune norme dettate dal Codice di Proprietà Industriale<sup>164</sup> a tutela del marchio<sup>165</sup>.

Ciò comporta, sicuramente, un rafforzamento della normativa sulla non decettività del marchio che deve essere letto sia come un'estensione dell'obbligo di assicurare una corretta informazione al consumatore, obbligo che a sua volta si muove di pari passo con il principio di correttezza professionale<sup>166</sup>, sia come una maggiore azionabilità (in sede amministrativa) dei loro diritti rispetto alla tutela apprestata agli interessi dei consumatori dal precedente quadro normativo che, attraverso la

---

<sup>164</sup> Il d.lgs., 10 febbraio 2005, n. 30 nella versione modificata ed aggiornata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, dettato in attuazione della direttiva 2004/48/CE in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (c.d. "Direttiva Enforcement").

<sup>165</sup> Le norme che compongono il cd. statuto di non decettività del marchio erano inizialmente contenute nella legge marchi del 1942: art. 11 (che vietava di usare il marchio «*in modo da generare confusione sul mercato con altri marchi conosciuti come distintivi di prodotti o merci altrui o da trarre comunque in inganno nella scelta dei medesimi*»), art. 15, comma 2, (secondo il quale dal trasferimento del marchio non doveva derivare inganno su quelle caratteristiche dei prodotti essenziali nell'apprezzamento del pubblico), art. 18, comma 1, n. 5 (ai sensi del quale non potevano costituire oggetto di un valido marchio «*parole, figure o segni contenenti indicazioni non veritiere sull'origine o sulla qualità dei prodotti o merci, o comunque atti a trarre in inganno nella scelta di questi ultimi*») e art. 47, comma 1, n. 2 (che per le ipotesi rientranti nell'art.18 l.m. prevedeva la sanzione della nullità). A questo complesso di norme la riforma del 1992 ha poi aggiunto l'art. 41 relativo all'istituto della decadenza del marchio per decettività sopravvenuta. Nel diritto dei marchi attuale, il limite costituito dall'ingannevolezza del segno incide sulla genesi del diritto, e lo rende invalido *ex tunc*, costituendo una causa di nullità (*ex art. 25, comma 1, lett. b) c.p.i.*) oppure *ex nunc*, quale causa di decadenza (art. 26, comma 1, lett. b) c.p.i.) che rileva nel momento della sua circolazione (art. 23, comma 4, c.p.i.). Ancora, può verificarsi un uso ingannevole di un marchio (in sé non decettivo): si tratta dell'uso illecito *ex art. 11 l.m. (oggi art. 21, comma 2, c.p.i.)*, che poneva, secondo la lettura corrente, un limite di matrice concorrenziale. Le norme in tema di decettività prevedono dunque due diverse ipotesi: *i)* quella dei marchi intrinsecamente ingannevoli (e per essere tali dovrà trattarsi di segni significativi rispetto ad una qualità del prodotto o indicativi di un'origine del prodotto rilevante per il consumatore), oppure divenuti decettivi a seguito del loro uso (si pensi, per esempio, ai prodotti di composizione o provenienza diversa rispetto a quella suggerita dal segno) e che possono essere colpiti con la perdita del diritto (nullità o decadenza *ex artt. 25 e 26 c.p.i.*); e *ii)* quella dei marchi in sé non ingannevoli, ma usati in modo ingannevole, cioè in un contesto ingannevole.

<sup>166</sup> Insiste sulla coerenza del divieto di atti di confusione con il principio di correttezza professionale M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 533 e ss., il quale, dopo aver sostenuto l'inevitabile applicazione estensiva di tale divieto, pone una questione relativa alla sua possibile conflittualità con quel principio del diritto della concorrenza che ammette la libertà di imitazione delle forme prive della copertura del brevetto. L'Autore supera il conflitto ricorrendo all'imposizione di un onere informativo ulteriore in capo all'imprenditore imitatore ogni qual volta vi sia il pericolo di confusione e sostiene che «*i principi della correttezza professionale impongono all'imprenditore di formulare espressamente informazioni correttive, rivolte al consumatore, quando il suo silenzio potrebbe creare o comunque favorire una distorsione informativa*», come ad esempio quella di indicare sulla confezione del prodotto, accanto al marchio, il carattere non originale del bene offerto.

disciplina dei marchi e della concorrenza sleale, solo indirettamente mediante un'iniziativa rimessa ai concorrenti andava a beneficio dei consumatori.

Dunque, all'uso confusorio del marchio, o alla sua contraffazione, corrisponde l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario o della condotta volta alla commercializzazione di un prodotto<sup>167</sup> ed ecco che allora ai sensi dell'art. 27 cod. cons., oltre l'imprenditore concorrente o le camere di commercio (*ex art. 2601 c.c.*), anche i consumatori, le organizzazioni che ne rappresentano gli interessi e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - la quale può attivarsi anche d'ufficio - possono agire per inibire la continuazione di una pratica commerciale ingannevole che al contempo integri un'ipotesi di marchio ingannevole, confusorio e/o di concorrenza sleale ai sensi del n. 1 dell'art. 2598 c.c..

L'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., disciplina dunque fattispecie tipiche di concorrenza sleale come gli atti confusori, mentre l'ipotesi dell'imitazione servile del prodotto altrui, che solo apparentemente può

---

<sup>167</sup> A questa conclusione è giunta la Corte di Giustizia Europea nella causa C-533/06 "*O2 Holdings Limited e O2 (UK) Limited / Hutchison 3G UK Limited*". Si trattava di un caso di uso nella pubblicità comparativa del marchio figurativo del concorrente, le cui tariffe costituivano l'oggetto del confronto pubblicitario. Il marchio in questione era costituito da bolle colorate di vario tipo oggetto della registrazione di una società inglese di telecomunicazioni (*O2*), che era stato direttamente impiegato, seppure in una variante in colore bianco e nero, in una campagna pubblicitaria di *H3G*, dove si comparavano (veridicamente) le rispettive tariffe dei servizi di telecomunicazione e si reclamizzavano le proprie, inferiori. La Corte è stata chiamata in causa per chiarire se un uso di questo tipo del marchio altrui (che rappresenta, ritengo, un vero e proprio uso del marchio altrui in funzione distintiva dei prodotti e servizi originali del concorrente) potesse essere consentito alla luce delle norme comunitarie in tema di pubblicità comparativa, laddove il confronto pubblicitario non producesse una situazione di confusione fra marchi e laddove, quindi, fosse rispettata la condizione specifica di liceità posta dall'art. 3 della normativa comunitaria (corrispondente all'art. 4, comma 1, lett. d) del d.lgs. 145/2007), oppure se un tale uso potesse costituire contraffazione di marchio, trattandosi nella fattispecie dell'uso di un marchio simile per servizi identici (di telefonia) (art. 20, comma 1, lett. b) c.p.i.). La Corte, affermando che «*Il diritto di marchio non consente di opporsi all'uso di un segno identico o simile ad un marchio in una pubblicità comparativa se non esiste per il pubblico un rischio di confusione tra l'operatore pubblicitario e il titolare del marchio o tra i marchi, beni o servizi dell'operatore pubblicitario e quelli del titolare del marchio*», ha sostanzialmente equiparato la confondibilità del marchio alla pratica ingannevole. Sul punto P. A.E. FRASSI, *Lo statuto di non decettività del marchio*, cit., commentando la suddetta pronuncia afferma il ricorrere di un' "assolutizzazione dello statuto di non recettività del marchio", in quanto interpretando il pensiero della Corte «*(...) deve concludersi che ogni violazione confusoria del marchio possa automaticamente rilevare anche sul piano dell'ingannevolezza del messaggio (pubblicitario) che lo comprende, e quindi dell'uso ingannevole del marchio, allora lo spazio per un'applicazione generalizzata di quest'aspetto dello statuto di non decettività del marchio (mi riferisco qui all'uso ingannevole sanzionato dall'art. 21.2 c.p.i.) radicato nella disciplina dei segni distintivi e mutuato dal sistema repressivo della concorrenza sleale, diviene realmente amplissimo sul piano dei soggetti legittimati ad azionarlo. Coerentemente con il pensiero comunitario, così avviene sul terreno delle pratiche commerciali ingannevoli.*».

sembrare estranea all'universo delle comunicazioni commerciali, la ritroviamo all'interno della *black list* delle pratiche ingannevoli elencate all'art. 23, comma 1, lett. o), cod. cons.<sup>168</sup>.

### **3.3. Pratica ingannevole e art. 2598, n. 2, c.c.: comparazione illecita e atti denigratori.**

Altro esempio di condotta imprenditoriale idonea a cagionare una lesione degli interessi dei consumatori e dei concorrenti ai sensi dell'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., e, contemporaneamente, ad integrare un'ipotesi di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 2, c.c., è quella della denigrazione commerciale frequente soprattutto in materia di pubblicità comparativa.

Infatti, l'ultima parte della lett. a), dell'art. 21, comma 2, afferma che costituisce una pratica commerciale ingannevole anche la "*pubblicità comparativa illecita*".

La norma fa un esplicito rinvio alla normativa dettata dal d.lgs. n. 145/2007 e fa sì che nella sfera delle pratiche commerciali ingannevoli si crei un'area frutto dell'intersecazione di tre cerchi: quello delle pratiche commerciali ingannevoli *BtoC* (soggette alla disciplina dell'art. 21, comma 2, cod. cons.), quello delle pratiche *BtoB* espunte dal codice del consumo e disciplinate dal d.lgs. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole diretta ai professionisti e la pubblicità comparativa, e il cerchio recante la normativa degli atti di concorrenza sleale prevista dal codice civile all'art. 2598, n. 2, c.c..

Quest'ultima norma contempla due fattispecie: una consiste nella diffusione di notizie ed apprezzamenti sui prodotti o l'attività del

---

<sup>168</sup> La lett. o), dell'art. 23, riproduce, sebbene con alcune varianti minime, l'ipotesi n. 13 dell'Allegato I della direttiva n. 2005/29/Ce, e dispone che sono considerate in ogni caso pratiche commerciali ingannevoli quelle consistenti nel «*promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore*».

concorrente idonei a determinarne il discredito, l'altra è data dall'appropriazione dei pregi dei prodotti o dell'impresa altrui.

Qui il principio di correttezza professionale, diversamente dalla sua applicazione in materia di atti di confusione, riceve un'applicazione restrittiva, in quanto, nonostante la lettera della norma non prevedesse una distinzione tra discredito generato dalla divulgazione di notizie vere o false, o da giudizi fondati o infondati, oggi la giurisprudenza<sup>169</sup> e la dottrina<sup>170</sup> tendono ad attribuire il ruolo di scriminante alla veridicità ed alla fondatezza, rispettivamente, di notizie e apprezzamenti contenuti nella comunicazione commerciale ma soltanto, è opportuno precisarlo, laddove essi, benché veritieri, non siano diffusi in modo subdolo, tendenzioso o mediante tecniche contrarie alla correttezza professionale “*tali da implicare discredito e pregiudizio per l'azienda dell'imprenditore concorrente*”.

Dunque, ai fini dell'operatività di tale scriminante assume un peso rilevante la valutazione dell'elemento soggettivo che caratterizza la condotta: affinché la diffusione di notizie, apprezzamenti denigratori e veritieri, non rilevi ai sensi dell'art. 2598, 2° co., c.c., il comportamento del professionista non deve essere stato mosso da una volontà preordinata a gettare discredito sull'attività e i prodotti del concorrente (condotta dolosa), e, in subordine, deve appurarsi che il comportamento non sia stato colposo, ovvero sprovveduto, disattento, contrario al normale grado di diligenza professionale.

Ammettendosi la diffusione di tali informazioni veritiere per favorire la formazione di scelte consapevoli e di giudizi critici che garantiscano al consumatore l'adozione di decisioni ponderate, la violazione dell'art. 2598, n. 2, c.c. ricorre solo se il messaggio non sia vero<sup>171</sup>, o non verificabile,

---

<sup>169</sup> Così Cass. Civ., sez. I, 2 aprile 1982, n. 2020.

<sup>170</sup> Si vedano A. SIROTTI GAUDENZI, *Op.*, cit., 512; G. FLORIDA, *Le valutazioni*, cit., 326 e G. GHEDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Cedam, Padova, 1978, i quali hanno riconosciuto valore scriminante alle notizie vere facendo leva sul rapporto fra i principi di correttezza professionale e l'utilità sociale sancita dall'art. 41 Cost.; M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., 535.

<sup>171</sup> Ovviamente, spesso la veridicità della notizia o la fondatezza dell'apprezzamento dipendono dall'evolversi della vicenda giudiziale scaturita dalla diffida o dal comunicato. Mentre con la diffida il titolare di un diritto, come l'imprenditore titolare esclusivo di un marchio o di un brevetto, chiede pubblicamente ai consumatori di non acquistare, ed agli intermediari di non commercializzare,

oppure se sia tendenzioso (ovvero trasmetta un'informazione falsa dietro un'apparenza testuale sincera) o meramente suggestivo e relativo ad elementi futuri, non rilevanti ai fini di un corretto processo volitivo del consumatore<sup>172</sup>.

Un altro aspetto degli atti di concorrenza sleale denigratori concerne i destinatari della comunicazione.

La giurisprudenza tende a riconoscere che le condotte che fanno leva su notizie o apprezzamenti dell'altrui attività professionale (idonei a generare un giudizio negativo sui prodotti o le opere di un professionista) integrano l'art. 2598, n. 2, c.c., qualora gli stessi siano rivolti ad una "pluralità indeterminata di soggetti", in quanto solo in tale circostanza ricorre la "diffusione" del messaggio<sup>173</sup>.

Infine, l'ultimo requisito necessario perché si possa parlare di concorrenza sleale denigratoria riguarda il soggetto passivo cui si riferisce la notizia o l'apprezzamento: egli deve essere espressamente nominato nella comunicazione o semplicemente riconoscibile. Lo stesso requisito viene richiesto in materia di pubblicità comparativa lecita<sup>174</sup>.

---

prodotti che integrano la contraffazione del suo diritto esclusivo, con il comunicato lo stesso rende noto il provvedimento giudiziale con cui è stata realizzata, in via provvisoria o definitiva, la tutela del suo diritto nei riguardi di chi lo aveva violato. Le diffide consistono nella diffusione di notizie screditanti e vere che non possono mai integrare un'ipotesi di comunicazione illecita sleale, perché sono un atto di cd. "legittima difesa". Con esse colui che esercita un'attività economica denuncia il comportamento tenuto da un concorrente contrario ai suoi diritti: se questi sono realmente esistenti e il loro contenuto è proporzionato all'autotutela con cui vengono rivendicati le diffide sono lecite.

<sup>172</sup> Così M. LIBERTINI, *ult. Op.*, cit., 535. L'Autore abbraccia la tesi secondo la quale la diffusione di notizie vere, dove "vere" è sinonimo di verificabili e veritiere, riguardanti le qualità dei prodotti o dell'azienda sia lecita anche ove si tratti di una verità "parziale". Riconoscendo la difficoltà di discernere la verità parziale dalla tendenziosità, l'Autore precisa che un possibile criterio distintivo possa essere dato dalla completezza assoluta del messaggio la quale, a sua volta, è esigibile non per valutare nel complesso un prodotto ma solo in merito all'informazione che concerne un fatto determinato e circoscritto, come ad esempio i risultati di un test, un provvedimento giudiziale favorevole, una recensione. Inoltre, l'A. sostiene che una verità parziale possa fungere da stimolo alla realizzazione di un'informazione maggiormente utile alla libertà di autodeterminazione del consumatore quando l'imprenditore, al quale la notizia parzialmente vera si riferisce, la integri con ulteriori dati del prodotto che l'autore del messaggio comparativo aveva omesso.

<sup>173</sup> In questo senso la già citata pronuncia della Cass. Civ., sez. I, n. 2020/1982 ed anche Cass. Civ., sez. I, 30 maggio 2007, n. 12681, secondo la quale "La concorrenza sleale di cui all'art. 2598 n. 2 c.c., consistente nel diffondere notizie ed apprezzamenti sull'attività altrui in modo idoneo a determinarne il discredito, richiede un'effettiva divulgazione della notizia ad una pluralità di persone, e non è pertanto configurabile nell'ipotesi di esternazioni occasionalmente rivolte a singoli interlocutori nell'ambito di separati e limitati colloqui". *Contra*, Trib. Milano, 4 settembre 1981, da voce a quell'orientamento minoritario che riconosce come illecita anche la comunicazione ad una cerchia ristretta di persone.

<sup>174</sup> Nel provvedimento dell'Autorità Antitrust PI6183, provv. n. 18012, 13 febbraio 2008, in Boll. 6/2008 (3M-PELLICOLA MICROPRISMATICA SCOTCHLITE DIAMOND GRADE), si legge che è

Le condotte appena esaminate tessono le fila delle possibili manifestazioni della pubblicità comparativa, la quale, inizialmente bandita indipendentemente dalla veridicità o meno dei fatti in essa affermati, si è vista riconoscere il valore di “tutore” di un’informazione più ampia e dettagliata in favore della libertà di scelta del consumatore ed è stata ammessa laddove contenga informazioni veritiere o fondati apprezzamenti.

I casi di pratiche commerciali scorrette in quanto denigratorie occupano uno spazio consistente nella prassi dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>175</sup>.

L’appropriazione di pregi dei prodotti o dell’impresa altrui prevista dall’art. 2598, n. 2, c.c., ricorre quando un imprenditore, mediante messaggi pubblicitari o altre forme comunicative, attribuisce ai propri prodotti o alla propria impresa i pregi (come titoli, premi, qualità) che in realtà appartengono ad un concorrente, in modo tale da condizionare l’autonomia della scelta dei consumatori<sup>176</sup>.

L’appropriazione rileva se ha ad oggetto un pregio “inerente”<sup>177</sup> il patrimonio brevettuale, qualitativo di uno o più concorrenti e deve avvenire in modo illecito.

Altra ipotesi, ugualmente riconducibile all’appropriazione di pregi altrui, è il cd. “agganciamento” che ricorre con l’uso del nome o del marchio altrui caratterizzati da una maggiore notorietà<sup>178</sup>.

---

stata negata la qualifica di pubblicità comparativa alla condotta denunciata in quanto «*la comunicazione pubblicitaria esalta le qualità delle pellicole caratterizzate dall'utilizzo della nuova tecnologia microprismatica fluorifrangente, di provata superiorità qualitativa, senza, tuttavia, consentire l'identificazione di un singolo prodotto o marchio concorrente*». Esempio di pratica commerciale riconosciuta come ipotesi di pubblicità comparativa illecita ai sensi dell’art. 4, lett. d), del d.lgs. n. 145/2007, è quella sanzionata dall’Autorità nel procedimento PB11, provv. n. 18486, 12 giugno 2008, in Boll. 23/2008 (*Laborest*), in cui sono stati riscontrati la disomogeneità dei prodotti raffrontati, la diffusione di notizie non veritiere e il discredito pregiudizievole per i concorrenti.

<sup>175</sup> Si vedano: PI6065, provv. n. 18666, 17 luglio 2008, in Boll. 28/2008 (*Prodotti a base di omega 3 ABM WELL*) in cui si legge che la condotta del professionista integra un’ipotesi di pubblicità comparativa illecita di tipo denigratorio poiché vengono confrontati «*in modo parziale e non esatto i prezzi di beni disomogenei, potendo altresì causare discredito nei riguardi del diretto concorrente ed ingenerare confusione e distorsione nelle scelte economiche dei consumatori*».

<sup>176</sup> Mentre la concorrenza sleale realizzata mediante atti di confusione suscita tra il pubblico la convinzione che i prodotti di imprese diverse abbiano le stesse caratteristiche o qualità, l’appropriazione di pregi genera confusione sull’identità dei prodotti.

<sup>177</sup> Diversamente, ove non ricorresse il carattere dell’inerenza si avrebbe un mero atto mendace concorrenziale.

<sup>178</sup> In tale ipotesi non c’è la menzogna, non c’è una condotta confusoria, ma richiamando il soggetto maggiormente noto, sfruttandone la maggiore visibilità, che per il pubblico dei potenziali acquirenti



Ugualmente, in materia di pubblicità commerciale, è nota la forma della pubblicità comparativa “*per agganciamento*”, in cui il confronto vuole mostrare che il prodotto sponsorizzato ha gli stessi pregi o caratteri del prodotto leader di mercato richiamato<sup>179</sup>.

Sempre con riferimento alle pratiche commerciali realizzate mediante la pubblicità, va precisato che, differentemente da quanto accade con la pubblicità ingannevole, dove gli interessi dei consumatori e dei concorrenti tendono a muoversi nella stessa direzione, con riferimento alla pubblicità comparativa le cose vanno diversamente.

Al riguardo è comunque opportuno fare un distinguo. Mentre nel caso della pubblicità comparativa “ingannevole” – dove l’attività del professionista contemporaneamente coinvolge gli artt. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., e 4, lett. d), del d.lgs. n. 145/2007 e l’art. 2598, n. 2, c.c. - gli interessi del consumatore e del professionista si relazionano all’unisono, nella pubblicità comparativa veritiera possono entrare in conflitto<sup>180</sup>.

---

è sinonimo di qualità o di determinati risultati, si attua una sorta di effetto “*traino*” vantaggioso per il proprio bene o servizio. Esempi di concorrenza sleale per agganciamento sono l’inserimento nell’offerta commerciale di una determinata formula chimica, brevetto o macchinario che in realtà sono utilizzati o prodotti dal concorrente. O, ancora, si pensi all’impresa che, presentandosi al pubblico come società collegata ad altra società nota e apprezzata, si appropria dei pregi di quest’ultima.

<sup>179</sup> In passato tale pubblicità era ritenuta illecita o per violazione del divieto previsto dall’art. 2598, n. 2, oppure perché lesiva della clausola generale del n. 3 del medesimo articolo.

<sup>180</sup> Infatti, se da un lato promuovere un prodotto comparandolo con quello di un concorrente attraverso la divulgazione di risultati e di notizie vere, o quantomeno verificabili e non tendenziose, concernenti le loro qualità o le caratteristiche principali, non può che giovare ai consumatori perché si va ad accrescere, quantitativamente e qualitativamente, il bagaglio informativo che gli consentirà di adottare scelte mature e consapevoli, dall’altro, i concorrenti chiamati in causa dalla diffusione di informazioni lesive della loro immagine professionale non possono che avere un atteggiamento ostile all’aumento della circolazione delle informazioni dei propri prodotti: crescendo il numero di dati riguardanti la loro attività aumenta il rischio di ricevere, quale riflesso di ciò che i propri colleghi hanno reso noto, una notorietà negativa.

### 3.4. La clausola generale di concorrenza sleale e le pratiche commerciali scorrette.

L'art. 2598, c.c., si chiude con l'ipotesi finale del n. 3 in cui convergono tutti gli atti atipici di concorrenza sleale non riconducibili ai numeri 1 e 2<sup>181</sup>.

La previsione guarda agli illeciti di pericolo per i quali rileva la mera potenzialità della condotta ad arrecare un danno al concorrente.

Quando l'art. 2598 c.c. parla della contrarietà "ai principi della correttezza professionale"<sup>182</sup> non fa che riferirsi ad una «fonte di qualificazione normativa dei comportamenti imprenditoriali»<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Al riguardo è dibattuto se l'art. 2598, n. 3, c.c. costituisca o meno un'ipotesi autonoma rispetto ai numeri 1 e 2. La giurisprudenza più recente tende ad affermarne l'autonomia. Si veda Cass. Civ., sez I, 18 aprile 2003, n. 6310 secondo la quale «in tema di concorrenza sleale, l'ipotesi prevista dal n. 3 dell'art. 2598 c.c. - consistente nell'avvalersi direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo "non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda" - si riferisce a mezzi diversi e distinti da quelli relativi ai casi tipici di cui ai precedenti n. 1 e 2 e costituisce un'ipotesi autonoma di possibili casi alternativi, per i quali è necessaria la prova in concreto dell'idoneità degli atti ad arrecare pregiudizio al concorrente.».

<sup>182</sup> La clausola generale della contrarietà ai principi della correttezza professionale ha suscitato in dottrina e giurisprudenza molteplici interpretazioni: originariamente la clausola era stata intesa come sinonimo della vecchia formula "usi onesti" finendo così per coincidere con il significato di "deontologia professionale". Poi si è approdati alla dottrina tradizionale (sostenuta da C. UBERTAZZI, *I principi di correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, Giuffrè, Milano, 1975, 105 e ss.) secondo la quale la clausola rinvierebbe a regole esterne all'ordinamento statale quali gli usi in senso tecnico dell'attività concorrenziale, la prassi imprenditoriale, l'etica degli imprenditori., fino al diverso orientamento (che ha come esponente G. FLORIDA, *Correttezza e responsabilità dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1982) che rinviene nel rinvio ai principi di correttezza professionale una clausola che l'interprete deve completare alla luce dei principi costituzionali, primo fra tutti quello della libertà di concorrenza ed il suo limite dell'utilità sociale sanciti dall'art. 41 Cost., e delle norme che compongono e specificano l'intero ordinamento. Quella che ha trovato maggiori consensi è la cd. concezione "normativa" della correttezza professionale la quale nasce dall'osservazione secondo cui un ordinamento che pone tra i suoi capisaldi costituzionali il principio in base al quale "l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale" (art. 41 Cost.), e che prevede una disciplina antitrust (la quale è entrata a far parte del nostro ordinamento nel 1957 con l'entrata in vigore del Trattato CEE), certo non è un sistema che rimette alla prassi commerciale o alla sola coscienza sociale l'individuazione del confine tra lecito e illecito in campo concorrenziale. Al riguardo, i pionieri di questa presa di coscienza che pone alla base della correttezza professionale il collegamento fra i principi della legislazione antitrust e quelli della concorrenza sleale sono stati, in ordine cronologico, P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969, e C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975. Ad essa hanno poi aderito F. SCIRE', *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1989, e, da ultimo, M. LIBERTINI, *I principi della correttezza*, cit., 517 e ss.. In materia di pubblicità, ove sussiste il Codice di autodisciplina pubblicitaria, la Corte di Cassazione con la sentenza del 15 febbraio 1999, n. 1259, aveva ritenuto che le regole del suddetto codice costituissero parametri di valutazione della correttezza professionale di cui all'art. 2598, n. 3, c.c., in quanto «espressione dell'etica professionale e commerciale, alla cui tutela la norma è finalizzata». Ancora il Tribunale di Torino affermava, con la pronuncia del 29 ottobre del 1998, che «La norma di cui all' art . 2598 n. 3 c.c., che sanziona come atto di concorrenza sleale il comportamento dell'imprenditore che si valga, direttamente o indirettamente, di ogni mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda, recepisce attraverso tale elastica clausola generale nel paradigma di comportamento

Le norme sulla concorrenza sleale, in virtù della clausola del n. 3 dell'art. 2598 c.c., vero fondamento di tutti gli atti di concorrenza sleale comprese le fattispecie tipiche di cui ai numeri 1 e 2, mirano a garantire un dinamismo concorrenziale socialmente utile che incentivi lo sviluppo economico senza ledere la sicurezza, la libertà e la dignità umana sia delle persone coinvolte nel processo produttivo in veste imprenditoriale che di quelle coinvolte nelle scelte e nell'atto di consumo<sup>184</sup>.

Tra le fattispecie<sup>185</sup> appartenenti all'art. 2598, n. 3, c.c., in questa sede è meritevole di annotazione quella della pubblicità menzognera<sup>186</sup>, la quale è una delle possibili forme che la condotta definibile, ai sensi degli artt. 18, comma 1, lett. d) e 20 cod. cons., come “*pratica commerciale scorretta*” può assumere.

Generalmente riconosciuta come illecita, in questa ipotesi la tutela degli interessi tanto degli imprenditori a non perdere parte della propria clientela a causa dell'inganno, quanto dei consumatori a non veder lesa la propria autonomia decisionale, procedono nel medesimo senso contro quei professionisti che incentrano la loro politica di mercato sull'inganno.

Per il resto è sufficiente ricordare che l'art. 2598, n. 3, c.c. concerne gli illeciti di pericolo e proprio su tale certezza si innesta un'ulteriore nota comune con le pratiche commerciali ingannevoli.

Infatti, “*L'illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle disposizioni del Codice del Consumo, non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori),*

---

*dell'imprenditore commerciale suscettibile di repressione inibitoria i principi comunemente accettati dalla categoria professionale di appartenenza. In tali principi di correttezza professionale del buon imprenditore deve essere necessariamente incluso anche il rispetto delle regole di lealtà pubblicitaria liberamente accettate ed in ogni caso notoriamente osservate dalla maggioranza delle imprese presenti sul mercato allo stesso livello operativo, e comunque e soprattutto delle decisioni assunte dal Giuri in contraddittorio fra le parti».* La correttezza professionale, allora, altro non è che l'insieme dei principi fondamentali del buon funzionamento dei mercati, ricavabili dalle norme costituzionali dettate in materia di attività economica, dal codice civile, dalla legislazione antitrust e dai codici di settore. Ed inoltre, l'ampiezza della clausola le conferisce un'elasticità tale da poter essere di volta in volta adeguata al susseguirsi degli sviluppi economici, alle esigenze del mercato, nonché alle evoluzioni normative.

<sup>183</sup> Così M. LIBERTINI, ult. *Op.*, cit., 518.

<sup>184</sup> ID., cit., 528 e ss..

<sup>185</sup> Lo storno di dipendenti, la concorrenza parassitaria, il boicottaggio, le vendite sottocosto.

<sup>186</sup> Vedi P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, in *Diritto industriale proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 341 e ss., e ID., in *Concorrenza sleale*, in ult. *Op.* cit., 393 e ss..

*quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi, altrimenti, sono legittimati a porre in essere fuori da condizionamenti e/o orientamenti decettivi) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito di mero pericolo in quanto intrinsecamente idonea a condurre alle conseguenze che la disciplina di legge ha inteso, invece, scongiurare”<sup>187</sup>.*

### **3.5. Conclusioni.**

Concludendo, emerge come sia le pratiche commerciali ingannevoli che gli atti di concorrenza sleale mirino a garantire che l'attività dell'imprenditore si svolga sotto il governo di una clausola generale che, ai sensi dell'art. 20 cod. cons. e dell'art. 2598, n. 3, c.c., poggia sul *vulnus* dei principi di correttezza e diligenza professionale.

Inoltre, come accennato precedentemente, l'idoneità di una pratica commerciale ad arrecare un pregiudizio ai consumatori è solitamente accompagnata dall'idoneità a danneggiare i concorrenti.

Anzi, la condotta professionale finalizzata alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto, che potrebbe ingannare il consumatore su circostanze rilevanti allontanandolo dalla diversa scelta consapevole che avrebbe adottato in assenza di quella pratica, può arrecare un danno ai concorrenti anche nel caso in cui essa non sia stata idonea a far cadere il consumatore in errore<sup>188</sup>.

---

<sup>187</sup> Così TAR Lazio, sez. I, 5 ottobre 2009, n. 9743; TAR Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8394; TAR Lazio, sez. I, 8 aprile 2009, n. 3722.

<sup>188</sup> Ciò accade ogni qualvolta il consumatore riesca a neutralizzare l'inganno insito nel messaggio o quando questo abbia ad oggetto circostanze che non hanno ripercussioni di rilievo sulle caratteristiche o le condizioni dell'offerta ai fini di una scelta consapevole. E proprio alla luce di tale osservazioni, si spiega l'orientamento, adottato tanto dal Giurì dell'Autodisciplina Pubblicitaria quanto dall'Autorità Antitrust, in base al quale il carattere ingannevole di un messaggio pubblicitario, ai sensi dell'art. 2 lett. d), del d.lgs. n. 145/2007, e di una pratica commerciale ingannevole, secondo gli artt. 21 e 22 cod. cons., debba essere valutato con riguardo al "primo contatto" che il messaggio instaura tra i consumatori e il suo autore non rilevando le eventuali successive vicende che potrebbero annientare gli effetti ingannevoli dello stesso. Per citare alcuni esempi dell'anzidetto orientamento si vedano le decisioni dell'Autorità Antitrust pronunciate dopo l'entrata in vigore dei decreti n. 145 e 146 del 2007: PS271, provv. n. 20295, 16 settembre 2009, in Boll. 37/2009 (*Fastweb-Contratti a distanza*) e PB316, provv. n. 20228, 26 agosto 2009, in Boll. 35/2009 (*Multifidi-Pubblicità comparativa*).

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è dunque intimamente legata alla normativa dettata in materia di concorrenza sleale, come dimostra la scelta del legislatore comunitario di ricorrere all'aggettivo "sleale", nonché la sua relazione introduttiva in cui viene dichiarato lo scopo di "*armonizzare le legislazioni nazionali in materia di repressione di una parte non trascurabile di atti di concorrenza sleale, e precisamente di quelli che pregiudicano in modo diretto gli interessi dei consumatori*"<sup>189</sup>.

Di conseguenza, le regole che reprimono la concorrenza sleale trovano nelle norme sulle pratiche commerciali scorrette una sorta di prosecuzione, una continuità volta ad ampliare il ventaglio delle garanzie a tutela degli attori del mercato e apportano, in un'ottica di cooperazione, un generale rafforzamento del sistema.

Le pratiche commerciali che integrano un'ipotesi di pubblicità ingannevole o comparativa, e che non ricadono nell'ambito di applicazione del codice del consumo perché prive, ai sensi degli artt. 20 e 21 cod. cons., di una "*carica dannosa*"<sup>190</sup> per i consumatori, le quali però sono comunque idonee ad arrecare un pregiudizio ai concorrenti saranno soggette alla disciplina dettata dal d.lgs. 145/2007 e dall'art. 2598 c.c..

Ove, invece, siano classificabili come mero atto di concorrenza sleale si applicherà soltanto quest'ultima norma, come nel caso di un mero atto denigratorio del concorrente.

Il legislatore italiano ha preferito mantenere separate i due sistemi di regole in luogo della loro unione in un solo regime in cui estendere l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali sleali a tutte le

---

<sup>189</sup> V. DI CATALDO, *Conclusioni*, in *I decreti legislative sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008. E infatti la direttiva precisa che non intende pregiudicare "*l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative ai diritti di proprietà intellettuale*" (nono *Considerando*), e che non mira a "*ridurre la scelta del consumatore vietando la promozione di prodotti apparentemente simili ad altri prodotti, a meno che tale somiglianza non sia tale da confondere riguardo all'origine commerciale del prodotto e sia pertanto ingannevole*" (quattordicesimo *Considerando*).

<sup>190</sup> Così P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi*, cit., 17.

fattispecie di comunicazioni commerciali, comprese quelle che rilevano nei confronti dei soli imprenditori<sup>191</sup>.

E a tale scelta corrispondono diverse e plurime qualificazioni giuridiche con le relative diverse strade processuali senza che vi sia alcuna collisione o annullamento dell'una in favore dell'altra<sup>192</sup>.

Il consumatore può fare affidamento su un doppio binario qualora sia raggiunto da una pratica commerciale suscettibile di essere qualificata non solo "scorretta" ai sensi degli artt. 20 e ss. cod. cons., ma anche come "atto di concorrenza sleale".

Infatti, potrà ricevere una tutela diretta dinnanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, intervenuta d'ufficio oppure su impulso di ogni altro soggetto o organizzazione che ne abbia interesse ai sensi dell'art. 27 cod. cons., e potrà adire l'autorità giudiziaria ordinaria ricorrendo all'azione inibitoria collettiva promossa dalle associazioni dei consumatori *ex art. 140-bis cod. cons.*.

Inoltre, potrà beneficiare, solo pro futuro ed indirettamente, della tutela inibitoria azionata dal concorrente, da una camera di commercio o da un'associazione di professionisti qualora questi, ai sensi degli artt. 2599 e 2601 c.c., citino davanti al giudice ordinario l'imprenditore autore della pratica commerciale plurioffensiva ai sensi del codice del consumo e/o dell'art. 2598 c.c.<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> Diversamente V. DI CATALDO, *Conclusioni*, cit., 345 e ss. era favorevole all'abolizione del doppio sistema per un unico assetto normativo. Critico verso la soluzione adottata dal legislatore italiano anche I. M. PRADO, *Le pratiche commerciali confusorie*, in *Dir. ind.*, n. 6/2007, 571. Ancora, sempre in senso critico al sistema binario G. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 132-133, il quale, in seguito all'attuazione della Direttiva, ha ritenuto che il legislatore italiano avrebbe potuto cogliere l'occasione dettata dal recepimento della direttiva 2005/29/Ce per far confluire insieme alle norme per la sua attuazione anche le norme di recepimento della direttiva n. 2006/114/Ce e le disposizioni del codice civile. L'Autore, dunque, interpreta la rigida separazione delle suddette regole in un sistema binario come sinonimo del fatto che fra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e quella della concorrenza sleale intercorra un rapporto che, sebbene suscettibile di interazione, sia caratterizzato da reciproca autonomia.

<sup>192</sup> L'art. 27, comma 15, cod. cons., afferma che viene "fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale".

<sup>193</sup> Inoltre, il concorrente può esercitare anche un'azione risarcitoria *ex art. 2600 c.c.* asserendo di aver subito un danno dalla pratica ingannevole con cui uno dei suoi imprenditori rivali ha promosso beni o servizi ai consumatori.

I due separati, ma non troppo distanti, regimi della concorrenza sleale e delle pratiche commerciali ingannevoli devono riuscire a trasferire dal piano testuale a quello pratico, mediante strumenti di diritto privato e diritto amministrativo, un regime generale della concorrenza che operi, nel pieno rispetto delle regole della correttezza, nell'interesse di consumatori, dei professionisti concorrenti e del più generale interesse della collettività e dell'efficienza del mercato globale.

#### **4. L'azione ingannevole del professionista inottemperante agli impegni contenuti nei codici di condotta.**

La disciplina dettata in materia di pratiche commerciali scorrette ha introdotto uno strumento che ad oggi non aveva ancora trovato terreno fertile nell'ordinamento italiano.

Mi riferisco ai codici di condotta, che in punta di piedi hanno fatto il loro ingresso nel codice del consumo attraversando la "porta" delle condotte ingannevoli.

L'art. 21, comma 2, lett. b), cod. cons., dispone che è considerata ingannevole la pratica che *<<nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare (...)>>*<sup>194</sup>.

La norma nell'individuare una specifica ipotesi di ingannevolezza riconosce un preciso valore giuridico agli impegni che vincolano il professionista che decide di adottare, e lo renda noto, un codice di condotta.

Ma quale funzione è assegnata al "codice di condotta"<sup>195</sup>?

---

<sup>194</sup> La norma riflette l'art. 6, par. 2, lett. b) della direttiva n. 2005/29/Ce.

<sup>195</sup> Per una disamina in materia di codici di condotta e autoregolamentazione nel diritto italiano si vedano: N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Cedam, Padova 1988; G. ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in *Società e dir.*, 1995, 127 e

Premesso che generalmente tali codici sono definiti fonti di “*soft law*” in quanto espressione dell’autoregolamentazione privata<sup>196</sup>, e tenuto conto del fatto che in Italia l’unica vera esperienza di autoregolamentazione in tal senso è rappresentata dal Codice di Autodisciplina Pubblicitaria<sup>197</sup>, va subito detto che la direttiva n. 2005/29/Ce non li ha incentivati con particolare vigore, né ha definito in modo netto il loro ruolo in materia di pratiche commerciali sleali.

Semplicemente nel prevederne la definizione<sup>198</sup>, e dopo aver riconosciuto la possibilità di avviare procedimenti davanti ai responsabili dei codici<sup>199</sup> per risolvere, ricorrendo ad un percorso aggiuntivo alla via giudiziaria e a quella amministrativa, le dispute fra imprese e consumatori vertenti in materia di pratiche commerciali sleali, si è limitata ad autorizzare gli Stati membri ad incoraggiare il controllo autodisciplinare sulle pratiche commerciali<sup>200</sup>.

La fisionomia dei codici di condotta adottati dalle associazioni o dalle organizzazioni imprenditoriali e professionali nell’ambito di specifici settori, può essere di vario tipo.

---

ss.; G. CARRIERO, *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro It.*, 2005, V, 297 e ss.; G. CONTE, *Codici etici e attività di impresa nel nuovo spazio globale del mercato*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2006, 108 e ss.; M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato I della Direttiva 2005/29/Ce*, in *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano* a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giuffrè, 2007, 124 e ID., *Autoregolamentazione e co-regolazione sulla rete. Il caso del codice Internet e minori*, in *Manuale di diritto dell’informatica* a cura di D. Valentino, Esi, 2004; F. PINTO, *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, Giuffrè, 2007, 219 ss..

<sup>196</sup> Sul punto si vedano: G. FLORIDA, *Il contratto di autodisciplina dell’informazione*, in *Riv. inf. e informatica*, 1991, 491 e ss.; A. PEDRIALI, *Natura giuridica dell’autodisciplina pubblicitaria*, in *Dir. inf. e informatica*, 1994, 547 e ss..

<sup>197</sup> Consultabile sul sito [www.iap.it](http://www.iap.it);

<sup>198</sup> L’art. 2, lett. f) della direttiva definisce il “codice di condotta” come «*un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici*».

<sup>199</sup> L’art. 2, lett. g) della direttiva definisce il “responsabile del codice” come «*qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta e/o del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo*».

<sup>200</sup> R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce*, cit., 377, critica l’atteggiamento minimale di mero riconoscimento del codice di condotta assunto nella direttiva dal legislatore comunitario e sostiene che questi avrebbe dovuto promuovere con maggior decisione il ricorso a tale strumento fino a svilupparne degli standard che i professionisti avrebbero potuto riconoscere e applicare spontaneamente.



Infatti, il contenuto può essere specificativo o integrativo dei precetti legali dettati in materia di pratiche commerciali scorrette, o essere addirittura meramente riproduttivo<sup>201</sup>.

Mediante un'autodisciplina articolata su organismi e procedure sanzionatorie e di vigilanza di tipo privato il legislatore mira ad un "effetto deflattivo"<sup>202</sup> sul contenzioso giudiziario e amministrativo in materia di pratiche commerciali scorrette.

L'art. 21, comma 2, lett. b), cod. cons., è completato dagli artt. 18, comma 1, cod. cons., il quale alle lett. f) e g), prevede le definizioni di "codice di condotta"<sup>203</sup> e di "responsabile del codice"<sup>204</sup>, e dagli artt. 27-bis, 27-ter e 27-quater cod. cons., che disciplinano, rispettivamente, l'adozione e il contenuto dei codici di condotta, il ruolo dell'autodisciplina in rapporto con il procedimento amministrativo ed il giudizio civile e gli oneri di informazione.

La violazione delle norme o il mero inadempimento degli impegni derivanti da un codice di condotta non integra una pratica commerciale ingannevole ai sensi della norma in esame.

E la ragione è chiaramente quella di non disincentivare i professionisti dalla scelta, peraltro facoltativa, di adottarne uno<sup>205</sup>.

Affinché questo rilevi devono concorrere alcune condizioni.

---

<sup>201</sup> E in tal caso la sua adozione avrebbe un significato esclusivamente sul piano rimediabile.

<sup>202</sup> Così A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 35.4/2008, 773.

<sup>203</sup> La lett. f), definisce "codice di condotta" come «un accordo o una normativa che non è imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici».

<sup>204</sup> La lett. g) dell'art. 18, comma 1, cod. cons., definisce il "responsabile del codice" come «qualsiasi soggetto, compresi un professionista o un gruppo di professionisti, responsabile della formulazione e revisione di un codice di condotta ovvero del controllo del rispetto del codice da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo».

<sup>205</sup> Tale ratio è riconosciuta anche da P. FABIO, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. Comm.*, n. 4/2008, 706 e ss., il quale si sofferma sulla discussione ancora in corso su quali incentivi potrebbero rendere più "attraente" l'autodisciplina senza intaccarne il carattere volontario (nel corso del dibattito, tra le possibili prospettive, aveva parlato di *safe harbours*, cioè presunzioni di conformità alla legge della condotta di imprese che adottano e osservano codici di condotta e di *fair communication logo*, che sarebbe una sorta di bollino di qualità da riconoscere alle imprese che si assoggettano volontariamente a sistemi di controllo auto-disciplinare). L'Autore, in ogni caso, considerando il differente modo di intendere l'autodisciplina da parte dei singoli ordinamenti nazionali condivide la scelta comunitaria di non intervenire sul punto.

La prima è data dalla possibilità di riconoscere il vincolo negoziale adottato dal professionista come un impegno “fermo” e “verificabile”, il che impone che a monte lo stesso sia stato il frutto di una scelta libera, estranea a qualunque condizionamento.

Ciò che, attualmente, spinge un professionista a vincolarsi ad un codice di condotta spontaneamente è, principalmente, una strategia di marketing che tende a far divenire il codice il *paspartout* con cui ingraziarsi i consumatori fino a catturarne la fiducia.

Il termine “fermo” sta ad indicare che l’impegno non deve tradursi in una mera aspirazione ma deve essere determinato in modo univoco e, dunque, non rileverà ai sensi dell’art. 21, comma 2, lett. *b*), cod. cons., laddove si prefigga un obiettivo generico o irraggiungibile<sup>206</sup>.

Inoltre, deve essere “verificabile”, ovvero deve trattarsi di un impegno oggettivo alla stregua di un esame che deve essere espletato in concreto per ogni singolo caso.

Un altro requisito è quello della pubblicità del vincolo.

Il professionista deve porre in essere una pratica commerciale in cui sia espressamente dichiarato l’obbligo, o gli obblighi, che assume in virtù della sua adesione ad un determinato codice di condotta<sup>207</sup>, in modo tale che il consumatore sia stato inequivocabilmente informato del vincolo al quale la sua potenziale controparte si è assoggettata<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> P. FABIO, *Op.*, cit., sostiene che espressioni come « (...) "faremo del nostro meglio per", "cercheremo di" o "tutti i nostri sforzi per", che tipicamente ricorrono in quelle che nel gergo del marketing si chiamano mission statements, di per sé non escludono il carattere fermo dell'impegno. Anche impegni così formulati possono creare aspettative nel consumatore. Permettere al professionista di addurre una formulazione evasiva, per escludere il carattere fermo dell'impegno, significherebbe favorire l'elusione del divieto di usi ingannevoli del codice. E che l'impegno condizionato, sempre che si tratti effettivamente di una per quanto generica condizione (es. "prodotto sostituibile nei limiti della disponibilità"), si qualifica anch'esso come fermo».

<sup>207</sup> A ribadire il carattere pubblico, manifesto dei vincoli derivanti dal codice, subentra l’art. 27-bis, comma 4, cod. cons., il quale stabilisce che l’adozione dei codici di condotta deve essere comunicata agli operatori dei relativi settori, nonché curata ed aggiornata a cura del responsabile del codice. Il comma 5 dispone che il professionista deve preventivamente informare i consumatori dell’esistenza, dei contenuti e della sua adesione al codice di condotta.

<sup>208</sup> Non rientrano nell’alveo delle condotte rilevanti ai sensi della lett. *b*), dell’art. 21, comma 2, cod. cons., poiché è assente una connessione diretta con la promozione vendita o fornitura del prodotto (ex art. 2, lett. *d*), della Direttiva e art. 18, 1° comma, lett. *d*), cod. cons.), le comunicazioni agli azionisti della società (costituite dalle relazioni periodiche obbligatorie), ai finanziatori esterni e all’Autorità, nonché le comunicazioni al pubblico aventi finalità prevalentemente informative (si pensi alle interviste rilasciate dalla proprietà o dai *managers* dell’impresa ai mezzi d’informazione,

La mera pubblicità dei vincoli assunti volontariamente e spontaneamente rileva solo se idonea a generare<sup>209</sup> nei destinatari della pratica, nonché in capo ai concorrenti, un legittimo affidamento all'effettiva osservanza del modello di autodisciplina scelto, ed è proprio nel momento in cui essi avvertono tale garanzia e danno fiducia al professionista e al mercato, che assume rilevanza la tipologia di pratica ingannevole in esame.

Infatti la lett. b) dell'art. 21, comma 2, cod. cons., non va a colpire e reprimere dichiarazioni menzognere, bensì il comportamento realizzato dal professionista - per eseguire un'operazione di marketing, oppure durante le trattative contrattuali o, ancora, in esecuzione di un contratto - con cui ha violato gli impegni che, in quanto resi manifesti, era tenuto a rispettare a seguito della sottoscrizione di un determinato regolamento autodisciplinare<sup>210</sup>. L'interesse tutelato non è il rispetto del codice di condotta (che potrebbe non avere valenza o non esistere affatto), ma proprio l'affidamento che i consumatori hanno riposto nelle affermazioni di colui che si è presentato ai loro occhi come un professionista estremamente corretto e rispettoso dei loro interessi, poiché è tale affidamento che va a incidere e condizionare le loro scelte economiche.

Ma l'ingannevolezza non concerne, mi preme ribadirlo, l'affermazione attraverso la quale l'operatore rende noto il suo ricorso ad un codice di condotta<sup>211</sup>, bensì i suoi comportamenti successivi che collidono con tale dichiarazione<sup>212</sup>.

---

alle dichiarazioni rese in occasione di convegni, tavole rotonde e simili). Un altro caso particolare è quello dell'informazione inserita nel sito istituzionale del professionista, la quale, pur rivolgendosi anche al consumatore come tale, può assumere rilievo se nel caso concreto risulta verosimile che il consumatore medio (ragionevolmente informato e normalmente avveduto) la consulterà.

<sup>209</sup> P. FABIO, *I codici*, cit., parla di «(...) specifica e concreta attitudine ad influenzare in maniera determinante la decisione del consumatore (...)».

<sup>210</sup> R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/Ce*, cit., evidenzia come nonostante la lettera della norma comunitaria dell'art. 6, par. 2, lett. b) della direttiva e dall'art. 21, comma 2, lett. b) cod. cons., lasci intendere che l'ingannevolezza della pratica ricorra solo quando il professionista violi le disposizioni di un codice di condotta al quale si è espressamente vincolato nella pratica, sul piano dell'autoregolamentazione le norme di un codice di condotta sono vincolanti per coloro che li sottoscrivono anche in mancanza di un'adesione resa di dominio pubblico. E sul punto l'Autrice ricorda come la giurisprudenza italiana abbia persino ravvisato nelle regole del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria un'ipotesi di quelle "regole di correttezza professionale" di cui parla l'art. 2598, n. 3, c.c., a prescindere dal fatto che l'operatore pubblicitario abbia o meno sottoscritto un codice.

<sup>211</sup> Pubblicità che, peraltro, oltre che con dichiarazioni verbali potrebbe essere realizzata mediante l'uso di riferimenti o di rappresentazioni grafiche come, ad esempio, quella del logo o della sigla

Infine, sulla base dell'inciso "*nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso*", dell'art. 21, comma 2, lett. b), cod. cons., la valutazione dell'idoneità ad influenzare la scelta dei consumatori deve essere informata a criteri prudenti e il più possibile vicini alla realtà del caso concreto<sup>213</sup>.

Un'ulteriore specificazione di tale pratica commerciale ingannevole è dettata dalle lett. a) e c) dell'art. 23, cod. cons., e quindi costituisce una pratica ritenuta di per se ingannevole l'affermazione, non rispondente al vero, resa dal professionista di essere firmatario di un codice di condotta e quella con cui lo stesso asserisce, contrariamente al vero, che il suo codice di condotta ha ricevuto l'approvazione di un organismo pubblico di altra natura.

Ora, sia tali ipotesi contenute nella *black list* che la pratica commerciale ingannevole in corso di esame nel presente paragrafo sono delle fattispecie necessariamente "dolose", in quanto il professionista che esercita un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale è colui che prima e meglio di altri soggetti può sapere con certezza di aver aderito ad un codice di condotta.

Perciò, colui che affermi, contrariamente al vero, di avervi aderito è un imprenditore che agisce dolosamente, ovvero al fine di generare nei consumatori una fiducia nella correttezza del suo comportamento che sia

---

con cui è solitamente individuato un certo codice di condotta. In questo senso S. PERUGINI, *sub art. 21, comma 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit..

<sup>212</sup> E dunque, l'aver ad esempio asserito di adottare misure, materiali, decisioni conformi al codice di condotta che si è dichiarato di aver adottato, integrerà un'ipotesi di pratica commerciale ingannevole soltanto ove l'impegno manifestato ai consumatori nella pratica commerciale risulti idoneo ad influenzarne la libertà di autodeterminazione e ad indurli ad una scelta economica diversa da quella che avrebbero altrimenti posto in essere. Invece, costituiscono ipotesi diverse, tanto da essere annoverate nella *black list* delle pratiche ingannevoli, quella prevista all'art. 23, comma 1, lett. a) cod. cons., consistente nell'affermazione non rispondente al vero di essere un imprenditore firmatario di un codice di condotta che in realtà non esiste o non è stato sottoscritto dal dichiarante, e quella dettata dalla lett. c) dello stesso articolo, che ricorre qualora il professionista dichiari che un codice di condotta ha l'approvazione di un determinato organismo pubblico o di altra natura quando, invece, così non è.

<sup>213</sup> Al riguardo l'AGCM, quando si trova a dover preliminarmente decidere sull'apertura formale di una procedura di infrazione, è solita trarre indizi utili da fattori quali: l'enfasi che il professionista pone sull'indicazione che egli è vincolato dal codice, o anche solo sull'indicazione di quel particolare impegno; il contenuto dell'impegno e la presumibile importanza che il consumatore di conseguenza gli attribuisce. Se poi la comunicazione si rivolge ad un *target* più o meno specifico, la stessa terrà conto dell'eventuale maggiore o minore sensibilità di quel gruppo di consumatori ai codici di condotta con particolare riferimento a quegli specifici codici o impegni del caso concreto. Lontane da tale esame devono essere tenute le congetture del tutto ipotetiche o eccessivamente generalizzanti.

idonea ad indurli ad una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero assunto.

## **5. L'ingannevolezza della pratica commerciale avente ad oggetto beni o prodotti pericolosi.**

Il legislatore italiano ha assunto nei confronti delle pratiche commerciali ingannevoli un atteggiamento particolarmente attento e scrupoloso, e prova ne è il comma 3 dell'art. 21, cod. cons., il quale introduce una fattispecie che non era contemplata nell'art. 6 della direttiva n. 2005/29/Ce<sup>214</sup>.

La norma vieta, in quanto scorretta, quella pratica commerciale che *“avendo ad oggetto beni o prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute o la sicurezza dei consumatori, omette di darne notizia in modo da indurre i consumatori a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza”*<sup>215</sup>.

Procedendo con ordine, l'art. 24 cod. cons.<sup>216</sup>, rifacendosi alla disciplina dettata per la pubblicità ingannevole dal d.lgs. n. 74/1992, estendeva ai messaggi aventi ad oggetto prodotti nocivi per la salute o la sicurezza dei consumatori, che omettevano *“di darne notizia”*, la qualificazione e il trattamento giuridico previsto per la pubblicità ingannevole<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> Da un lato il *Considerando* n. 9 della Direttiva, il quale autorizza gli Stati membri a mantenere ed introdurre, in materia di pratiche commerciali sleali, limitazioni o divieti normativi giustificati dall'apporto di una maggiore tutela della sicurezza e della salute dei consumatori, dall'altro l'art. 3, comma 3, della stessa, dove si legge che la direttiva *“non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie o nazionali relative agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti”*, sono un segnale inequivocabile della libertà che il legislatore italiano ha ritenuto opportuno esercitare al fine di garantire una tutela rafforzata di diritti fondamentali quali il diritto alla salute dei consumatori.

<sup>215</sup> Si tratta di una vera e propria trasposizione all'interno della nuova regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette del vecchio art. 24 cod. cons., *ante* attuazione della Direttiva, con cui è stata realizzata una tutela rafforzata dotata di maggior rigore rispetto a quanto era stato previsto nella versione del suo antecedente. In questo senso anche R. PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche*, cit., 487 e A. MANCINI, *sub art. 21, comma 3 e 4, in Le modifiche*, cit., 188.

<sup>216</sup> Vedi F. BASSAN, *sub art. 24, in Codice del Consumo*, Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 221 e ss..

<sup>217</sup> Il vecchio testo dell'art. 24 cod. cons., recitava *“è considerata ingannevole”* in modo tale da consentire l'applicazione della disciplina dettata per la pubblicità ingannevole anche ai messaggi che non avevano tutti i requisiti necessari per essere qualificati come *“messaggio ingannevole”*. A. MANCINI, *ult. Op. cit.*, e S. SICA-V. D'ANTONIO, *Artt. 19-27, in Commentario al codice del*

Simile equiparazione si fondava sulla seguente premessa: la mancata segnalazione dei rischi legati all'uso di un certo prodotto è idonea a recare un danno economico al pari di un messaggio classificabile come ingannevole<sup>218</sup>.

Il divieto in esame non bandisce la pubblicità o le altre pratiche commerciali riguardanti prodotti pericolosi, ma è un monito imperativo che impone ai professionisti l'obbligo - ulteriore corollario del dovere di agire secondo correttezza e all'insegna di un'informazione esatta e trasparente - di inserire nelle indicazioni, nei dati, resi all'interno della comunicazione commerciale una serie di prescrizioni d'uso.

Una pratica commerciale è ingannevole ai sensi dell'art. 21, comma 3, cod. cons., qualora ricorrano due elementi: *i)* l'omissione informativa circa la pericolosità del prodotto e *ii)* l'idoneità della stessa omissione ad indurre i destinatari del messaggio ad agire senza la dovuta prudenza e vigilanza<sup>219</sup>.

Diversamente da quanto accadeva in materia di pubblicità ingannevole con la previgente disciplina<sup>220</sup>, oggi l'operatore pubblicitario<sup>221</sup> è gravato da

---

*consumo*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Ipsoa, 2006, 136, parlano con riferimento tale allargamento della normativa di *factio iuris*.

<sup>218</sup> Il TAR Lazio, sez. I, con la sentenza del 1 settembre 2008, n. 7974, ha affermato che «Anche il foglietto illustrativo di un integratore alimentare, in quanto recante un messaggio diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili, assume natura pubblicitaria ed è quindi suscettibile di determinare la violazione dell'art. 24 d.lgs. n. 206 del 2005».

<sup>219</sup> Gli stessi presupposti sono testualmente contenuti nell'art. 12 del Codice di Autodisciplina Pubblicitaria, a sua volta "avo" del vecchio art. 24 cod. cons..

<sup>220</sup> Dove la definizione di "ingannevolezza" prevista dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 non contemplava l'omissione quale altra faccia della medaglia dell'obbligo di informazione gravante sull'operatore pubblicitario, che ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 74/1992 era sostanzialmente libero di scegliere le informazioni veicolabili (tale libertà dove essere esercitata sempre nel rispetto del vincolo della non idoneità ad indurre in errore, poiché l'omissione rileva solo nel momento in cui presenta tale idoneità).

<sup>221</sup> Sulla nozione di "operatore pubblicitario" è di recente intervenuto il TAR Lazio, sez. I, 20 novembre 2008, n. 10469, il quale ha annullato il provvedimento dell'Autorità Antitrust del 10 luglio 2007 con il quale l'AGCM aveva ritenuto ingannevoli, ai sensi della disciplina anteriore a quella sulle pratiche commerciali scorrette, alcuni messaggi pubblicitari relativi alla vendita di prodotto di elettronica e informatica. Sulla base del vecchio testo dell'art. 20, lett. *d*), cod. cons., l'operatore pubblicitario era identificato con: a) il committente, ovvero il soggetto nel cui interesse viene diffuso un messaggio pubblicitario e che solitamente è colui che assume l'iniziativa di promuovere un determinato bene o servizio; e b) l'autore materiale del messaggio. La sentenza, alla stregua di tale ricostruzione, riconosce, in via sussidiaria «l'astratta possibilità di ascrivere l'illecito pubblicitario ad un soggetto che abbia contribuito con il suo contegno a porre in essere la condotta sanzionata» quando l'identificazione di tali soggetti non sia possibile, e che, data questa premessa, sussistono i requisiti di tale responsabilità quando: «a) il soggetto in questione abbia predisposto, realizzato e diffuso il messaggio (responsabilità editoriale) e b) sussiste un vantaggio economico immediato e diretto connesso alla diffusione».

un obbligo di informazione più rigoroso, in quanto non può scegliere in assoluta libertà su quali dati e caratteristiche, relativi a beni o servizi connotati da una pericolosità oggettiva, focalizzare l'attenzione del consumatore: l'ampio margine di scelta lascia il posto ad un'inevitabile comunicazione di informazioni che, con ogni probabilità, in assenza di un preciso obbligo legislativo sul punto sarebbero state sottaciute.

Perché la pratica sia scorretta in termini di ingannevolezza è poi necessario che sussista un nesso di causalità tra l'omissione informativa e l'idoneità della comunicazione commerciale a determinare nei consumatori un abbassamento dell'attenzione e della prudenza che, invece, dovrebbero sorreggere i loro comportamenti.

Inoltre, nella previsione di cui al comma 3 dell'art. 21, cod. cons., subentra un maggior rigore nella fase di valutazione della scorrettezza della condotta del professionista dovuto alla non operatività del parametro del consumatore medio, quale soggetto mediamente accorto, informato ed avveduto.

Questi può essere correttamente evocato qualora il giudizio di ingannevolezza si basi sul bilanciamento tra la libera circolazione delle merci e il diritto ad una libera e consapevole autodeterminazione del consumatore.

Invece, qui la tutela "rafforzata" persegue, tra i vari scopi, la tutela del diritto alla salute che, in quanto diritto fondamentale, deve essere assicurato non solo al consumatore diligente ed aggiornato ma anche ai consumatori sprovveduti o non particolarmente attenti<sup>222</sup>.

Di conseguenza sembra venire meno l'applicazione, limitatamente a tale ipotesi ingannevole, del modello del consumatore medio previsto dall'art. 20, commi 2 e 3, cod. cons..

La portata della norma e una migliore comprensione del suo significato riceve indubbiamente un contributo decisivo dalle decisioni dell'Autorità Antitrust, la quale ha sottoposto al suo controllo e poi, ove necessario,

---

<sup>222</sup> E in tal modo la previsione normativa riflette l'orientamento del TAR Lazio, sez. I, 23 febbraio 2006, n. 1372.

applicato l'art. 21, comma 3, cod. cons., non solo ogni qual volta ricorresse una pericolosità connaturale dei prodotti (come spesso accade con le pratiche commerciali che hanno ad oggetto alcolici, sigarette), ma anche laddove, in assenza di tale intrinseca nocività, fosse riscontrato il solo nesso di causalità diretto tra l'inadempiuto obbligo informativo gravante sull'operatore pubblicitario e il comportamento avventato del consumatore.

Quindi l'intervento dell'AGCM, specialmente ai sensi della normativa precedente l'attuazione della direttiva 2005/29/Ce, ha colpito anche le comunicazioni che non riguardavano prodotti di per se pericolosi, bensì potenzialmente tali ove utilizzati in modo imprudente o scorretto<sup>223</sup>.

Il diritto alla salute ha determinato l'intervento dell'Autorità contro campagne pubblicitarie che promuovevano beni apparentemente innocui come ad esempio una pedana vibrante<sup>224</sup> o, e si tratta dei casi più frequenti, l'uso di integratori alimentari<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> E' quanto è accaduto con le sanzioni irrogate dall'AGCM nei confronti dei professionisti che avevano omesso informazioni rilevanti riguardanti l'esistenza di specifiche controindicazioni di utilizzo di beni che potevano renderli pericolosi per alcune categorie di persone. Si veda PI3985, provv. n. 11995, 8 maggio 2003, in Boll. 19/2003 (*Elettrostimolatore Butterfly ABS*).

<sup>224</sup> PI6340B, provv. n. 18282, 17 aprile 2008, in Boll. 15/2008 (*Vibro Power*): qui l'Autorità Antitrust ha riconosciuto ingannevole ai sensi dell'art. 21, comma 3, cod. cons., i messaggi che da un lato lasciavano intendere che tutti gli utilizzatori avrebbero potuto conseguire una serie di benefici di carattere medico, e dall'altro, omettendo la comunicazione di alcune controindicazioni per categorie di soggetti come i cardiopatici o le donne in gravidanza, rendeva l'uso del prodotto pericoloso per alcune persone.

<sup>225</sup> L'Autorità Antitrust si è pronunciata con particolare assiduità sui messaggi pubblicitari aventi ad oggetto integratori alimentari o dietetici, in cui l'operatore è solito focalizzare l'attenzione sulla composizione del prodotto a base di soli ingredienti naturali, con ciò lasciando intendere che il suo uso non abbia controindicazioni, e al contempo dichiara l'assenza di pericoli per la salute, mentre invece si tratta di prodotti la cui assunzione può arrecare effetti nocivi per soggetti che si trovano in particolari stati psicologici o condizioni di salute. Come esempi di messaggi costruiti in modo tale da non indurre i consumatori ad un uso coscienzioso e cauto del prodotto si vedano PI5001, provv. n. 15225, 22 febbraio 2006, in Boll. 8/2006 (*Rapidslim*); PI6471, provv. n. 18398, 15 maggio 2008, in Boll. 19/2008, (*Thermo Stack*). In quest'ultimo l'integrazione dell'art. 21, comma 3, cod. cons., è stata ravvisata nella mancata indicazione delle controindicazioni legate all'uso dell'integratore alimentare e nell'omesso invito (da collocare nell'etichetta o nel bugiardino) a leggere attentamente le avvertenze riportate in etichetta.



### **5.1. Segue. Azione ingannevole realizzata mediante “omissione”.**

Infine, un’ultima riflessione concerne una peculiarità strutturale di tale fattispecie ingannevole.

L’art. 21 cod. cons., disciplina le azioni ingannevoli, ovvero ipotesi cd. “commissive” e lascia al successivo art. 22 la normativa delle omissioni mendaci.

Eppure, diversamente dalle condotte trattate ai commi 1 e 2, il comma 3 dell’art. 21, contempla una fattispecie di condotta ingannevole commissiva realizzata “mediante un’omissione”.

Anche se da più parti si è sostenuto che l’omissione informativa in esame dovesse essere collocata nell’art. 22 cod. cons.<sup>226</sup>, probabilmente il legislatore italiano ha ravvisato nella mancata comunicazione di informazioni essenziali per un corretto uso del bene che possa ridurre il rischio di andare in contro a risultati pregiudizievoli per la salute dei consumatori, una condotta così grave da paragonarla alla violazione dell’obbligo di garanzia che in sede penale ha condotto il legislatore a prevedere la fattispecie dei reati commissivi mediante omissione.

I reati omissivi sono ripartiti in reati omissivi “propri” e reati omissivi “impropri” ovvero “commissivi mediante omissione”.

Mentre per i primi si tratta di delitti omissivi che ricorrono quando un soggetto non compie un’azione che la legge penale comanda di eseguire<sup>227</sup>, quelli impropri consistono nella violazione dell’obbligo di impedire il

---

<sup>226</sup> In questo senso A. MANCINI, *sub art. 21*, cit., 190; M. DONA, *Pubblicità*, cit., in nota 55, 31; S. CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lgs. n- 146 del 2007*, in *Giur. Merito*, n. 7-8/2008, 1820.

<sup>227</sup> Al soggetto agente “omittente” si rimprovera la mancata realizzazione di un’azione “doverosa”, in quanto richiesta dalla norma penale, e non il mancato impedimento del verificarsi delle conseguenze (eventi) dannose connesse alla sua condotta omissiva. Esempio di scuola è l’omissione di soccorso prevista dall’art. 593 c.p. in cui il legislatore incrimina l’omessa assistenza necessaria per aiutare una persona che versa in una situazione di pericolo: se da tale stato deriva la sua morte, l’omittente non risponde di omicidio ma di omissione di soccorso cui si applicherà la circostanza aggravante prevista al comma 3 dell’art. 593 c.p..

verificarsi di un evento tipico “*ai sensi di una fattispecie commissiva-base*”<sup>228</sup>.

In questa sede mi preme concentrare la riflessione sulla figura dei reati omissivi impropri, ovvero quelli in cui si cagiona un evento naturalistico tipico mediante una condotta omissiva che si sostanzia nel suo mancato impedimento.

Il codice penale disciplina tale ipotesi solo nella parte generale con la clausola dell’art. 40, comma 2, c.p., in cui si stabilisce che “*non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”.

Alla stregua di tale assunto sarà poi l’interprete che di volta in volta ricostruirà la fattispecie omissiva mediante commissione innestando l’art. 40, cpv., sulle norme di parte speciale che prevedono ipotesi di reati commissivi convertibili in corrispondenti ipotesi omissive<sup>229</sup>.

Quindi, in ambito penale l’art. 40, cpv., c.p. consente l’incriminazione e la repressione di condotte che, pur sprovviste di un’espressa previsione normativa, sono caratterizzate da un marcato disvalore penale in quanto lesive di beni o diritti fondamentali<sup>230</sup>.

Proprio in considerazione di ciò, il legislatore riconosce in capo ad alcuni soggetti uno specifico dovere di protezione, conferendo loro una posizione di garanzia<sup>231</sup> dei beni o diritti altrui che si sostanzia nell’obbligo

---

<sup>228</sup> Nei reati omissivi impropri l’evento lesivo fa parte della struttura delittuosa. Essi ricorrono quando colui che non agisce al fine di impedire l’evento pregiudizievole è titolare di una posizione di garanzia dalla quale discende l’obbligo giuridico di impedimento. Si pensi al bagnino che non aiuta il nuotatore che si trova in difficoltà o alla madre che non presta soccorso al figlio in pericolo: in tali casi, ovviamente laddove ricorrano tutta una serie di requisiti, essi risponderanno di omicidio (fattispecie penale commissiva base, infatti l’art. 575 c.p. ritiene responsabile «colui che “cagiona” la morte») mediante omissione.

<sup>229</sup> Così G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Zanichelli, 2007, 583.

<sup>230</sup> Si pensi al bene “vita” di una persona particolarmente debole o che in determinate circostanze diviene vulnerabile e non è in grado di provvedere autonomamente in modo pieno alla tutela dei propri interessi.

<sup>231</sup> La posizione di garanzia, che costituisce il presupposto dell’equiparazione tra l’omissione non impeditiva e l’azione causale, si istaura nei confronti del bene protetto e altro non è che un vincolo tra un soggetto “garante” ed un bene giuridico che trova la sua giustificazione nell’incapacità del titolare di quello stesso bene di proteggerlo autonomamente. Inoltre si tratta di un vincolo speciale poiché gli obblighi di protezione che ne derivano gravano solo su alcuni soggetti e non sull’intera collettività dei consociati. Nella dottrina penalistica italiana G. FIANDACA – E. MUSCO (in *Diritto penale*, cit., 602, e in *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979) sposa la bipartizione tra la “posizione di protezione” e “posizione di controllo”: mentre la prima mira a preservare determinati beni giuridici da tutti i possibili pericoli che ne minacciano l’integrità, la seconda è finalizzata a neutralizzare solo specifiche fonti di pericolo. Esempio di posizione di protezione è quella dei genitori: la madre risponde a titolo di concorso mediante omissione del reato

giuridico di agire per la loro tutela, ed equipara il mancato impedimento della lesione di tali beni alla condotta di un'altra fattispecie penale di natura commissiva.

Alla base di simile equiparazione, vi è l'esigenza di rafforzare, attraverso il dovere di impedire eventi lesivi di beni altrui, la protezione di questi stessi beni che altrimenti, in determinate situazioni di pericolo, ne sarebbero sprovvisti per via dell'incapacità, totale o parziale, dei loro titolari di proteggerli adeguatamente.

Ora, a me pare che, analogamente quanto accade in sede penale, con riferimento alle informazioni che devono essere comunicate ai consumatori fruitori di prodotti pericolosi, o potenzialmente idonei a trasformarsi in fonti nocive ove non utilizzati con le dovute precauzioni, il legislatore interno abbia inteso assicurare una tutela rafforzata del bene salute proprio mediante l'attribuzione all'operatore pubblicitario di una "posizione di garanzia", il cui contenuto consiste nel rendere il consumatore conscio dell'attenzione, della prudenza, delle regole che deve osservare per un corretto uso del prodotto<sup>232</sup>.

Quindi, come il codice penale mediante la clausola generale dell'art. 40, cpv., c.p. protegge beni e interessi che ritiene particolarmente meritevoli di tutela ricorrendo allo schema del reato commissivo mediante omissione<sup>233</sup>, così il codice del consumo persegue una maggiore salvaguardia della salute e della sicurezza dei consumatori equiparando l'omissione di specifiche e fondamentali informazioni ad una pratica commerciale "commissiva mediante omissione".

---

di violenza sessuale o di maltrattamenti commessi da un terzo qualora ne fosse a conoscenza e abbia omesso di denunciarlo rimanendo inerte. E' titolare della posizione di controllo colui che ha sotto la propria sfera di vigilanza ciò che costituisce fonte di pericolo per il bene di terzi i quali non sono in grado di salvaguardare i loro beni da quella fonte. Si pensi, ad esempio, al caso del proprietario di edifici, fondi o macchinari potenzialmente lesivi di beni altrui: in capo a tale soggetto vige l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie a scongiurare il sorgere di eventi dannosi.

<sup>232</sup> Inoltre, in merito al concetto civilistico di omissione ed alla irrilevanza della colpa omissiva nonché al concetto di *culpa in committendo* derivante dalla violazione di un obbligo giuridico di agire G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006, 489 e ss..

<sup>233</sup> Secondo tale schema la fattispecie commissiva base si converte in un'ipotesi omissiva mediante il combinato disposto dell'art. 40, comma 2, c.p. con la norma di parte speciale che la disciplina.

Al professionista è stata attribuita la posizione di garante<sup>234</sup> della sicurezza dei consumatori e, conseguentemente, la condotta con cui egli viola l'obbligo informativo è stata inserita tra le azioni ingannevoli dell'art. 21 e non tra le omissioni dell'art. 22 cod. cons..

Tanto nell'ambito dei delitti omissivi impropri (o commissivi mediante omissione) quanto in quello delle pratiche commerciali ingannevoli ai sensi dell'art. 21, comma 3, cod. cons., vi è un soggetto garante chiamato ad agire con diligenza e correttezza.

Il contenuto di tale dovere, ovviamente, sarà "riempito" dalle regole dettate dalla peculiarità di ogni singola situazione e nel caso delle comunicazioni commerciali, ad esempio, dipenderà dalla natura pericolosa intrinseca del prodotto o di alcuni suoi usi.

In una perfetta corrispondenza con i reati omissivi impropri anche la fattispecie di cui all'art. 21, comma 3, può essere realizzata, indifferentemente a titolo di dolo<sup>235</sup> o di colpa.

Infatti, così come il reato omissivo improprio è doloso qualora il soggetto agente (i) sia pienamente consapevole di essere titolare di una specifica posizione di garanzia - ovvero "*entra a far parte del dolo la conoscenza dell'obbligo "extrapenale" di agire*"<sup>236</sup> -, (ii) si rappresenti il presupposto che attiva tale obbligo<sup>237</sup>, e (iii) volontariamente decida di non tenere la condotta impeditiva, così la pratica commerciale con cui il professionista omette di comunicare ai potenziali acquirenti la pericolosità per la salute o la sicurezza di determinati prodotti, nella maggior parte dei casi, viene integrata da un professionista agisce a titolo di dolo.

---

<sup>234</sup> Rifacendosi alla bipartizione di matrice penalistica tra "posizione di garanzia" e "posizione di controllo", la posizione di garanzia rivestita dall'operatore pubblicitario sarebbe qualificabile come una posizione di "controllo" poiché lo stesso attraverso l'adempimento degli oneri informativi neutralizza solo alcune fonti di pericolo, ovvero quello connesse alle conoscenze che egli ha in merito alle caratteristiche del bene e/o agli usi in vista dei quali quel bene viene prodotto e commercializzato.

<sup>235</sup> Qui, il termine "dolo" rilevarebbe in termini di elemento psicologico fondato su una volontà diretta ad un preciso scopo e non come, secondo il concetto civilistico, in termini di artifici raggiri, astuzie, malizie idonee ad indurre in errore.

<sup>236</sup> Il quale può avere la sua fonte in una norma del codice civile, in un contratto. Invece, non è necessario ai fini della configurabilità del dolo che l'agente conosca che la violazione dell'obbligo di garanzia è penalmente sanzionato. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, cit., 613 ss..

<sup>237</sup> La situazione di pericolo per il bene giuridico, quale ad esempio per la vita del figlio o del malato in ospedale.

Questo perché, tutti i professionisti sono titolari di una specifica posizione di garanzia che sorge contestualmente all'esercizio di un'attività finalizzata alla promozione, vendita, fornitura di beni e servizi rivolta al consumatore, e sono consapevoli di essere tenuti, in virtù della loro posizione, a garantirne gli interessi e i diritti.

Perciò se un professionista, che proprio in quanto tale è necessariamente consapevole di dover esercitare la propria attività assicurando la tutela degli interessi del consumatore, omette informazioni relative alla nocività del prodotto, pone in essere una condotta deliberatamente finalizzata a contravvenire al proprio obbligo di garanzia (del quale è a conoscenza) al fine di realizzare una distribuzione ampia e proficua di un dato bene o servizio.

La pratica commerciale scorretta, invece, sarà colposa laddove le informazioni concernenti la nocività o la potenziale pericolosità del bene siano state omesse poiché non conosciute dal professionista negligente che le ha ignorate per aver agito contrariamente al canone della diligenza professionale<sup>238</sup>.

## **6. La pratica commerciale ingannevole e le cd. categorie deboli di consumatori. Cenni.**

A completare il quadro delle azioni ingannevoli il comma 4 dell'art. 21, cod. cons., riconosce come ingannevole la pratica che *“in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, può, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza”*.

Come è avvenuto per la fattispecie di cui al comma 3 del medesimo articolo, si tratta di un'ipotesi non contemplata nell'art. 6 della direttiva n. 2005/29/Ce.

---

<sup>238</sup> Ad esempio senza documentarsi ed esaminare i risultati di test di laboratorio aventi ad oggetto le materie che compongono il bene, o gli effetti per l'uomo o l'ambiente derivanti dall'uso del prodotto.

Allo stesso tempo, essa ha il suo precedente nell'art. 25 cod. cons.<sup>239</sup> *ante novella*<sup>240</sup>, il quale disciplinava i rapporti tra la pubblicità commerciale e la tutela dei minori prevedendo tre distinti precetti: il divieto della pubblicità che mette in pericolo la sicurezza dei minori, un divieto "aggravato" di ingannevolezza, valutato sulla base della naturale credulità e dell'inesperienza dei bambini e degli adolescenti e, infine, un divieto della pubblicità che, realizzando i messaggi con il coinvolgendo di bambini e adolescenti, abusa dei normali sentimenti degli adulti per i più giovani.

Di questi solo il primo divieto è confluito pedissequamente all'interno dell'art. 21, comma 4, cod. cons., mentre gli altri due ricadono nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette per vie traverse<sup>241</sup>.

La pubblicità ingannevole che abusa della credulità o della mancanza di esperienza dei minori può essere perseguita sulla base della clausola generale di cui all'art. 20, comma 3, cod. cons., che di volta in volta adatta la valutazione dell'idoneità della pratica ad indurre in errore al parametro del membro medio del gruppo specifico di consumatori vulnerabili cui la stessa si rivolge.

Invece, una fattispecie analoga a quella che abusa dei naturali sentimenti degli adulti verso i giovani la ritroviamo nella *black list* delle pratiche commerciali aggressive<sup>242</sup>.

Non è vietata la pubblicità che si rivolge direttamente ai bambini e agli adolescenti, ma affinché non incorra nel mendacio e divenga illecita, il professionista deve realizzare messaggi all'insegna della correttezza e del buon senso, perseguendo una massimizzazione del profitto meno egoistica e temperata dalla tutela dei sentimenti, particolarmente fragili,

---

<sup>239</sup> Vedi F. BASSAN, *sub art. 25*, in *Codice del Consumo*, cit., p. 226-227.

<sup>240</sup> Il quale a sua volta riprendeva la normativa dettata in tema di pubblicità ingannevole dall'art. 6 del d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74.

<sup>241</sup> Non solo. Come osserva A. MANCINI, *sub art. 21*, cit., 191, è singolare che la disciplina del vecchio art. 25 cod. cons., incentrata sulla tutela dei bambini e degli adolescenti quali destinatari dei messaggi commerciali promozionali, sia, diversamente da quanto accaduto in materia di pratiche BtoC, interamente stata immessa nell'art. 7 del d.lgs. n. 145/2007 recante la disciplina della pubblicità ingannevole e della pubblicità comparativa rivolta ai professionisti, dove avrà necessariamente una rilevanza marginale.

<sup>242</sup> Art. 26, lett. e), cod. cons., contempla come pratica considerata sempre aggressiva quella che include «in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati».

dell'ingenuità e della sicurezza di una particolare cerchia di soggetti quali, appunto, i minori.

Ed infatti proprio intervenendo sulla sicurezza dei prodotti, l'Autorità Antitrust ha più volte riconosciuto come ingannevoli quei messaggi che ricorrendo ad immagini o suoni, possono alterare l'equilibrio emotivo, psichico, fino a determinare problemi in termini di disadattamento sociale, regressione o immaturità emotiva<sup>243</sup>.

**7. L'informazione ambigua, tardiva, incomprensibile e la sua idoneità ad "indurre il consumatore medio ad adottare una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso": le omissioni ingannevoli.**

Il diritto dei consumatori a ricevere informazioni corrette, veritiere e chiare, sancito dall'art. 5, comma 3, cod. cons., assume un ruolo centrale in materia di pratiche commerciali ingannevoli al punto che le omissioni informative integrano un autonomo divieto di condotta ingannevole. L'art. 22, cod. cons.<sup>244</sup>, riconosce come omissione ingannevole quella "*pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre in errore in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale consapevole che non avrebbe altrimenti preso*"<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> PI15162, provv. n. 15663, 28 giugno 2006, in Boll. 26/2006 (*Saw II-La soluzione dell'enigma*), in cui è stata sanzionata la diffusione di immagini particolarmente crude, e per questo in grado di ledere la sicurezza dei minori, diffuse con la locandina di un film; PI6010, provv. n. 17394, 27 settembre 2007, in Boll. 36/2007 (*Discoteca Fura*) in cui la pubblicità affiancava l'immagine di una pillola color blu con la scritta "sweet paradise".

<sup>244</sup> Prima della riforma del Codice del consumo ad opera del D.lgs. n. 146/2007, la precedente formulazione dell'art. 22 aveva ad oggetto le condizioni di liceità della pubblicità comparativa.

<sup>245</sup> Il nuovo art. 22 ricalca il contenuto dell'art. 7 della direttiva n. 2005/29/CE.

Il primo comma fissa i tratti costitutivi delle pratiche “*omissive*”: (i) nell’omissione di una o più informazioni “*rilevanti*”<sup>246</sup> e (ii) nell’idoneità di tale omissione ad indurre il consumatore a prendere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe adottato.

Dunque, in tale sede non rileva qualunque omissione, bensì solo quella avente ad oggetto un dato esplicativo qualificabile come “*rilevante*” e, al contempo, deve sussistere un nesso di causalità tra tale “*dimenticanza*” e la determinazione negoziale del consumatore medio.

Per quanto concerne il primo aspetto, il comma 1 va letto insieme al comma 4 dell’art. 22, il quale fornisce un’elencazione, esemplificativa e non tassativa<sup>247</sup>, delle cd. “*informazioni rilevanti*” che consentono ad un consumatore medio di adottare scelte consapevoli.

Sulla falsa riga dell’elenco dettato dalla direttiva 2005/29/CE, il legislatore italiano ha recepito nell’art. 22, comma 4, cod. cons., un nucleo di dati che il professionista deve dare non in ogni comunicazione pubblicitaria, ma solo negli inviti all’acquisto<sup>248</sup>.

Si tratta di indicazioni relative alle caratteristiche “*principali*”<sup>249</sup> del bene o del servizio, le quali devono essere descritte in maniera adeguata al mezzo di comunicazione utilizzato e alla natura dell’oggetto; all’indirizzo geografico e all’identità del professionista; al prezzo comprensivo delle imposte oppure, laddove la natura del prodotto non permetta di calcolare in

---

<sup>246</sup> L’omissione informativa rileva ai sensi dell’art. 22 cod. cons., solo se l’informazione assume carattere “*rilevante*”.

<sup>247</sup> Come osserva R. PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali*, cit., 487 e ss., e in *Omissioni ingannevoli*, in *Codice Iperattuale del Consumo*, a cura di M. Franzoni, Utet, 2008, 95, si tratta di un elenco aperto ad eventuali integrazioni che potrebbero essere necessarie a “*compensare, nel caso concreto, l’asimmetria cognitiva in danno del consumatore indotto, per effetto dell’omissione, a concludere un contatto che altrimenti non avrebbe concluso o che avrebbe concluso a differenti condizioni*”.

<sup>248</sup> Ovvero rese, stando alla definizione di cui all’art. 18, lett. i), cod. cons., in quella “*comunicazione commerciale indicante le caratteristiche e il prezzo del prodotto in forme appropriate rispetto al mezzo impiegato per la comunicazione commerciale e pertanto tale da consentire al consumatore di fare un acquisto*”.

<sup>249</sup> Il termine “*principali*” sta ad indicare l’essenzialità dei fattori che contraddistinguono un determinato prodotto che proprio in quanto tali devono essere necessariamente noti al consumatore affinché la sua scelta sia consapevole.



anticipo il prezzo, le informazioni dovranno riguardare le modalità di calcolo del valore di acquisto del prodotto<sup>250</sup>.

Ancora, l'invito all'acquisto deve specificare quali siano le modalità di pagamento del prezzo, del costo di consegna, di esecuzione del contratto, il sistema di gestione dei reclami, nonché indicare l'esistenza del diritto di recesso<sup>251</sup>.

A ben vedere, però, l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario non è tanto legata all'articolazione del prezzo o della tariffa del bene o servizio offerto, quanto alla scelta del professionista di enfatizzare un prezzo base che non corrisponde a quello effettivo ed al quale *“si aggiungono ulteriori costi ed oneri”*.

In tal modo *“il prezzo finale ed effettivo non risulta di chiara e immediata percezione da parte del consumatore, per la macchinosità del calcolo o per la non agevole percezione delle relative informazioni”*, e ciò *“può indurre in errore il consumatore quando si accompagna a modalità di*

---

<sup>250</sup> La lett. c) dell'art. 22, comma 4, cod. cons., ha esteso a tutti i settori merceologici il principio di completezza del prezzo che fino al d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, invece, era stato espressamente previsto per il solo settore aereo (con il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito in legge 2 aprile 2007, n. 40 recante “Misure urgenti per la tutela dei consumatori”) e che, prima ancora, era stato enunciato dalla giurisprudenza antitrust in materia pubblicitaria. L'AGCM, infatti, ritiene che un'indicazione parziale ed incompleta degli importi che devono essere versati per l'acquisto di un prodotto, accompagnata da una presentazione del messaggio che non permette una precisa ed immediata percezione del prezzo finale, possa fuorviare il consumatore in merito alle reali condizioni economiche di fornitura dello stesso. Per quanto concerne il trasporto aereo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sancito il principio in base al quale *“l'indicazione della tariffa deve includere ogni onere economico gravante sul consumatore, il cui ammontare sia determinabile ex ante, o presentare, contestualmente e con adeguata evidenza grafica e/o sonora, tutte le componenti che concorrono al computo del prezzo, al fine di rendere chiara e compiuta l'informazione fornita al consumatore. (...) A tal fine, occorre che l'esborso complessivo scaturisca con sufficiente chiarezza da un'addizione di componenti fornite in modo pienamente contestuale e con pari grado di enfasi espressiva”*. Così in PI6023, provv. n. 18396, 15 maggio 2008, in Boll. 19/2008; PI5741, provv. n. 17210, 3 agosto 2007, in Boll. 31/2007; PI5647, provv. n. 17206, 3 agosto 2007, in Boll. 31/2007; PI5770, provv. 16756, 18 aprile 2007, in Boll. 16/2007; PI4109, provv. n. 12307, 31 luglio 2003, in Boll. 31/2003.

<sup>251</sup> Si tratta delle previsioni elencate alle lett. d) ed e) del comma 4 in esame: la tutela del consumatore prevista in materia di contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali viene così estesa ulteriormente. Infatti il consumatore vede riconosciuti e garantiti i propri diritti dal momento delle trattative fino alla fase di esecuzione del contratto. Esemplificativo sul punto è il caso PS1974, provv. n. 19540, 19 febbraio 2009, in Boll. 7/2009, che ha visto l'AGCM sanzionare come pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 22, comma 4 lett. d), cod. cons., la condotta con cui una società operante nel settore delle vendite al dettaglio di elettrodomestici diffondeva sul proprio sito internet informazioni non veritiere o incomplete concernenti la tempistica della consegna del bene acquistato e che, al contempo, ometteva qualunque indicazione o riferimento alla procedura per proporre reclami e chiedere il rimborso per mancato rispetto dei tempi di consegna.

*presentazione del messaggio complessivo che consentano una precisa e immediata percezione del prezzo finale ed effettivo*<sup>252</sup>.

Tale pratica è costruita sull'enfaticizzazione di un dato che non ha riscontro nella realtà, perciò non può essere il prodotto di una mera disattenzione negligente del professionista bensì di una condotta volontariamente orientata - dolosa - ad attrarre il maggior numero di consumatori per realizzare il massimo profitto mediante una propaganda che punti i riflettori sul "seducente (invero sedicente)" fattore prezzo.

L'elemento innovatore dell'art. 22, comma 4, con riferimento all'"invito all'acquisto", consiste nella previsione di un giudizio di ingannevolezza dell'omissione in cui assumono rilevanza automatica alcune specifiche informazioni - elencate alle lett. a)-e) dello stesso comma 4 - qualora queste <<non risultino già evidenti dal "contesto">>.

Contribuisce all'individuazione di quelle che debbono essere riconosciute come informazioni rilevanti ai sensi del primo comma, il comma 5 dell'art. 22, il quale prevede che gli obblighi informativi, "previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto" (ovvero quelle informazioni imposte dal legislatore comunitario ed in parte recepite in Italia sia attraverso leggi speciali che nello stesso codice del consumo), debbano essere considerati "rilevanti" ai sensi del comma 1 del medesimo articolo<sup>253</sup>.

Ed ancora, obblighi informativi costituiscono un momento catartico nell'ambito di settori particolarmente specifici o all'interno dei rapporti che per l'impiego delle tecniche utilizzate vedono acuirsi l'asimmetria informativa a discapito del consumatore, al punto da essere

---

<sup>252</sup> Così TAR Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8395, pronunciata sull'annullamento del provvedimento PS1 "Prezzi bloccati elettricità"; TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2008, n. 276; TAR Lazio, sez. I, 2 maggio 2006, n. 3041 e TAR Lazio, sez. I, 21 gennaio 2002, n. 633.

<sup>253</sup> Il comma 5 non fa altro che riprendere la direttiva europea n. 2005/29/Ce, la quale, a sua volta, rimanda all'Allegato II recante un elenco non esaustivo delle norme comunitarie che prevedono obblighi informativi riconosciuti come "rilevanti". Si tratta di quelli previsti in materia di contratti a distanza (artt. 52 e 55, comma 2, cod. cons.), di viaggio e delle vacanze a circuito cd. tutto compreso (art. 87, commi 1 e 2, cod. cons.), della normativa relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (artt. 67 e ss. cod., cons.).

minuziosamente disciplinati dal codice del consumo in materia commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori<sup>254</sup>.

Il comma 3 dell'art. 22, cod. cons., completa la definizione di omissione ingannevole, disponendo che ai fini della rilevanza dell'omissione informativa si debba tener conto delle limitazioni “*in termini di tempo e spazio*” imposte dal mezzo di comunicazione impiegato per la pratica commerciale e delle misure, qualunque esse siano, adottate dal professionista “*per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi*”<sup>255</sup>.

Con riferimento ai mezzi di comunicazione e alle modalità di diffusione, la norma in esame non allude alle sole pratiche commerciali poste in essere nella fase delle trattative o del primo contatto sociale<sup>256</sup>.

Infatti, come statuito dall'art. 19, comma 1, cod. cons., costituiscono una pratica commerciale scorretta anche le omissioni ingannevoli poste in essere anche “*durante e dopo una operazione commerciale*”.

Quindi l'espressione “*mezzo di comunicazione*” è suscettibile di un'interpretazione estensiva che riconduce al suo interno qualunque strumento (o supporto) divulgativo impiegato dal professionista per realizzare o diffondere una pratica nella fasi: (i) del primo contatto commerciale, (ii) pre-contrattuale, (iii) negoziale e (iv) post-contrattuale<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Sul punto si veda F. RICCI, *sub art. 67-quater*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 397 e ID., *sub art. 67-quinquies*, in ult. *Op. cit.*, 403, e ID., *sub art. 67-sexies*, in ult. *Op.*, cit., 405.

<sup>255</sup> Come posto in rilievo da R. CALVO, *Le pratiche commerciali <ingannevoli>*, in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 226-227, il legislatore, prima comunitario e poi italiano, ha tradotto sul piano normativo un'importante presa di coscienza e cioè che la condotta scorretta viene realizzata non mediante trattative individuali occasionali, ma attraverso l'impiego di tecniche di comunicazione “*impersonali*” che coinvolgono un numero elevato ed indeterminato di soggetti destinatari della promozione. Ne consegue che l'AGCM e, eventualmente, i giudici in un secondo momento, dovranno valutare il grado deceptivo della pratica alla luce della misura in cui “*il professionista sia riuscito a contemperare le esigenze informative e di trasparenza con la peculiarità del mezzo di comunicazione utilizzato*”, ovvero soppesare la disonestà con le informazioni messe a disposizione dei consumatori al fine di compensare le ristrettezze derivanti dal mezzo di comunicazione impiegato per la propaganda.

<sup>256</sup> Come i meri messaggi pubblicitari e le sollecitazioni, mediante i quali i professionisti conducono strategie di marketing rivolte ai consumatori.

<sup>257</sup> Si tratta di fasi realizzate, rispettivamente, mediante la diffusione di un messaggio pubblicitario (televisivo, radiofonico, o pubblicato su un giornale); la consegna di materiale informativo (si pensi alle cd. schede tecniche di prodotto); i moduli contrattuali standardizzati ormai ampiamente diffusi nell'ambito della contrattazione di massa; ed infine i mezzi di comunicazione utilizzati in fase esecutiva per garantire l'assistenza post-vendita o nel trattamento dei reclami.

Detto questo, poiché la *ratio* dell'art. 22, comma 3, risiede nel contemperamento tra l'esigenza di assicurare la libera circolazione di beni e servizi, da un lato, e la tutela della libera autodeterminazione consapevole dei consumatori, dall'altro, ecco che questi ultimi non possono essere indotti all'acquisto mediante “*aridi bollettini informativi sul prodotto*”<sup>258</sup>.

Inoltre, va precisato come la condotta ingannevole prevista dal comma 3 sia integrata anche qualora l'omissione informativa rinvii ad altre fonti d'informazione di non facile o immediata consultazione e ogni qual volta il rinvio ad altre fonti concerna indicazioni che attenuano l'*appeal* o riducono la convenienza della promessa oggetto del *claim* principale.

Infatti l'Autorità Antitrust riconosce che in simili ipotesi il consumatore potrebbe assumere una decisione commerciale incompleta e superficiale a seguito di un'analisi dell'offerta limitata al solo contenuto “*immediato*” del messaggio principale<sup>259</sup>.

Alla luce di ciò, nella verifica dell'eventuale scorrettezza di una pratica commerciale omissiva, e nella valutazione della sua gravità, la norma si presenta come una clausola generale<sup>260</sup> alla stregua della quale occorrerà esaminare caso per caso se il rinvio ad altre fonti informative richiamate

---

<sup>258</sup> Così R. INCARDONA, *La direttiva n. 2005/29/CE*, cit., 373.

<sup>259</sup> Sull'irrelevanza di rinvii ad altre fonti informative che non escludono la scorrettezza della pratica commerciale l'AGCM si è espressa a più riprese con numerosi provvedimenti. Per citarne alcuni si riporta il caso PS313, provv. n. 18380, 15 maggio 2008, in Boll. 19/2008 (*Unomobile-scontrini ricarica GS*). Qui la condotta del professionista oggetto di sanzione ai sensi dell'art. 22, comma 3, cod. cons., aveva ad oggetto un messaggio riportato sul retro di uno scontrino di acquisto, il quale promuoveva l'assegnazione di un bonus di ricarica telefonica omettendo l'indicazione dei limiti di fruibilità dell'offerta. L'AGCM ha osservato che i tempi e i luoghi di diffusione, nonché il contenuto, del messaggio lasciavano intendere al consumatore che le informazioni ivi indicate fossero complete. Proprio per tale motivo l'Autorità ha ritenuto che la specificazione delle informazioni, omesse sul retro dello scontrino e nelle locandine affisse nei locali commerciali aderenti all'iniziativa, non fosse idonea ad escludere l'integrazione di un'omissione informativa, poiché il consumatore medio ricevendo l'indicazione di tutte le condizioni necessarie per aderire all'offerta sul retro dello scontrino poteva non avvertire la necessità di attingere ad ulteriori fonti. Non solo. Sempre secondo l'Autorità le particolari circostanze proprie del luogo in cui il cliente veniva reso destinatario della promozione (ovvero locali commerciali dove l'atto di acquisto è compiuto all'insegna del caos e della freneticità tipica dell'affollamento dei grandi centri commerciali) potrebbero aver contribuito alla mancata lettura delle locandine recanti il regolamento. Un altro caso è PS426, provv. n. 18723, 7 agosto 2008, in Boll. 31/2008 (*Gruppo Cerruti multiservices-costi finanziamento*), dove l'AGCM ha riconosciuto ingannevole il messaggio con cui una società promuoveva la possibilità di ottenere, direttamente e con anticipi in giornata, finanziamenti e prestiti personali indicando in modo generico il TAEG, a nulla rilevando in termini di integrazione dell'incompleta informazione il rinvio ad altre fonti informative.

<sup>260</sup> In questo senso R. PARTISANI, *Le omissioni ingannevoli*, cit., 96, il quale, tra l'altro, reputa che l'art. 22, comma 3, cod. cons., possa aggravare l'onere probatorio dei consumatori che denuncino la scorrettezza ai sensi del comma 3 di una pratica commerciale omissiva.

possa essere reputato idoneo a sanare l'omissione informativa del messaggio principale, tenendo conto anche del mezzo di comunicazione utilizzato e delle modalità di presentazione dello stesso.

### **7.1. Segue. L'informazione occultata e l'omissione "impropria".**

Esaurita una trattazione delle pratiche commerciali ingannevoli di tipo omissivo fin qui di carattere "descrittivo", è il momento di entrare nello specifico delle omissioni ingannevoli mediante la previsione di cui al comma 2 della norma.

Questo affianca alla fattispecie delle omissioni informative rilevanti del comma 1, quella della loro presentazione in modo ambiguo e fuorviante.

E dunque una pratica commerciale integra un'omissione ingannevole anche quando il professionista celi o fornisca in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o tardivo, informazioni essenziali (art. 22, comma 2, prima parte), oppure quando lo stesso celi lo scopo commerciale della sua pratica che non si evince dal contesto in cui viene realizzata (art. 22, comma 2, ultima parte), in modo tale da poter indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso o che avrebbe adottato a condizioni diverse.

Rinviando al paragrafo successivo la disamina del rapporto tra le due tipologie di condotte enucleate dal comma 2 e il dolo omissivo, va subito detto che tra le due diverse forme comportamentali disciplinate dal capoverso in esame, solo quella che si sostanzia nella mancata indicazione dell'intento commerciale della pratica integra un'omissione nel senso proprio del termine e nello specifico può essere definita come un "*raggiro omissivo*"<sup>261</sup>, ma solo ove il proposito commerciale non sia lampante o chiaramente desumibile<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Così R. PARTISANI, ult. *Op.*, cit., 97 e R. CALVO, cit., 226.

<sup>262</sup> In questi termini l'AGCM ha rinvenuto una condotta omissiva ai sensi dell'art. 22, comma 2, ultima parte nel PS3794, provv. n. 20307, 16 settembre 2009, in Boll. 37/2009 (*E' Domenica papà*),

Diversamente, invece, quella consistente nell'occultamento, o nella presentazione incomprensibile<sup>263</sup> o intempestiva delle informazioni rilevanti sono ipotesi di natura "commissiva" fondate su un *facere*, sull'occultamento, ovvero su una condotta attiva fatta di artifici e sotterfugi che sottrae il dato informativo rendendolo ambiguo, sfuggente, all'attenzione del consumatore medio<sup>264</sup>.

La fattispecie dell'art. 22, comma 2, cod. cons., seconda parte incentrata sull'occultamento del fine commerciale della condotta del professionista, si presta ad un parallelismo con un'altra ipotesi e cioè con quella della "pubblicità occulta"<sup>265</sup>.

Si tratta infatti di una forma di pubblicità non trasparente, in cui la promozione di un bene o di un servizio è celata ai consumatori dietro altre tipologie di comunicazione, come nel caso dell'utilizzo di articoli di giornale (cd. pubblicità redazionale).

A confermarne la classificazione come pubblicità non trasparente ricorrono le decisioni dell'Autorità Antitrust e dei giudici amministrativi<sup>266</sup>.

---

dove al termine di una trasmissione di intrattenimento per bambini il conduttore mediante la collaborazione dei bambini presenti in studio invitava i bambini a casa a far attivare ai genitori un servizio telefonico a pagamento. L'Autorità ha affermato che *"il il messaggio pubblicitario, in prima facie, si presenta come parte della trasmissione televisiva senza che vi sia alcun elemento atto a palesarne la natura pubblicitaria. Il presentatore, infatti, senza alcuna interruzione rispetto ai contenuti della trasmissione invita i bambini a rivolgersi ai propri genitori per fare attivare il servizio oggetto di istruttoria, così esprimendosi: "adesso sapete cosa dovete fare dovete dire ai vostri genitori di prendere il cellulare e digitare il numero"(...). Il messaggio risulta ambiguo e fuorviante in relazione anche alla stessa mancata evidenziazione della stessa natura pubblicitaria della comunicazione oggetto del presente provvedimento, ai sensi del secondo comma dell'articolo 22 del Codice del Consumo"*.

<sup>263</sup> Ad esempio per l'uso di caratteri troppo piccoli o non leggibili, o per il ricorso ad un frasario tecnico non accessibile se non agli addetti ai lavori.

<sup>264</sup> Si pensi, ad esempio, ai casi in cui i professionisti adempiono all'obbligo di informazione ma solo superficialmente poiché lo fanno mediante l'inserimento di clausole dal carattere grafico poco chiaro, o enunciate attraverso un numerazione disorganica o sconnessa al fine di confondere il consumatore. Ecco che allora si genera così il cd. effetto sorpresa a causa del quale la controparte aderente, si rende conto solo in seguito alla stipula del reale contenuto del contratto, trovandosi vincolato ad una serie di obbligazioni diverse e meno convenienti, da quelle che aveva inizialmente percepito. In un'ottica di coerenza sistematica secondo parte della dottrina (tra cui R. CALVO, ult. Op., cit., 225) il legislatore interno avrebbe dovuto ricondurre tale fattispecie ingannevole di natura commissiva nell'alveo delle azioni ingannevoli di cui all'art. 21 cod. cons..

<sup>265</sup> Prima disciplinata dal vecchio testo dell'art. 23, comma 1, cod. cons., ed oggi confluita in parte nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 (per quanto attiene alla tutela dei professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze) ed in parte nella nuova normativa dettata dal novellato codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette (in particolare rilevano gli artt. 20, 21, 22, comma 2, e 23, lett. m)).

<sup>266</sup> L'AGCM, infatti, già in passato aveva adottato numerosi provvedimenti con cui enunciava il necessario distinguo tra la comunicazione giornalistica, le trasmissioni di intrattenimento, collegabili all'art. 21 Cost., e le mere comunicazioni commerciali, collocabili nell'ambito delle

E così come l’Autorità, ai sensi del vecchio art. 23, comma 1, cod. cons., era solita riconoscere il messaggio pubblicitario occulto alla stregua di elementi presuntivi, gravi, precisi e concordanti<sup>267</sup>, così oggi la stessa, secondo la clausola generale “*trasparenza dell’intento commerciale*” dell’ultima parte del secondo comma dell’art. 22 cod. cons., ed in continuità con la precedente prassi, nel provvedimento n. 19955/2008 (relativo ad un messaggio realizzato mediante l’inquadratura insistente di immagini del marchio presente su capi di abbigliamento indossati da opinionisti durante una trasmissione televisiva) afferma che “*Perché si possa parlare di pubblicità occulta occorre, ai sensi del Codice del Consumo, che sussista un comune intento - che deve legare i vari soggetti interessati - di reclamizzare un prodotto e/o un servizio. Quanto al detto intento commerciale perseguito e non esplicitato, (...) il principio di trasparenza è tutelato per un verso nell’ambito delle omissioni ingannevoli (articolo 22) e per altro verso con la specifica previsione dell’articolo 23 lettera m). La ratio di tali norme risiede nella necessità che le pratiche commerciali, ed in particolar modo le comunicazioni pubblicitarie, debbano essere riconoscibili come tali e distinte da qualsiasi altra tipologia di comunicazione, in maniera che il fruitore possa rendersi conto della*

---

attività di impresa dell’art. 41 Cost. (con le limitazioni di cui all’art. 43 Cost. per finalità di carattere generale).

<sup>267</sup> Si veda PI5411, provv. n. 16097, 19 ottobre 2006, in Boll. 42/2006 (*Giubbotti Adidas su Sky Sport 1*), dove l’AGCM, contrariamente a quanto sostenuto dall’Autorità Garante per le Comunicazioni nel parere reso nel corso del procedimento, ha riconosciuto il messaggio (consistente nella trasmissione di immagini che riprendono il marchio “Adidas” posto sui giubbotti indossati dai commentatori della partita trasmessa da Sky Sport 1) come un’ipotesi di pubblicità non trasparente ai sensi del vecchio art. 23, comma 1, cod. cons., in quanto “*pur in assenza di un dichiarato rapporto di committenza (...) la natura pubblicitaria delle immagini contestate, e dunque l’esistenza di uno specifico scopo promozionale condiviso dal committente e dal proprietario del mezzo di diffusione, sia comprovata dall’esistenza di elementi gravi, precisi e concordanti. A questo proposito, con riferimento all’esibizione del marchio di un’impresa in un contesto comunicazionale informativo o di intrattenimento, secondo il consolidato orientamento dell’Autorità, i parametri principali da prendere in considerazione sono, da un lato, la natura specifica delle inquadrature, il loro carattere reiterato o ravvicinato, la leggibilità o riconoscibilità dei marchi commerciali raffigurati, dall’altro, l’esistenza di concrete esigenze narrative o artistiche, quali per esempio la necessità di caratterizzare situazioni o personaggi, la naturalità e l’occasionalità di tali scene*”. Tale provvedimento è stato oggetto di impugnazione dinnanzi al TAR Lazio e, successivamente, al Consiglio di Stato, il quale con la sentenza n. 1435/2010, confermando la sentenza impugnata (TAR Lazio n.8900/2008), ha respinto il ricorso e confermato il provvedimento e la sanzione irrogata dall’Autorità Antitrust. Ancora i provvedimenti: PI5088, provv. n. 15627, 21 giugno 2006, in Boll. 25/2006 (*Isola dei famosi-pubblicità occulta*); PI5075, provv. n. 15497, 16 maggio 2006, in Boll. 20/2006 (*Pubblicità redazionale-periodici vari*); PI4643, provv. n. 14100, 23 febbraio 2005, in Boll. 8/2005 (*MSC Crociere/trasmmissioni Mediaset*).

*finalità promozionale dell'informazione trasmessa e calibrare di conseguenza il suo livello di attenzione nonché di affidamento. Si rileva, dunque, che il legislatore abbia inteso garantire ai consumatori quel livello critico necessario allorquando si apprestano a decodificare un comportamento commerciale teso alla promozione e all'invito all'acquisto*<sup>268</sup>.

E, ancora, l'AGCM precisa che *“la valutazione dell'applicabilità dell'articolo 22, comma 2 del Codice del Consumo, in relazione all'esistenza della richiesta trasparenza pubblicitaria, si attua mediante due fasi distinte: l'una volta ad accertare la natura commerciale della comunicazione oggetto di analisi, l'altra, successiva ed eventuale, diretta a stabilirne la riconoscibilità. L'accertamento dello scopo promozionale presuppone l'individuazione di un rapporto di committenza tra l'impresa che beneficia della citazione o esibizione del proprio prodotto, o del proprio marchio, ed il mezzo su cui la comunicazione denunciata è stata diffusa. Qualora tale rapporto non sia riscontrabile, o venga negato, assumerà rilevanza l'esistenza di elementi gravi, precisi e concordanti dai quali possa desumersi la natura pubblicitaria del messaggio*<sup>269</sup>.

A completare il quadro della pubblicità non trasparente ricorre, accanto alla pubblicità redazionale, un'altra fattispecie autonoma e distinta: il

---

<sup>268</sup> Così PS2861, provv. n. 19955, 11 giugno 2009, in Boll. 24/2009 (*Pubblicità Occulta-Monella Vagabonda-Trasmisione Mediaset*). Conforme all'orientamento espresso dall'Autorità con questo provvedimento, si vedano PS3011, provv. n. 20010, 25 giugno 2009, in Boll. 26/2009 (*Pubblicità occulta-Nardelli gioielli*); PS2862, provv. n. 19956, 11 giugno 2009, in Boll. 24/2009 (*Pubblicità Occulta-Gioielli My Mara- Europe Assistance-Isola dei famosi*).

<sup>269</sup> L'AGCM prosegue affermando che *“(…) L'articolo 22, comma 2, del Decreto Legislativo n. 206/05, d'altro canto, prevede che l'intento promozionale sia chiaro per i consumatori e, di conseguenza per essere tale deve essere anche riconoscibile. Ai fini della valutazione della riconoscibilità della natura promozionale della comunicazione è necessario considerare le modalità di presentazione del messaggio e, in particolare, la sussistenza o meno di elementi e accorgimenti che rendano edotto il telespettatore della sua finalità pubblicitaria”*. Con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli in cui viene omesso l'intento lo scopo promozionale attraverso i giornali si vedano PS1776 provv. n. 20857, 3 marzo 2010, in Boll. 9/2010 (*Feliceincontro su Aldino*) e PS4860, provv. n. 20829, 25 febbraio 2010, in Boll. 8/2010 (*M. P. Consulenze-Annunci matrimoniali*), dove l'AGCM ha riconosciuto scorretta ai sensi dell'art. 22, comma 2, cod. cons., la condotta di due professionisti consistente nella diffusione di messaggi volti a promuovere occasioni di incontro nella sezione “matrimoniali” di alcuni settimanali di annunci gratuiti in quanto *“la loro modalità di presentazione e le omissioni informative contestate ne celano la natura promozionale e, quindi, la loro reale provenienza e finalità. Il lettore degli annunci che intenda conoscere un ipotetico inserzionista, infatti, è indotto in errore dalla struttura dei messaggi i quali, indicando esclusivamente un numero di telefono e non anche il committente, lasciano erroneamente intendere che l'annuncio provenga da singoli inserzionisti privati anziché da un'agenzia matrimoniale”*.



*product placement* realizzato attraverso “ l’esibizione o la citazione della denominazione, del marchio o dei prodotti di un’impresa in un contesto comunicazionale informativo o di intrattenimento, a fini promozionali. (...) In tali casi, il messaggio pubblicitario prescinde in larga misura dalla presentazione del prodotto in termini elogiativi, riuscendo a veicolarlo, ugualmente, allo spettatore, tramite la sua collocazione in precisi contesti sociali e psicologici che contribuiscono al riconoscimento del brand e delle qualità ad esso attribuite. (...) Il ricorso a questa forma di comunicazione commerciale è indipendente dalla chiara ed esplicita presentazione del prodotto e, soprattutto, prescinde dall’adozione dello stile elogiativo ed enfatico tipico della pubblicità, che costituisce invece il principale elemento distintivo tra informazione giornalistica e messaggi promozionali c.d. redazionali.”<sup>270</sup>.

Con riferimento al *product placement* il Considerando n. 6 della direttiva 2005/29/Ce prevedeva espressamente che le disposizioni in essa contenute non pregiudicassero le pratiche pubblicitarie e di marketing ammesse quali “*product placement* consentito” <sup>271</sup>, riconoscendo a tale tecnica di marketing una disciplina ed uno spazio specifico accanto a quello generale delle pratiche commerciali sleali.

---

<sup>270</sup> Così TAR Lazio, sez. I, 11 marzo 2005, n. 1811.

<sup>271</sup> Il primo passo verso la liceità di determinate forme di manifestazione di *product placement* si è avuta con il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 28 (cd Decreto Urbani) che ha legittimato il *product placement* cinematografico (art. 9, comma 3, prevedeva infatti “per i film che contengono inquadrature di marchi e prodotti, comunque coerenti con il contesto narrativo, è previsto un idoneo avviso che rende nota la partecipazione delle ditte produttrici di detti marchi e prodotti ai costi di produzione del film”). È seguito l’art. 39, d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, relativo alle sponsorizzazioni televisive e la direttiva n. 2007/65/Ce, “relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l’esercizio delle attività televisive”, attuata in Italia con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44. Per una disamina sul *product placement* e la pubblicità non trasparente cfr. G. LECCISI, *Il fenomeno delle “pubblicità non trasparente”, con particolare riferimento al “product placement”, a margine degli orientamenti del Giudice Amministrativo e dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Prospettive di tutela degli operatori del mercato tv*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 10 luglio 2009.

## 8. L'elemento soggettivo nelle pratiche commerciali ingannevoli e la presunzione di ingannevolezza della *black list*. Cenni.

Alla luce di quanto sin qui detto, è opportuno soffermarsi sull'elemento soggettivo che caratterizza le pratiche commerciali ingannevoli al fine di comprendere se perché un'azione o un'omissione rilevi ai sensi del codice del consumo sia o meno necessaria una condotta dolosa.

Quanto all'art. 21, cod. cons., questo, pur non menzionando il termine "dolo", descrive una serie di condotte menzognere idonee a trarre in errore il consumatore medio: il legislatore ha sostituito il dolo con l'intera categoria delle azioni ingannevoli<sup>272</sup>.

Il concetto civilistico di dolo rappresenta una delle possibili forme di manifestazione dei vizi del consenso previste dal codice civile e può rilevare o ai fini del risarcimento del danno, e si parlerà in tal caso di dolo "incidente" (art. 1440 c.c.), oppure come causa di annullamento del contratto nell'ipotesi del dolo "determinante" (art. 1439 c.c.)<sup>273</sup>.

Premesso che in generale il dolo non è altro che un'errata percezione della realtà, causalmente ricollegabile al raggirato perpetrato da un altro soggetto (di solito la controparte)<sup>274</sup>, i suoi elementi costitutivi sono: (i) l'intenzionalità, (ii) il comportamento attivo diverso dal mero mendacio o dalla sola reticenza idoneo ad indurre in errore la vittima, (iii) l'errore del soggetto destinatario del comportamento e (iv) un nesso di causalità fra il comportamento e l'errore.

---

<sup>272</sup> R. CALVO, *Le pratiche commerciali <<ingannevoli>>*, cit., 175 e ss.

<sup>273</sup> Il dolo determinante di cui all'art. 1439 c.c. ricorre quando i raggiri, usati da uno dei contraenti, sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contratto. Genera un grave vizio della volontà che svuota il contratto del suo significato principale quale frutto della concorde volontà delle parti, libera ed effettiva, ne inficia l'intera validità e per tale motivo ne determina l'annullabilità. Il dolo incidente, diversamente, subentra laddove i raggiri non siano stati tali da determinare il consenso. Semplicemente, senza di essi il contraente che ne sia rimasto vittima avrebbe contratto a condizioni diverse. Ai sensi dell'art. 1440 c.c. esso non comporta l'invalidità del contratto, ma obbliga il contraente in mala fede al risarcimento del danno cagionato per responsabilità precontrattuale. Ove il dolo provenga da un soggetto terzo, costui risponderà ex art. 2043 c.c., mentre l'altro contraente risponderà solo se a conoscenza dei raggiri che il terzo aveva esercitato ai danni della sua controparte.

<sup>274</sup> Dove con "raggiri" deve intendersi qualunque artificio atto a trarre in inganno (anche ad opera di un soggetto terzo ai contraenti).

Per quanto concerne le omissioni di informazioni rilevanti ai sensi dell'art. 22, comma 1, cod. cons., nonché la presentazione ambigua o fuorviante delle informazioni, di cui al comma 2, ai sensi del quale l'omissione deve essere *causam dans* della determinazione consapevole di natura commerciale, è immediato il rimando al concetto di dolo omissivo<sup>275</sup>, nel quale la giurisprudenza è solita ravvisare una causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c., e dunque un'ipotesi di dolo determinante, solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in «*un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia e astuzia, a realizzare l'inganno perseguito*» inducendo in errore il *deceptus* e quindi «*la reticenza ed il silenzio non sono sufficienti a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del deceptus, che devono essere tali da configurarsi quali malizia e astuzia volte a realizzare l'inganno perseguito*»<sup>276</sup>.

Eppure, proprio con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli - attive ed omissive - parte della dottrina e della giurisprudenza si discostano dall'impostazione tradizionale<sup>277</sup> e ai fini dell'integrazione del dolo riconoscono rilevanza al “mendacio” e alla mera “reticenza”<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> Si tratta di un “dolo” che non ha nulla a che vedere con il dolo inteso come elemento psicologico che può caratterizzare il comportamento di un soggetto.

<sup>276</sup> Così Cass. Civ., sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253 (e nello stesso senso Cass. Civ., 12 febbraio 2003, n. 21024). Già in passato, i giudici avevano asserito che il silenzio *sic et simpliciter*, anche se serbato su elementi di interesse per la controparte, non costituisce causa di invalidità del contratto. Per essere rilevante a tal fine, deve essere espressione di un atteggiamento che denoti, nel complesso, un'astuzia ed una malizia preordinata a mutare la rappresentazione della realtà dell'altro contraente e che non si limita a non contrastare la percezione di essa cui quest'ultimo sia pervenuto autonomamente (cfr. Cass. Civ., 18 ottobre 1991, n. 11038; Cass. Civ., 11 ottobre 1994, n. 8295). Ancora, il dolo omissivo determinante *ex art.* 1439 c.c. è integrato quando un contraente non rende nota una o più informazioni rilevanti ai fini della conclusione del contratto mediante l'attuazione di una condotta artefatta, maliziosa e finalizzata ad un preciso scopo ingannevole, e non attraverso silenzio privo della volontà ingannatrice (cfr. Cass. Civ., sez. III, 19 luglio 2007, n. 16031 con riferimento ai contratti di compravendita di azioni: qui il giudice non ha riscontato gli estremi propri del *dolus malus* poiché le omesse informazioni sulla situazione patrimoniale della società non erano accompagnate da malizie preordinate a realizzare l'inganno).

<sup>277</sup> Sostenuta da M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 241.

<sup>278</sup> Così C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette”*, cit., 776 e ss., e M. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10/2008, 486 e ss., nonché Cass. Civ., sez. II, 5 febbraio 2007, n. 2479.

Sebbene sia la normativa dei contratti del codice civile con riferimento al dolo omissivo (e commissivo)<sup>279</sup> che quella delle pratiche commerciali scorrette dettata dagli artt. 21 e 22 cod. cons., affermino che la valutazione dell'idoneità della condotta a trarre in errore il suo destinatario debba tener conto delle circostanze e delle caratteristiche del caso concreto, tra il dolo civilistico e la condotta ingannevole rilevante ai sensi del codice del consumo non vi sarebbe alcuna sovrapposizione o interferenza, in quanto le pratiche commerciali attive ed omissive non presupporrebbero l'*animus decipiendi* quale elemento costitutivo e si tratterebbe perciò di due fattispecie distinte<sup>280</sup>.

Secondo tale orientamento, dunque, tenendo conto della clausola generale dell'art. 20, comma 2, cod. cons., che indica tra gli elementi costitutivi della fattispecie vietata la mera contrarietà alla diligenza professionale senza fare alcun riferimento al dolo o alla colpa grave, la pratica commerciale scorretta è integrata mediante la sola omissione colposa o la reticenza involontaria.

Andando oltre il dolo determinante e il dolo incidente di cui agli artt. 1439 e 1440 c.c., è alquanto radicata la tesi che, partendo dal dato normativo, ritiene che ai fini dell'integrazione delle pratiche commerciali scorrette sarebbe priva di rilievo la circostanza che il professionista abbia agito dolosamente o per mera negligenza.

L'art. 27, comma 13, cod. cons., dispone che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle disposizioni sulle pratiche commerciali "*si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I<sup>281</sup>, e negli artt. 26, 27, 28 e 29 della l. 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni*".

---

<sup>279</sup> Al fine di stabilire l'idoneità degli artifici o i raggiri, della reticenza o del silenzio a sorprendere una persona normalmente diligente, essi devono essere valutati "*in relazione alle specifiche circostanze del fatto e alle qualità e condizioni soggettive della controparte*" (Cass. Civ., sez. III, 27 ottobre 2004, n. 20792).

<sup>280</sup> In questo senso R. PARTISANI, *Le omissioni ingannevoli*, cit., 98.

<sup>281</sup> I principi generali in materia di sanzioni amministrative fissati agli artt. 1-12 della L. 689/1981 sulla depenalizzazione.

In virtù di tale rinvio espresso alla legge sulla depenalizzazione del 1981, viene sottolineato come le sanzioni irrogate dall’Autorità Antitrust nella repressione delle pratiche commerciali scorrette siano sanzioni che non hanno “*natura di misura patrimoniale civilistica (...) bensì di sanzione amministrativa con connotati punitivi (affini a quelli della sanzione penale)*”<sup>282</sup>.

Da ciò, allora, discende l’applicabilità del principio di cui all’art. 3<sup>283</sup> della l. 689/1981, secondo cui si risponde di una infrazione amministrativa solo se il fatto costitutivo dell’illecito sia stato posto in essere in stato di coscienza e volontariamente, a nulla rilevando se lo stesso sia stato commesso con dolo o colpa<sup>284</sup>, anche per le sanzioni inflitte dall’Antitrust agli autori di pratiche commerciali ingannevoli.

### **8.1. Segue. L’elemento soggettivo alla luce delle prime pronunce del Giudice amministrativo.**

Quindi un primo punto è rappresentato dalla considerazione che, come per gli illeciti anticoncorrenziali, così anche nella politica finalizzata a tutelare i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette l’indagine sulla consapevolezza e volontarietà dell’antigiuridicità della condotta assume un ruolo imprescindibile e decisivo non soltanto nella valutazione della “*gravità*” della condotta<sup>285</sup> e ai fini della corretta quantificazione della sanzione, ma – prima di tutto – nel riconoscimento della stessa imputabilità

---

<sup>282</sup> Così Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671. Sulla natura punitiva delle sanzioni antitrust, Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469; Id., 27 febbraio 2008, n. 69.

<sup>283</sup> L’articolo in parola prevede che “*Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*” (comma 1) e che “*Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l’agente non è responsabile quando l’errore non è determinato da sua colpa*” (comma 2).

<sup>284</sup> A sua volta la norma riprende la formulazione dell’art. 42, comma 4 del Codice penale a guisa del quale “*Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*”.

<sup>285</sup> Cfr. TAR Lazio, sez. I, 31 gennaio 2005 n. 689, dove correttamente si sottolinea che “*nel nostro ordinamento non è configurabile alcun illecito afflittivamente sanzionabile (id est: alcun illecito penale, disciplinare o amministrativo) laddove non sia riscontrabile la contestuale sussistenza (id est: la concorrenza) sia dell’ “elemento obiettivo” che dell’ “elemento soggettivo” della condotta*”.

dell'illecito, la quale costituisce, proprio sulla base dell'art. 3 della l. n. 689/1981, un presupposto irrinunciabile per l'applicabilità della sanzione<sup>286</sup>.

Sposa questa impostazione, soffermandosi sull'elemento soggettivo delle condotte integranti pratiche commerciali scorrette, la sentenza “sulla portabilità dei mutui” del TAR Lazio, sez. I, 6 aprile 2009, n. 3684.

In questa occasione il Giudice Amministrativo, a fronte di un provvedimento dell'Autorità che ravvisava una pratica commerciale scorretta da parte di taluni istituti di credito che non avevano effettuato in favore dei propri clienti l'operazione di “portabilità” del mutuo ipotecario<sup>287</sup> - realizzando così una pluralità di pratiche scorrette, attive ed omissive, in violazione degli artt. 20, 21, 22, 23, 24 e 25 del d.lgs. 205/2006 - ha annullato i provvedimenti impugnati, ritenendo che l'Autorità non avesse accertato (e dimostrato) che i soggetti sanzionati fossero consapevoli dell'antigiuridicità delle condotte dai medesimi poste in essere e rilevando che *“non soltanto l'originaria incompletezza delle indicazioni legislative, ma, soprattutto, la carenza di compiute indicazioni in ordine alle connesse modalità attuative ha impedito all'operatore bancario di acquisire la necessaria – e completa – consapevolezza in ordine al complesso di condizioni suscettibili di dar luogo alla surrogazione del mutuo: per l'effetto dovendosi escludere che l'atteggiamento da quest'ultimo osservato sia idoneo ad assurgere al rango di pratica commerciale scorretta, attesa*

---

<sup>286</sup> Nell'ambito della tutela della concorrenza, alla quale peraltro indirettamente contribuisce la normativa delle pratiche commerciali scorrette, tanto l'AGCM che i giudici amministrativi hanno abbracciato un'impostazione abbastanza rigida, rilevando che, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito antitrust, non si richiede la consapevolezza di violare un divieto, essendo sufficiente che l'impresa non possa ignorare che il proprio comportamento è finalizzato a restringere la concorrenza. Inoltre, gli stessi hanno affermato che, agli stessi fini, non occorre *“la concreta dimostrazione del dolo o della colpa”*, in quanto l'art. 3 della legge n. 689/81 *“pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa”* (Cons. St. sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926). Inoltre, TAR Lazio, sez. I, 4 giugno 2007, n. 5115 (nello stesso senso TAR Lazio, n. 10678/2006; Id., n. 7807/2006) ha chiarito che *“affinché la fattispecie venga in essere è sufficiente che sia voluto il fatto descritto nella norma senza alcuna necessità che i soggetti abbiano agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è richiesta per l'esistenza dell'illecito, vale a dire per un fine che sta al di là e, quindi, fuori dal fatto costituente l'illecito”*. Sicché *“L'abuso di posizione dominante, al pari dell'intesa anticoncorrenziale (...) è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione è sufficiente il c.d. dolo generico”*.

<sup>287</sup> Si tratta del provvedimento n. 18731 adottato dall'AGCM nell'adunanza del 7 agosto 2008 a conclusione del procedimento PS1191 (*Portabilità mutuo - Gruppo Unicredit*), in Boll. 31/2008.

*l'imprevedibilità di una condotta che (...) potesse condurre ad un "diverso" atteggiamento nei confronti della clientela".*

Inoltre, il TAR ha affermato il ricorrere dell'assenza *"di un dimostrato intento decettivo a monte della condotta tenuta dall'operatore bancario, ovvero della volontà di orientare le scelte della clientela (inducendo quest'ultima ad assumere decisioni che altrimenti si sarebbero diversamente rivolte) al solo fine del conseguimento di un profitto al quale la sostituzione del mutuo (in luogo della surrogazione) avrebbe consentito di pervenire"* e che dunque tali elementi *"consentono di escludere la pretendibilità, da parte dell'operatore bancario, di una condotta (informata a necessari canoni di diligenza) diversa da quella attuata a fronte del complesso delle disposizioni normative primarie caratterizzanti la vicenda"*.

Alla luce di questa pronuncia i giudici amministrativi hanno affermato l'inesistenza dell'elemento soggettivo - inteso come coscienza e volontarietà della condotta dolosa o colposa che sia - che costituisce il presupposto indispensabile ai fini della configurabilità di una pratica commerciale scorretta e dell'applicazione della relativa sanzione amministrativa<sup>288</sup> pecuniaria, poiché l'incertezza delle norme era tale da non permettere agli operatori bancari di essere consapevoli dell'antigiuridicità della propria condotta.

Questi non solo non avrebbero agito con l'intento di ingannare i clienti (e cioè dolosamente), ma non sarebbero stati neppure negligenti, in quanto l'incertezza, l'ambiguità della normativa sulla portabilità del mutuo non avrebbe permesso loro di agire diligentemente.

---

<sup>288</sup> In questo senso, con riferimento ad un'ipotesi di pubblicità occulta realizzata durante una trasmissione televisiva, si veda anche Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1435, in cui si afferma che *" (...) costituisce errore prospettico non irrilevante l'affermazione (...) secondo cui la sanzionabilità della condotta in oggetto postulerebbe il pieno riscontro probatorio della sussistenza del dolo in capo ai protagonisti della condotta, costituendo invece jus receptum che per la punibilità di condotte punite con sanzione amministrativa (come del resto per le condotte penalmente rilevanti punite a titolo di contravvenzione) "salvo eccezioni normativamente previste è indifferente che sussista dolo o colpa purché l'uno o l'altro elemento psicologico vi sia" (fortunata espressione, quest'ultima, pienamente recepita dalla giurisprudenza, e tesa a ricondurre la sanzione extracivile nell'alveo della c.d. "responsabilità colpevole" costituzionalmente disciplinata ex art. 27 della Carta Costituzionale, laddove si afferma la necessaria "personalità" della responsabilità" (ex multis, si veda Cass. Civ., sez. III, 08 maggio 2001, n. 6383).*

Dunque, tale sentenza ha riconosciuto anche per l'illecito della pratica commerciale ingannevole, diverso dall'illecito antitrust, la scriminante dell'errore di diritto, la quale, però, opera solo ove l'ignoranza sia inevitabile<sup>289</sup>.

Ebbene, la sentenza del TAR è stata impugnata dall'Autorità Antitrust dinnanzi al Consiglio di Stato che, condividendo le l'iter motivazionale del giudice di primo grado, ha confermato l'annullamento delle sanzioni pecuniarie che il Garante aveva comminato per pratiche commerciali ingannevoli nei confronti di alcuni istituti di credito<sup>290</sup>.

Quanto illustrato è il contributo reso sino ad oggi dalle prime pronunce dei giudici in materia di pratiche commerciali ingannevoli esaminato con particolare attenzione rivolta al profilo soggettivo che caratterizza tali fattispecie, profilo che ci si riserva di approfondire nel corso del capitolo successivo nell'ambito del raffronto con la disciplina penalistica di una serie di comportamenti ibridi.

---

<sup>289</sup> La citata sentenza del TAR sulla portabilità dei mutui, pur vertendo in materia di pratiche commerciali scorrette, pare rifarsi direttamente alla disciplina generale dell'illecito amministrativo (legge n. 689/1981) per il quale trovano applicazione i canoni interpretativi dell'art. 5 c.p. imposti dalla Corte costituzionale nella sentenza 24 marzo 1988, n. 364, secondo la quale viene a mancare l'elemento soggettivo quando ricorra la inevitabile ignoranza del precetto da parte di chi commette l'illecito. In altri termini, anche rispetto agli illeciti amministrativi opera l'efficacia scriminante dell'errore – purché determinato da ignoranza inevitabile – sulla liceità del fatto vietato, secondo i principi fissati in materia penale da tale sentenza. Detta efficacia scriminante opera non soltanto rispetto all'ignoranza delle norme che individuano gli elementi della condotta vietata, ma anche (e a maggior ragione) rispetto alle norme che, ricollegando alla suddetta condotta l'applicazione di una sanzione, la qualificano come illecito amministrativo (in questo senso Cass. Civ., sez. II, 13 settembre 2006, n. 19643 e Cass. Civ., sez. I, 9 settembre 1997, n. 8787). Con la precisazione che non può ravvisarsi colpa dell'agente (e quindi non sussiste l'illecito amministrativo) che versi in condizioni di buona fede determinata da un elemento positivo, idoneo ad indurlo in errore ed estraneo alla sua condotta, non ovviabile con ordinaria diligenza e prudenza. Secondo la giurisprudenza l'ignoranza incolpevole della condotta illecita così intesa può essere determinata anche dal comportamento tenuto dall'organo istituzionalmente preposto al controllo di quell'attività, sempre che si accerti che l'affidamento che esso ingenera nel privato rivesta portata tale da escludere ogni incertezza sulla legittimità e liceità della condotta dello stesso (così Cass. Civ., sez. I, 8 maggio 2006, n. 10477).

<sup>290</sup> Così ha deciso Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2010, n. 9329.



## CAPITOLO III

### **LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI E I DELITTI DI TRUFFA, FRODE IN COMMERCIO E CIRCONVENZIONE DI PERSONE INCAPACI: LE DIFFERENTI ARTICOLAZIONI DELL'INGANNEVOLEZZA E DELL'«INDUZIONE IN ERRORE» TRA CODICE DEL CONSUMO, CODICE CIVILE E ILLICITÀ PENALE**

#### **1. Introduzione: la condotta del professionista in bilico tra la realizzazione di una pratica commerciale scorretta e l'integrazione di un illecito penale.**

Nonostante la persona fisica che agisce per fini estranei alla sua attività commerciale, industriale, artigianale e professionale, ovvero il consumatore, sia ormai da tempo posta al centro del mercato in termini garantisti, nei suoi riguardi persiste un'alea di morbosa, talvolta nociva, attenzione.

Infatti, è sotto gli occhi di tutti come l'individuo, inteso come persona prima ancora che come consumatore, sia costantemente nel mirino dell'azione del professionista.

Questo è sempre più scaltro e attento nella predisposizione e diffusione di pratiche commerciali votate all'inganno che spaziano dalla mera violazione dei principi di correttezza, buona fede<sup>291</sup> e trasparenza<sup>292</sup> fino a degenerare in condotte delittuose penalmente rilevanti.

---

<sup>291</sup> D'ANGELO A., *La buona fede - Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di M. Bessone, XIII, Torino, 2004.

<sup>292</sup> C. M. BIANCA, *Il contratto*, III, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2006, 389 e ss..

Il professionista, così come definito dall'art. 18, lett. b) cod. cons.<sup>293</sup>, nell'esercizio della libertà di iniziativa economica<sup>294</sup> è titolare di una libertà di agire decisamente ampia in virtù della quale può porre in essere le più svariate azioni, omissioni, dichiarazioni, condotte, nell'ambito della propria attività commerciale, artigianale, industriale o professionale.

L'unico limite a tale libertà è costituito da un'altra libertà fondamentale: la libertà di scelta del consumatore, di colui che è il destinatario delle strategie del professionista.

Eppure, nonostante questo limite sia unanimemente avvertito dalla società e riconosciuto nel codice del consumo, la libertà di autodeterminazione del singolo individuo, alla quale dovrebbe corrispondere il principio di auto responsabilità<sup>295</sup>, la sua autonomia decisionale, il diritto di scegliere in modo consapevole è pressato, influenzato, manipolato per carpirne il consenso mediante condotte ingannevoli.

Ebbene, il tema dell'ingannevolezza e del mendace da sempre investe due realtà: quella delle trattative contrattuali e, in generale, dei vizi del consenso<sup>296</sup>, disciplinata dal codice civile, da un lato, e quella del delitto ormai sinonimo del termine "inganno", ovvero la truffa.

Dunque, ecco ricorrere una prima ipotesi di frizione tra il diritto penale e il diritto privato che implica una serie di ripercussioni sulla validità e l'efficacia del contratto concluso nell'ambito di una serie di atti ed omissioni che al contempo integrano la fattispecie di cui all'art. 640 c.p..

Tra questi due pilastri del diritto, culla della primordiale disciplina positivista dell'ingannevolezza, si inserisce, nella tutela della persona

---

<sup>293</sup> S. KIRCHEN, *sub art. 3, comma 1, lett. a)*, in *Codice del consumo*, cit., e *ID.*, *sub art. 18, comma 1, lett. b)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 48 e ss..

<sup>294</sup> Come osserva R. GAROFOLI, *Giurisprudenza penale. I singoli reati*, NelDiritto, Roma, 2009, 409, la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost. assorbe la libertà di autonomia negoziale e la libertà di autodeterminazione che, a loro volta, sono oggetto della tutela prevista dall'art. 640 c.p. .

<sup>295</sup> Sulla libertà di autodeterminazione come principio fondamentale tra la libertà contrattuale e la giustizia contrattuale cfr. G. ALPA, *I principi generali*, cit., 442 e ss., il quale riporta le riflessioni formulate da Canaris nella sua relazione al Convegno sul diritto dei contratti di Oporto del 1989.

<sup>296</sup> Vedi C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 645 ss..

intesa come consumatore, la disciplina specifica delle pratiche commerciali scorrette degli artt. 18 - 27-*quater* cod. cons..

## **2. L'elemento oggettivo del reato di truffa: gli "artifici e raggiri", l'induzione in errore e la mera idoneità a trarre in inganno.**

L'analisi deve quindi necessariamente avere inizio prendendo le mosse dal reato di truffa disciplinato dall'art. 640, comma 1, c.p., il quale dispone che "*Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 a euro 1.032*"<sup>297</sup>.

Il reato di truffa rappresenta indubbiamente la fattispecie più ricorrente dei delitti contro il patrimonio, disciplinati nel Capo Secondo del Titolo Tredicesimo del Codice Penale, e viene da molti riconosciuta come la "*frode per eccellenza*"<sup>298</sup>, la cui diffusione è intimamente legata all'intensificarsi dei traffici commerciali, allo sviluppo dei relativi strumenti<sup>299</sup>, nonché alla parallela evoluzione dei rapporti economici tanto nell'ambito del libero mercato, quanto nell'ambito dell'economia sorretta da molteplici forme di intervento statale e comunitario.

Il fondamento del reato in questione è l'inganno che attribuisce alla condotta incriminata una fisionomia ben precisa.

Infatti, in tale reato l'aggressione al patrimonio si compie grazie all'inganno che induce la vittima ad autodanneggiarsi mediante la

---

<sup>297</sup> Più avanti, per quel che qui rileva, verrà esaminato il comma 2, n. 2, del medesimo articolo avente ad oggetto un'ipotesi di truffa aggravata ricorrente quando il fatto è commesso generando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario.

<sup>298</sup> Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Giuffrè, 2008.

<sup>299</sup> Soltanto nel secolo scorso il reato di truffa ha assunto una configurazione giuridica precisa. Infatti, nella prima epoca del diritto romano i casi di arricchimento realizzato mediante l'inganno altrui erano assorbiti nella nozione di *furtum* oppure in quella di *falsum*. E poiché il cd. *crimen falsi* era un delitto pubblico, gran parte delle frodi lesive degli interessi di soggetti privati finivano con il non essere considerate come fatti criminosi da incriminare.

consapevole adozione di un atto dal quale deriva una diminuzione del suo patrimonio ed un concomitante profitto del soggetto agente o di terzi<sup>300</sup>.

Si tratta di un delitto “plurioffensivo” in quanto lede e pone al contempo in pericolo sia interessi patrimoniali, sia interessi inerenti l’esercizio della libertà di determinazione del soggetto passivo<sup>301</sup>.

Dunque, la sua incriminazione mira a garantire, accanto all’integrità del patrimonio, anche la libertà del consenso nei negozi patrimoniali da intendersi come “*la libertà di disporre al riparo da capziose intromissioni altrui*”<sup>302</sup>.

Un altro elemento caratterizzante la fattispecie dell’art. 640 c.p., vero e proprio *discrimen* tra la truffa ed altre ipotesi di reati contro il patrimonio come il furto (art. 624 c.p.) e l’appropriazione indebita (art. 646 c.p.), è dato dal consenso della vittima carpito fraudolentemente.

Il soggetto agente, cioè, ricorrendo ad artifici e raggiri riesce ad ottenere che il destinatario della sua condotta si danneggi da sé compiendo un atto di disposizione deleterio per il suo patrimonio<sup>303</sup>.

---

<sup>300</sup> In relazione a tale caratteristica il reato di truffa viene definito da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, 2005, 168, come un modello tipico di fattispecie a “cooperazione artificiosa” in quanto «*l’azione offensiva non si esaurisce - come nel caso del furto - in un’aggressione unilaterale del reo, ma richiede infatti una sorta di completamento ad opera del soggetto passivo che coopera alla produzione del danno*».

<sup>301</sup> Inizialmente, invece, dottrina e giurisprudenza sostenevano la natura monoffensiva della truffa. Nell’ambito di tale ricostruzione unitaria del reato si ritiene che il legislatore nell’art. 640 c.p. non abbia inteso «*tutelare l’integrità del patrimonio sic et simpliciter, né il mero processo formativo della volontà (negoziale)*», limitandosi “*a proteggere l’integrità patrimoniale se ed in quanto lesa da un comportamento posto in essere da una determinazione volitiva “artificiosa” del soggetto esercitante il potere dispositivo. (...) Il patrimonio non è difeso in sé, ma in relazione alle modalità che contraddistinguono l’aggressione contro la sua integrità. (...) Qui oggetto della tutela è un interesse unico, la cui struttura però si presenta costituita dalla fusione di più interessi semplici*». In questo senso si esprimeva anche la giurisprudenza che parlava di bene giuridico protetto dall’art. 640 come l’«*interesse pubblico che non sia intaccata la libertà del consenso, dovendo la buona fede presiedere alla costituzione, al regolamento o allo scioglimento dei rapporti giuridici avente carattere patrimoniale*» (così Cass., sez. VI, 21 aprile 1978). Inoltre, sempre secondo tale orientamento, mentre in un primo momento il bene giuridico tutelato dal legislatore con la previsione del delitto di truffa veniva individuato in un interesse di natura pubblicistica, o meglio in un interesse dell’ordinamento alla regolarità dei rapporti giuridici tra soggetti privati ed al corretto esercizio della libertà del consenso individuale, lo stesso è stato poi ricondotto al solo patrimonio e dunque ad un interesse di natura privatistica.

<sup>302</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit..

<sup>303</sup> Di qui la ulteriore differenza con il reato di estorsione, previsto dall’art. 629 c.p., dove diversamente la vittima non viene fraudolentemente indotta a compiere un atto dispositivo bensì è coartata, mediante violenza o minaccia, a fare od omettere qualcosa.

Quanto alla struttura vera e propria del reato di truffa, è necessario in primo luogo esaminarne l'elemento oggettivo.

Questo si articola su tre momenti fondamentali: (i) una particolare condotta del soggetto agente, (ii) la causazione di un errore e (iii) un danno patrimoniale determinato dall'inganno e a seguito del quale lo stesso autore della condotta (oppure soggetti terzi) consegue un ingiusto profitto.

Va subito precisato che quando si parla di truffa si affronta un'ipotesi di reato "a forma vincolata": il legislatore ha formulato la fattispecie tipica descrivendo in modo puntuale e netto le modalità necessarie per la realizzazione di una condotta penalmente perseguibile, il che implica che non qualunque condotta bensì solo ed esclusivamente quella conforme alla descrizione messa a punto dal legislatore nel testo della norma potrà integrare, in concorso con gli altri requisiti suddetti, la fattispecie penale tipica<sup>304</sup>.

La condotta, attorno alla quale nasce e ruota l'inganno della truffa, rileva solo laddove possa essere qualificata come "artifici e raggiri".

Sotto tale espressione sono ricondotte quelle attività finalizzate a persuadere, ricorrendo all'inganno, un determinato soggetto affinché compia un atto di disposizione patrimoniale.

Mentre l'artificio è solitamente definito come "*manipolazione o trasfigurazione della realtà esterna provocata mediante la simulazione di circostanze inesistenti o mediante la simulazione di circostanze esistenti*"<sup>305</sup>, il raggiri viene riconosciuto in quell' "*attività ingannatrice*

---

<sup>304</sup> In contrapposizione alle ipotesi di reato a forma vincolata, ci sono poi i reati "a forma libera", per i quali non sono previste particolari modalità di realizzazione. Esempio di scuola di quest'ultima tipologia è l'omicidio che viene definito all'art. 575 c.p. come "*chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*" senza alcuna precisazione in merito a modalità, strumenti e tempi che devono caratterizzare la realizzazione della condotta che cagiona la morte di un individuo.

<sup>305</sup> Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, Utet, 1987. F. ANTOLISEI, *Manuale diritto penale, Parte Speciale*, Giuffrè, 2008, DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Iovene, 1951, p. 135-136.

*sostenuta da parole e argomentazioni atte a far scambiare il falso per il vero*<sup>306</sup>.

Gli artifici in quanto diretti a fornirne una falsa rappresentazione, la cd. *mise en scène*, incidono sul dato materiale, mentre i raggiri incidono sulla psiche del soggetto passivo mediante un'opera di carattere persuasivo<sup>307</sup>.

I primi possono ricorrere anche con la menzogna o il solo silenzio, i secondi si caratterizzano per consistere sempre in un'azione positiva.

La condotta fondante il delitto di truffa è sostanzialmente un'ipotesi di mendacio che rappresenta il substrato della maggior parte dei reati contro il patrimonio.

In generale con il termine "mendacio" viene intesa sia la prospettazione non veritiera da parte del soggetto attivo di un momento del reale (rilevante nell'ambito della tutela approntata dal legislatore penale) la quale si concretizza nella lesione di un interesse di uno o più soggetti alla corretta conoscenza, sia il mancato attivarsi di colui che pur avendo un obbligo giuridico in tal senso adotta una condotta omissiva idonea a creare nella controparte una rappresentazione falsa del dato reale<sup>308</sup>.

Nella giurisprudenza, la concezione del significato attribuito all'artificio e al raggio ha sostanzialmente dato luogo a due orientamenti.

In una prima serie di decisioni la Corte di Cassazione faceva leva su un criterio strettamente causale fondato sul binomio condotta fraudolenta-errore ed affermava che il mezzo fraudolento proprio del reato di truffa consistesse in qualunque condotta che, determinando in altri l'errore,

---

<sup>306</sup> Definizione di G. FIANDACA- E. MUSCO. Invece, V. MANZINI era solito definire il raggio come quel momento in cui la psiche della vittima viene "avvolta" in modo tale da determinare in essa una falsa rappresentazione dell'aspetto del reale prospettato dal soggetto agente.

<sup>307</sup> Trattandosi di condotte alternative, gli artifici e i raggiri rilevano ed integrano il reato di truffa anche ove vengano in essere o gli uni o gli altri in luogo della loro simultanea realizzazione.

<sup>308</sup> Diversamente, la "frode", invece, viene a coprire all'interno del mendacio un'area specifica in cui ricadono tutte quelle condotte che si contraddistinguono per note di disvalore più nette differenziandosi così dalla mera menzogna o reticenza. Tra le definizioni di frode e mendacio si inserisce e si articola per l'appunto la truffa che per antonomasia rappresenta nell'immaginario collettivo "la condotta fraudolenta".

comportasse un danno per il soggetto passivo e la realizzazione di un ingiusto profitto<sup>309</sup>.

Sempre secondo questo primo filone interpretativo, si affermava che per la sussistenza degli “artifici e raggiri” di cui all’art. 640 c.p. non fosse necessaria una messa in scena subdola o costruita in forme particolari, essendo sufficiente a concretarli «*qualsiasi simulazione o dissimulazione realizzata al fine di indurre taluno in errore*»<sup>310</sup>.

Alla stregua di tali pronunce la condotta rilevava in termini di artifici e raggiri secondo un criterio valutativo di tipo *ex post* basato prevalentemente sull’idoneità in concreto della condotta ad indurre in errore.

Il secondo orientamento, più diffuso, sostiene che affinché il reato di truffa sia integrato è sempre necessaria una vera e propria messa in scena da parte del soggetto attivo.

Scendendo ancor più nello specifico, in tema di truffa contrattuale gli artifici e i raggiri si inseriscono principalmente nella fase di formazione del negozio<sup>311</sup> allo scopo di «*tacere o dissimulare particolari circostanze che, se conosciute avrebbero indotto la controparte ad astenersi dal concludere il contratto*»<sup>312</sup>.

E quindi, incidono e deviano la regolare formazione del negozio provocando artatamente la sua nascita oppure alterandone lo sviluppo, l’esecuzione o, ancora, impedendo l’applicazione della sua disciplina.

Si tratta di una condotta ingannevole che può essere attuata non solo al momento della conclusione del contratto “proposta-accettazione”, ma anche nella fase delle trattative, dei contratti preparatori (come il contratto preliminare o l’opzione) e al momento delle cd. attività “prenegoziali”, le quali non sfociano nelle trattative ma ne sono il presupposto<sup>313</sup>.

---

<sup>309</sup> Così Cass., sez. II, 10 aprile 1981, in cui si precisa che la rilevanza giuridica di un tale comportamento doveva essere ricercata nella sua idoneità a generare la percezione di una falsa apparenza esteriore dalla quale derivi poi l’inganno.

<sup>310</sup> Cass., sez. II, 19 ottobre 1971.

<sup>311</sup> Ma, come ormai riconosciuto dalla giurisprudenza, il reato è configurabile anche nella fase di esecuzione del contratto.

<sup>312</sup> Cass., sez. VI, 13 febbraio 1987.

<sup>313</sup> G. CASABURI G., *Pubblicità ingannevole e formazione del contratto*, Atti dell’Incontro di studi “*La tutela dei consumatori*”, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14-16 novembre 2005.

Si pensi alla richiesta di avviare le trattative per la conclusione di un futuro eventuale contratto, la pubblicazione di listini di servizi offerti da un'impresa con le relative indicazioni di modalità e condizioni dell'offerta.

Ecco che, guardando a questi ultimi esempi nonché alla fase precontrattuale, si fa ancor più evidente la facile sovrapposizione con le pratiche commerciali ingannevoli poste in essere prima, durante o dopo un'operazione commerciale.

Ma sul punto si rinvia al prosieguo della trattazione.

## **2.1. Artifici e raggiri: la nuda menzogna e il silenzio.**

### **Rinvio.**

In relazione all'individuazione del significato attribuibile agli artifici e raggiri è stato a lungo discusso se anche la sola menzogna ed il silenzio potessero costituire un artificio o un raggiro rilevante ai sensi dell'art. 640 c.p. .

La questione si snoda in due filoni: *a)* rilevanza della nuda menzogna e *b)* rilevanza di un comportamento omissivo dell'agente, ovvero il silenzio.

Per quanto attiene al primo profilo, un orientamento giurisprudenziale riteneva che la nuda menzogna, il mero mendacio, potesse integrare l'artificio e raggiro proprio della truffa<sup>314</sup>.

In particolare, in dottrina Manzini distingueva tra una menzogna "difensiva" ed una menzogna "aggressiva": la prima sarebbe determinata dallo scopo di occultare i propri legittimi interessi e non integrerebbe una forma di raggiro in quanto nessuno è giuridicamente obbligato a dire la verità se non ricorre una norma in tal senso.

La menzogna "aggressiva", invece, sarebbe il mendacio preordinato ad *<<indurre in errore il soggetto passivo per creare in lui motivi illusori*

---

<sup>314</sup> Cass., sez., II, 14 maggio 1982. Per quanto concerne la truffa contrattuale, si è soliti ritenere che la dichiarazione menzognera di una parte circa la sua capacità di adempiere al contratto è di per sé sufficiente ad integrare il reato.



d'azione o d'omissione»<sup>315</sup> ed idoneo a tale effetto: dunque costituendo un'ipotesi di avvolgimento della psiche altrui sarebbe qualificabile come "raggiro".

Si tratta però di una distinzione che, anche tra le corti penali, non ha trovato molti consensi poiché il mero intento dell'agente non è riconosciuto come fattore decisivo nella qualifica o meno della menzogna come condotta rilevante ai sensi dell'art. 640 c.p. .

Ad oggi la prassi tende a riconoscere che la menzogna, essendo sorretta da una base di natura fraudolenta, possa sicuramente rientrare nello schema previsto dall'art. 640 c.p., ma affinché la stessa integri il requisito degli artifici e raggiri è necessario un *quid pluris* costituito dalle note modali degli "artifici e raggiri", poiché si tratta di un requisito non riconducibile ad un generico obbligo di dire la verità<sup>316</sup>.

La menzogna deve poggiare su un preciso schema ed essere architettata e offerta ai suoi destinatari in modo tale da assumere le vesti del vero ed indurli così in inganno<sup>317</sup>.

Un recente orientamento della Corte di Cassazione, riconosce la punibilità a titolo di truffa della menzogna semplice purché abbia come effetto l'inganno dei soggetti passivi, in virtù del fatto che anche il "mentire" consiste in un "ragionare" e dunque è una forma di raggiro: dovrà poi essere di volta in volta valutato nel concreto se l'induzione in errore del terzo sia stata o meno causata dalla falsità e quindi se la

---

<sup>315</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 695.

<sup>316</sup> La tendenza espansiva è stata, dunque, fortemente criticata fino ad essere abbandonata poiché andava oltre la previsione normativa. L'art. 640 c.p. non fa riferimento alla sola induzione in errore, caso in cui invece la truffa potrebbe essere ricondotta anche al mero comportamento menzognero, ma prevede altri e specifici requisiti, ovvero gli artifici e raggiri, mediante i quali deve essere provocata l'induzione in errore. Inoltre, come rileva U. LUCARELLI, in *La truffa: aspetti penali, civili, processuali*, 2002, 19, il legislatore non ha inserito nel testo della norma la formula "chiunque falsamente affermi", come è stato solito fare ogni volta che ha ritenuto di dover sanzionare un generico comportamento mendace (come peraltro accade nei reati di falso). Sanzionare anche la nuda menzogna provocherebbe un ampliamento eccessivo dei confini del reato finendo così con il perseguire e reprimere, come osservano G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, 171, «qualsiasi menzogna, ogni pur piccola astuzia, ogni espediente escogitato per influire sulle motivazioni altrui». Ancora, un'altra critica mossa nei confronti di coloro che ravvisavano l'integrazione della fattispecie nella sola menzogna verte sulla violazione del principio di tassatività da parte di simile soluzione, poiché verrebbe attuata un'estensione dell'art. 640 c.p. tramite quella analogia *in malam partem* vietata nel nostro ordinamento.

<sup>317</sup> In questo senso anche Cass., sez. II, 3 giugno 1997, n. 7280.

menzogna sia o meno idonea ad agire sulla vittima secondo lo schema scandito dall'art. 640 c.p.<sup>318</sup>.

Venendo ora al “silenzio”, si tratta di comprendere se e quale rilievo lo stesso possa assumere nella truffa come integrazione degli artifici e raggiri.

Un orientamento minoritario era solito negare al mero silenzio su determinate circostanze, anche qualora ricorresse uno specifico obbligo di comunicazione, la natura di artificio rilevante ai sensi dell'art. 640 c.p..

Diversamente, l'opinione prevalente riconduce agli artifici e raggiri richiesti dall'art. 640 c.p. il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi ha il dovere di farle conoscere alla stregua di un obbligo giuridico di informazione<sup>319</sup>.

#### 2.1.1. *Segue.* **L'idoneità a trarre in inganno e l'induzione in errore.**

La condotta posta in essere dall'autore del reato di truffa deve provocare in capo al destinatario della stessa un “errore”.

Prima di affrontare il suo significato e il ruolo che esso riveste all'interno della struttura del reato, è opportuno affrontare la questione dell'idoneità degli artifici e raggiri a trarre in inganno uno o più soggetti.

La giurisprudenza è pressoché unanime nel prescindere dal giudizio di idoneità degli artifici e raggiri che nel caso concreto hanno indotto in errore la vittima della condotta, in quanto una volta consumato il delitto di truffa, *«ogni questione in ordine all'idoneità astratta, dell'artificio o del raggio, ad ingannare e sorprendere l'altrui buona fede non ha alcuna rilevanza, essendo l'idoneità dimostrata dall'effetto raggiunto»*<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Così Cass., sez. II, 25 gennaio 2000, n. 2706 e Cass., sez. II, 17 marzo 1993, n. 4011.

<sup>319</sup> Circa il ruolo del silenzio nell'ambito del delitto di truffa si rinvia al paragrafo successivo concernente la truffa contrattuale.

<sup>320</sup> Cass., sez. II, 27 febbraio 1990 e nello stesso senso F. ANTOLISEI, *Op.*, cit..

E ancora, sempre la Cassazione ha affermato che, una volta accertato il nesso di causalità fra i raggiri e l'induzione in errore, «*non occorra stabilire l'idoneità in astratto dei mezzi usati quando in concreto essi si siano dimostrati idonei a trarre in errore*»<sup>321</sup>.

In senso opposto si muoveva la giurisprudenza minoritaria e più risalente sostenendo che gli artifici e i raggiri dovessero essere idonei alla stregua di un giudizio *ex ante* (e non *ex post*) ad indurre in errore un soggetto di media intelligenza<sup>322</sup>.

Aderendo a quest'ultimo orientamento, autorevole dottrina critica l'applicazione estensiva del reato di truffa compiuta dai giudici mediante un "processo di svalutazione interpretativa delle specifiche caratteristiche modali della truffa"<sup>323</sup>, sostenendo che il fare a meno dell'accertamento dell'effettiva idoneità ingannatoria degli artifici o raggiri finisca con il trasformare la fattispecie in esame da reato a forma vincolata a reato a schema libero.

Proprio su questo profilo si impone un immediato raffronto con la disciplina dettata dal codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette.

Infatti, mentre i giudici ritengono che per l'applicazione in concreto dell'art. 640 c.p. non sia necessaria e non rilevi l'idoneità in astratto della condotta attiva o del silenzio integranti gli artifici e raggiri, per quanto riguarda la qualificazione come "scorretta" ai sensi dell'art. 20, comma 2, cod. cons., o come "ingannevole" ex art. 21, comma 1, cod. cons., di un'azione, omissione, condotta, dichiarazione, comunicazione commerciale, posta in essere da un professionista è sufficiente la mera idoneità in astratto, rispettivamente, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge, o ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

---

<sup>321</sup> Cass., sez. I, 11 luglio 1990.

<sup>322</sup> Cass. sez. VI, 28 ottobre 1981 e nello stesso senso in dottrina V. MANZINI, 614 e ss..

<sup>323</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op.*, cit., 170.

Invero, l'orientamento giurisprudenziale attualmente maggioritario dovrebbe fare un passo indietro e ripensare il ruolo dell'idoneità della condotta ad indurre in errore il soggetto passivo.

Infatti, la truffa è un reato a forma vincolata in quanto il legislatore ha creato la norma dell'art. 640 c.p. selezionando solo alcune condotte come penalmente rilevanti e perseguibili ai sensi di un preciso schema tipico.

Invece, tendendo, come gran parte della giurisprudenza, a focalizzare l'attenzione solo sull'evento concreto dell'induzione in errore e sul consequenziale atto dispositivo (dal quale derivano sia il danno patrimoniale della vittima che l'ingiusto profitto del soggetto attivo o di terzi) si adotta un'interpretazione abrogante dell'art. 640 c.p. che, procedendo in questo senso, verrebbe sostanzialmente trasformato in un reato a schema libero in cui rileva "qualunque" condotta.

Dunque, sembra preferibile condividere quell'orientamento giurisprudenziale minoritario poc'anzi ricordato e quella dottrina<sup>324</sup> che ribadiscono la necessità del giudizio *ex ante* dell'idoneità della condotta ad indurre in errore, in quanto solo mediante una simile interpretazione e applicazione della norma più rigorosa e restrittiva viene rispettato il principio di legalità sancito dall'art. 1 c.p. e dall'art. 25 Cost. .

Venendo ora al secondo segmento dell'elemento oggettivo della truffa, l'"errore" viene comunemente definito come «una falsa o distorta rappresentazione di circostanze di fatto capaci di incidere sul processo di formazione della volontà»<sup>325</sup>.

Diversa dall'errore, invece, è l'ignoranza pura e semplice dove ricorre l'assenza di una qualunque, falsa o alterata, rappresentazione: in tale ipotesi colui che non è assolutamente a conoscenza di un fatto o di determinate circostanze non versa in uno stato di errore e quindi non ricorrono i

---

<sup>324</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op cit.*.

<sup>325</sup> Così definisce l'errore G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op.*, cit., 177. G. MARINI, invece, alla voce *Truffa*, cit., 376, lo definisce come «una qualsiasi falsa rappresentazione della realtà, traducendosi in un comportamento dato del soggetto, comportamento produttivo di un danno per costui o per un terzo e di un ingiusto profitto per l'agente o per altri».

presupposti perché possa cadere nel tranello truffaldino avente ad oggetto un fatto o determinate circostanze ignorati.

E' necessario comprendere quali siano le modalità di manifestazione dell'errore che rilevano ai sensi dell'art. 640 c.p. .

In un parallelismo con l'ambito civilistico, la divergenza tra la realtà oggettiva e la rappresentazione soggettiva determinata dagli artifici e raggiri integra l'errore richiesto nel reato di truffa laddove investa indifferentemente uno dei fattori di cui agli artt. 1428 e ss. c.c. che qualora oggetto di errore rilevano ai fini dell'annullamento del contratto.

Ma potrebbe trattarsi anche di un errore di diritto.

Non solo. Diversamente dalla disciplina dell'annullabilità del contratto, l'errore potrebbe avere ad oggetto anche i motivi che hanno persuaso la vittima ad obbligarsi<sup>326</sup>.

Un'altra questione sulla quale è opportuno soffermarsi, soprattutto nell'ottica del confronto fra la tutela penalistica dell'individuo vittima del raggio fraudolento e la tutela approntata per il consumatore, riguarda il cd. "stato di dubbio" in cui versa un soggetto a causa della condotta altrui classificabile di volta in volta come artificio e raggiri o come pratica commerciale.

Sul fronte penalistico, il problema concerne l'estensione della tutela accordata dall'art. 640 c.p. alle ipotesi in cui il soggetto passivo si sia rappresentato la possibilità di essere raggirato e ciò nonostante abbia posto in essere un atto di disposizione patrimoniale.

---

<sup>326</sup> In questo senso G. MARINI. Sempre in materia di rilevanza dell'errore, in dottrina è stata affrontata la questione dell'eventuale rilevanza dell'errore ostativo ai fini dell'integrazione del reato di truffa, ossia di quell'errore che si sostanzia nella differenza tra la dichiarazione e la volontà effettiva correttamente formatasi del suo autore. Al riguardo, U. LUCARELLI, *La truffa*, cit., 28, ritiene che la truffa ricorra quando il soggetto passivo compie un atto di disposizione patrimoniale in modo "consapevole", oltre che in conseguenza di una falsa rappresentazione della realtà frutto dell'opera del soggetto attivo. Ed allora, dato che l'errore ostativo escluderebbe ogni volontà del soggetto passivo questo si renderebbe autore di un atto di disposizione patrimoniale "inconsapevole" non integrando così uno dei requisiti del reato. Diversamente, G. MARINI ha affermato che la fattispecie del reato di truffa verrebbe realizzata a prescindere dalla circostanza che l'induzione concerna un errore vizio piuttosto che un errore ostativo e ciò alla luce dell'equiparazione dei due tipi di errore compiuta dal legislatore con l'art. 1433 c.c. che prevede l'applicabilità delle norme sull'annullabilità del contratto viziato dall'errore anche alle ipotesi di errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione.

La soluzione muta in funzione della rilevanza che viene riconosciuta al ruolo che in simili vicende assume la vittima.

Una prima tesi in nome di una maggiore tutela delle potenziali vittime dell'inganno si mostra favorevole ad un'applicazione quanto più estensiva dell'art. 640 c.p. e procede nella medesima direzione uno dei rari interventi giurisprudenziali sul punto della Corte di Cassazione la quale ha affermato che dimostrato, alla stregua di un giudizio *ex post*, che i raggiri e gli artifici hanno raggiunto lo scopo verso i quali erano diretti, la loro idoneità ad indurre in errore non viene meno qualora sia provato che il soggetto ingannato sospettasse il raggio o l'artificio<sup>327</sup>.

Accanto ad un altro orientamento decisamente restrittivo che sulla base del principio di autoresponsabilità esclude dall'ambito applicativo del reato di truffa ogni rilevanza allo stato di dubbio, si pone una tesi intermedia che pone l'accento sull'oggetto del dubbio.

Infatti, premesso che colui che versa nello stato di incertezza circa la buona fede o la sincerità della controparte è di per sé stesso un individuo meno vulnerabile rispetto a colui che nutre la massima fiducia nel soggetto truffaldino, si distingue tra dubbi "rilevanti" e dubbi "irrilevanti" o, ancora, tra dubbi "concreti/definiti" e dubbi "indeterminati"<sup>328</sup>.

E dunque, mentre esulerebbe dallo stato di errore richiesto dall'art. 640 c.p. il dubbio concreto, ovvero tutte quelle ipotesi in cui le perplessità circa la veridicità della condotta altrui poggiano su dati tangibili, specifici sui quali il soggetto passivo potrebbe indagare al fine di evitare la sua caduta in errore, gli stati di dubbio indefinito ai quali l'individuo responsabile e attento non può sottrarsi integrerebbero l'induzione in errore prescritta nella struttura della truffa venendo così ad integrarla<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> Così Cass., sez. V, 17 gennaio 1978.

<sup>328</sup> In questo senso G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op.*, 178.

<sup>329</sup> Ancora, U. LUCARELLI, ult. *Op.*, cit., sostiene che non vi sia incompatibilità assoluta tra errore e dubbio, in quanto se il soggetto agente mediante artifici e raggiri insinua un dubbio nella potenziale vittima, proprio da tale stato di ambiguità e incertezza potrebbe sorgere un errore in grado di orientarne, condizionarne il comportamento nella direzione voluta dall'autore della condotta fraudolenta.

Per quanto attiene alle pratiche commerciali e allo stato di dubbio, si deve fin da subito ricordare come il consumatore non solo ha diritto a ricevere informazioni adeguate, chiare e trasparenti dal professionista, ma ha anche il dovere di provvedere in prima persona alla formazione di una propria cultura consumeristica adeguata.

Infatti sia la direttiva n. 2005/29/Ce che il codice del consumo dettano in materia di pratiche commerciali scorrette una tutela che non va indistintamente a beneficio di qualunque consumatore bensì mira a difendere il consumatore “medio” dalle condotte ingannevoli e aggressive.

Quindi, mentre in ambito penale la previsione del reato di truffa tutela chi non è in possesso di elementi o indizi che possano suggerirgli di verificare taluni aspetti dell’attività del soggetto agente che gli consentano di scongiurare l’inganno, perché solo in tal caso non si può muovere al soggetto passivo della condotta truffaldina un giudizio di colpa per aver agito con superficialità o negligenza, il legislatore comunitario e quello italiano adottano un atteggiamento inverso in materia di pratiche commerciali.

Essi hanno predisposto una tutela ristretta al solo consumatore medio, ossia a quello ragionevolmente informato, attento, scrupoloso il quale nel “gergo” della dottrina penalista, proprio in virtù della sua diligente avvedutezza, potrebbe trovarsi ad avere dei dubbi sulla genuinità della condotta del professionista “concreti e tangibili” in virtù dei quali dovrebbe essere meno propenso a cedere alla pratica commerciale scampando così l’inganno.

Allo stesso tempo, la tutela delle pratiche commerciali scorrette è stata negata al consumatore sprovveduto, disinformato, pigro che con molta probabilità, sempre richiamando la teoria penalistica, potrebbe essere sfiorato da qualche perplessità di carattere “indefinito” e non avere appigli grazie ai quali agire con maggior attenzione ed essere meno vulnerabile.

Un ulteriore aspetto relativo all’induzione in errore verte sulla configurabilità come condotta rilevante ai sensi dell’art. 640 c.p. del cd.

approfittamento da parte del soggetto agente dell'errore in cui, precedentemente al suo intervento, già versava la vittima.

Al riguardo si deve propendere per una soluzione negativa<sup>330</sup>, infatti in tale fattispecie lo stato di errore è causalmente riconducibile alla condotta di soggetti terzi estranei al rapporto tra l'autore della condotta di sfruttamento e il soggetto passivo.

Il legislatore ha strutturato il reato di truffa richiedendo una vera e propria induzione in errore escludendo così dall'area del penalmente rilevante i comportamenti che si limitano a sfruttare, senza dare alcun contributo attivo alla genesi dell'errore o al suo rafforzamento<sup>331</sup>, una situazione di ignoranza sorta autonomamente per cause esterne.

## 2.2. L'atto dispositivo.

Guardando ai soggetti tutelati rispettivamente dal Codice penale nell'ipotesi della truffa e dagli artt. 18-27-*quater* del codice del consumo in materia di pratiche commerciali, entrambe le discipline garantiscano esclusivamente gli interessi delle persone fisiche<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, cit., 297; A. FANELLI, *La truffa*, Giuffrè, 2009, 55.

<sup>331</sup> Secondo autori come G. MARINI, 119 e ss., la condotta volta a perpetuare e rafforzare lo stato di errore integra la condotta perseguibile ai sensi dell'art. 640 c.p. poiché si tratta di un comportamento attivo che pur subentrando in un momento posteriore al sorgere dell'errore, da un contributo causale positivo al suo rafforzamento in modo tale che la falsa rappresentazione della realtà divenga definitiva dando così luogo ad una diversa, e più forte, situazione di errore.

<sup>332</sup> La definizione attuale di "consumatore", destinatario esclusivo della normativa posta a tutela dei suoi diritti ed interessi nell'ambito dei rapporti *business to consumers*, dettata dall'art. 18, comma 1, lett. a), cod. cons. (in perfetta simbiosi con l'art. 2, comma 1, lett. a) della direttiva 2005/29/Ce), differisce dalla precedente definizione contenuta nel codice del consumo in materia di pubblicità poiché è venuto meno ogni riferimento alle persone giuridiche. Ricomprendere anche queste ultime nell'ambito della nozione di consumatore avrebbe determinato un'incompatibilità con la formulazione della direttiva 2005/29/Ce travalicando il livello di tutela massima che la stessa ha inteso garantire solo per il consumatore persona fisica. Sul punto si vedano E. BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a-d) e art. 19, comma 1, c. cons.)*, in *Pratiche commerciali*, cit., 97, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali*, cit., 121 e ss. .



Per quanto concerne la truffa, la vittima dell'inganno deve necessariamente essere una persona fisica in quanto tale o in quanto titolare di un organo pubblico o privato<sup>333</sup>.

Inoltre, l'art. 640 c.p. afferma che il soggetto agente deve indurre in errore "taluno", ovvero una persona ben individuata, ed allora se la condotta ingannatoria è indirizzata *in incertam personam* la truffa ricorre solo laddove abbia indotto in errore almeno una persona determinata<sup>334</sup>.

Si pensi alle fattispecie dell'esposizione fraudolenta di distributori automatici, giochi truffaldini, comunicazioni pubblicitarie menzognere: si tratta di ipotesi in cui si può parlare di truffa solo se con i suddetti mezzi venga indotta in errore una persona determinata<sup>335</sup>.

Invece, con riferimento alle pratiche commerciali scorrette, il legislatore ha predisposto una tutela in favore di una ristretta elite di persone fisiche, composta dai soli "consumatori" ovvero da coloro che agiscono per scopi che "non rientrano nel quadro della loro attività commerciale, industriale, artigianale o professionale".

Di conseguenza, tutte le persone fisiche qualificabili come "professionista", le quali ben potrebbero essere i soggetti passivi del reato di truffa, non possono essere vittime di pratiche commerciali ingannevoli ai sensi degli artt. 18 e ss. cod. cons., ma al massimo solo di specifiche, nonché limitate, pratiche commerciali realizzabili nell'ambito dei rapporti *BtoB* ai sensi del d.lgs. n. 145/2007.

Ciò premesso, trattando della truffa e delle pratiche commerciali ingannevoli emerge come dal punto di vista causale il danno finale, da

---

<sup>333</sup> In quest'ultimo caso, la giurisprudenza afferma che la persona fisica destinataria della condotta ingannevole deve essere in grado di concorrere a formare la volontà decisionale dell'organo del quale è titolare.

<sup>334</sup> Inoltre, sia la dottrina che la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che colui che cade in errore sia un soggetto diverso da quello che subisce il danno derivante da reato.

<sup>335</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op.*, e V. MANZINI. *Contra* F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 360. Inoltre, va detto che il soggetto passivo dell'inganno non può essere un soggetto qualsiasi, ma deve trattarsi di una persona che si trovi in una posizione giuridica tale da permettergli l'adozione dell'atto di disposizione patrimoniale. Quindi, oltre che al titolare del diritto, anche colui che ha il mero possesso del bene, o che lo rappresenta può essere la vittima dell'inganno ai sensi dell'art. 640 c.p.. Diversamente, laddove venisse ingannato un soggetto estraneo non potrebbe parlarsi di truffa, ma, a seconda del caso concreto, di furto o di appropriazione indebita, e l'ingannato rivestirebbe, ai sensi dell'art. 48 c.p., il ruolo dell'autore mediato del reato.

intendersi come evento negativo ammonito e incriminato da entrambe le normative, assuma connotati differenti.

In primo luogo, infatti, mentre il codice del consumo tutela i consumatori dalla condotta qualificabile come pratica commerciale scorretta, condannandone anche la mera potenzialità ad indurre il destinatario all'assunzione di una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe assunto, qualunque sia la sua forma<sup>336</sup>, l'art. 640 c.p. prevede una serie di elementi specifici dal carattere tendenzialmente "effettivo" che devono realizzarsi secondo una precisa scansione.

Tra questi, il primo che viene in rilievo, e che assume le vesti di vero e proprio requisito implicito del reato, è l'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dall'ingannato.

Si tratta del secondo evento della fattispecie frutto dell'induzione in errore (la quale costituisce il primo evento direttamente scaturito dalla condotta del soggetto attivo) il quale, poi, sarà la causa del danno e dell'ingiusto profitto (che insieme compongono il terzo evento).

L'atto dispositivo non compare nella lettera della norma penale<sup>337</sup>, eppure ne costituisce un elemento strutturale imprescindibile facendo della truffa un delitto "a cooperazione artificiosa della vittima", che si distingue proprio per questo dai cd. reati di aggressione unilaterale come il furto.

Questa ricostruzione della truffa, articolata attraverso l'evento mediano dell'atto dispositivo, è accettata tanto da chi riconosce che l'atto di disposizione possa avere ad oggetto qualsiasi elemento del patrimonio (beni mobili, immobili, diritti di qualsiasi natura, assunzione di obbligazioni, esecuzione di prestazioni, anche d'opera, di carattere attivo ed omissivo<sup>338</sup>) quanto da chi, andando oltre la sua accezione negoziale-civilista, tende a

---

<sup>336</sup> E dunque l'eventuale pregiudizio o la mera idoneità lesiva della pratica dipendono esclusivamente da un'azione o omissione posta in essere dal professionista autonomamente (o mediante la cooperazione di eventuali soggetti terzi quali dipendenti, soci, ecc.).

<sup>337</sup> Invece, è espressamente contemplato nell'art. 629 c.p. in materia di estorsione dove si legge "*costringendo taluno a fare od omettere qualcosa*". E proprio il reato di estorsione è una fattispecie che dal punto di vista normativo viene considerata parallela al delitto di truffa.

<sup>338</sup> La truffa viene ad essere integrata mediante l'attività di cooperazione della vittima dell'inganno anche qualora essa non azioni un diritto a lei spettante o rinunci ad un'utilità e purché si tratti di un atto dispositivo omissivo "consapevole" e cioè non dovuto a mera ignoranza

ricomprensivi ogni comportamento materiale patrimonialmente rilevante per la vittima<sup>339</sup>.

### **2.3. La vittima della truffa, tra potenzialità ed effettività del danno, e la lesione degli interessi dei consumatori.**

Venendo ora all'esame più dettagliato delle due normative, penalistica e consumeristica, è opportuno valutare eventuali divergenze e similitudini con un occhio di riguardo riservato agli interessi tutelati ed al ruolo del "danno".

L'art. 640 c.p. ha ad oggetto la tutela del patrimonio (inteso in senso economico) e la libertà di autodeterminazione della persona fisica.

Invece, quando ci si addentra nel territorio poliedrico delle pratiche commerciali, il bene primario della relativa normativa non è l'integrità patrimoniale del consumatore, ma la sua libertà di autodeterminazione nel momento in cui entra in contatto e si appresta ad instaurare rapporti giuridici, il più delle volte di natura negoziale, con soggetti professionisti.

E così, mentre il reato di truffa è integrato solo laddove si realizzi la precisa "scaletta" composta dalla caduta in errore del soggetto passivo (quale prima conseguenza diretta della condotta fraudolenta del soggetto attivo), dal concreto compimento di un atto di disposizione patrimoniale (la cui fisionomia è condizionata dalla previa induzione in errore) e dalla conseguente *deminutio patrimonii*, dove, come vedremo più avanti, il

---

<sup>339</sup> L'esempio classico è dato dall'atto di distruzione del proprio francobollo con conseguente aumento del valore dell'esemplare superstite posseduto dal soggetto agente. Diversamente, una dottrina minoritaria, che vede tra i suoi più autorevoli esponenti G. PECORELLA, voce *Patrimonio*, (*Delitti contro il*), in *Novissimo Digesto*, XII, Utet, 1965, 628 e P. MANGANO, *Frode e truffa nel processo*, Milano, 1976, 101 e ss., esclude che l'atto di disposizione sia un requisito della truffa accontentandosi del mero nesso causale tra l'errore indotto nella vittima e il danno patrimoniale prescindendo così dall'atto dispositivo con cui il soggetto passivo contribuisce al suo stesso danneggiamento. Questo orientamento minoritario viene criticato in considerazione del fatto che negando che l'atto dispositivo sia un requisito della fattispecie, da un lato, diverrebbe pressoché impossibile distinguere il reato di truffa da altre figure criminose (come ad esempio il furto), e, dall'altro, tenendo conto del fatto che la truffa è un'ipotesi di reato che mira a tutelare, oltre il patrimonio, anche la libertà del consenso la quale si manifesta proprio attraverso il compimento di un atto di disposizione patrimoniale.

soggetto agente è penalmente responsabile ai sensi dell'art. 640 c.p. solo ove ricorrano in concreto i suddetti eventi, il professionista autore di una pratica commerciale è perseguibile e sanzionabile laddove essa sia ingannevole anche per la mera idoneità in astratto a ledere gli interessi del consumatore medio, e ciò indipendentemente dal verificarsi di un'effettiva alterazione della sua volontà e del relativo danno economico.

Le pratiche commerciali ingannevoli (o aggressive), diversamente dal “reato di danno” della truffa, sono degli illeciti di pericolo<sup>340</sup> (come del resto hanno ribadito le sentenze del T.A.R. Lazio), dove la valutazione di ingannevolezza deve essere condotta unicamente alla luce della violazione del dovere di correttezza e della potenziale distorsione della volontà del consumatore, a prescindere dall'entità del danno economico cagionato o che potrebbe verificarsi<sup>341</sup>.

L'oggetto immediato della tutela dettata dagli artt. 18-27-*quater* cod. cons., è costituito da una pluralità di interessi dei consumatori, perciò in tale sede può parlarsi di “danno” in senso lato, perché qui l'elemento danno va oltre una valenza puramente economica e consta dell'insieme dei diritti e degli interessi del consumatore tra cui primo fra tutti il diritto alla libertà di autodeterminazione.

Il T.A.R. Lazio, infatti, concorda con il parere dell'Autorità Antitrust, quando afferma che *“l'idoneità del messaggio a pregiudicare il comportamento economico dei consumatori, ai sensi del Codice del Consumo, (...) è del tutto svincolata dalla presenza di un danno valutabile in termini monetari e non coincide con la nozione civilistica di danno patrimoniale, economicamente valutabile e qualificabile”*.

Ciò in quanto *“la ratio dell'articolo 20 del Codice del Consumo è quella di proteggere non già l'integrità del patrimonio del consumatore, bensì la sua libertà di autodeterminarsi, di scegliere con 'cognizione di*

---

<sup>340</sup> In particolare, si tratterebbe di un illecito di pericolo in concreto poiché il giudice deve accertare e valutare l'ingannevolezza della condotta imprenditoriale alla stregua di un giudizio *ex ante*, il che esclude che sia sufficiente ad integrare il divieto di pratiche commerciali ingannevoli una qualsiasi idoneità in astratto.

<sup>341</sup> Così la già citata sentenza del TAR Lazio, sez. I, 5 ottobre 2009, n. 9743.

*causa', ovvero di prendere decisioni 'informate' e determinare la sua volontà negoziale o prenegoziale senza dover subire alcun tipo di influenza esterna, anche indiretta a causa del carattere decettivo del messaggio pubblicitario”<sup>342</sup>.*

In secondo luogo, non si tratta di un danno effettivo degli interessi del consumatore mediamente avveduto, bensì di un danno meramente ipotetico. Dunque l’illiceità della pratica ricorre a prescindere dalla concreta dimostrazione di un evento pregiudizievole ed è sufficiente la prova della “*potenzialità lesiva*” della condotta del professionista<sup>343</sup>.

Nella truffa, in merito all’elemento del danno, tanto in dottrina quanto tra le pronunce dei giudici, ricorre disaccordo sul suo significato al punto che dalla sua originaria natura prettamente economico-patrimoniale si è assistito ad una sorta di sua “*spiritualizzazione*”<sup>344</sup>.

Da sempre si sono contrastate la concezione “giuridica” e la concezione “economia” del danno.

La prima<sup>345</sup>, muovendo dalla concezione di “patrimonio” come somma di rapporti giuridici attivi e passivi relativi alle cose di pertinenza di una persona, interpreta il danno come la perdita di un diritto o l’assunzione di un obbligo<sup>346</sup>.

Trattasi cioè di un danno inteso come mancata realizzazione dello scopo prefissato dalla vittima degli artifici e raggiri, o come squilibrio del rapporto giuridico<sup>347</sup>.

---

<sup>342</sup> TAR, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8394.

<sup>343</sup> In questa direzione si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa e si veda la citata sentenza TAR, Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8394.

<sup>344</sup> Così G. FIANDACA- E. MUSCO, cit., 181.

<sup>345</sup> La quale ha tra i suoi fautori A. DE MARSICO e A. ALBAMONTE.

<sup>346</sup> Quindi ricorrerebbe il danno di cui all’art. 640 c.p. anche qualora il soggetto ingannato addivenisse alla stipula di un contratto a condizioni sfavorevoli, o laddove lo stesso concedesse un credito indipendentemente dall’effettiva diminuzione del patrimonio quale conseguenza dell’impegno assunto.

<sup>347</sup> Anche un filone giurisprudenziale minoritario condivide la natura “giuridica” del danno affermando che “*nella truffa contrattuale non è necessario che il danno sia costituito dalla perdita economica di un bene subita dal soggetto passivo, potendo anche consistere nel mancato conseguimento di una utilità economica che lo stesso si riprometteva di ottenere in conformità alle false prospettazioni dell’agente, dal quale sia stato tratto in errore, e anche nell’assunzione, altrimenti ingiustificata, di obbligazioni*” (Cass. Pen., sez. II, 1 marzo 1986 e nello stesso senso Cass. Pen., sez. I, 4 maggio 1987).

Ma riscuote maggiori adesioni, in dottrina e in giurisprudenza, la tesi economica del danno<sup>348</sup> la quale, prendendo le mosse dalla definizione di patrimonio come insieme dei beni economicamente valutabili spettanti sia di fatto che di diritto ad una persona, attribuisce al danno caratteristiche economico-patrimoniali.

Ed allora, il giudice riscontrerà che c'è il danno laddove, tenendo conto dei valori oggettivi di mercato nonché alla luce del giudizio di equivalenza tra le rispettive prestazioni del soggetto attivo e del soggetto passivo, accerti una concreta *deminutio patrimonii*.

La concezione obiettivo-economica del danno lo identifica con un danno patrimoniale necessariamente “effettivo” sia come “danno emergente” che come “lucro cessante”<sup>349</sup>.

A confermare tale concezione sono intervenute le Sezioni Unite le quali hanno sancito che *“oltre la realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore, è necessario, ai fini dell'integrazione del reato di truffa, che si*

---

<sup>348</sup> Infatti, la concezione giuridica è stata criticata sulla base di più argomentazioni. Prima di tutto, è stato obiettato come essa trascuri le situazioni economiche non inquadrabili nello schema del diritto soggettivo e che la stessa finisca per considerare quali elementi costitutivi del patrimonio anche i diritti privi di un reale valore patrimoniale. Ancora, è stato criticato come simile tesi comporti una snaturalizzazione del reato di truffa che da reato di danno (così è stato infatti concepito dal legislatore) sarebbe trasformato in reato di pericolo: se il momento decisivo diviene quello in cui la vittima pone in essere l'atto dispositivo costitutivo di diritti od obblighi, la truffa sarebbe già integrata in questa fase, ovvero nella fase in cui la perdita patrimoniale non è effettiva bensì soltanto possibile o probabile. Inoltre, la concezione giuridica, proprio in virtù dell'integrazione del danno pur in assenza della *deminutio patrimonii*, comporterebbe un'estensione eccessiva della portata incriminatrice dell'art. 640 c.p..

<sup>349</sup> E così in materia di truffe realizzate mediante la consegna di titoli di credito o di assunzione di un'obbligazione della dazione di un bene economico, il momento consumativo della truffa non si verifica con la mera assunzione dell'obbligazione, bensì con l'effettiva, concreta e definitiva lesione del bene tutelato, la quale si verifica solo con la diminuzione del patrimonio del soggetto passivo (ed il correlativo arricchimento del soggetto attivo) realizzatasi una volta adempiuta l'obbligazione. Ed allora, laddove la truffa abbia ad oggetto titoli di credito, il danno sarà integrato nel momento in cui il soggetto agente acquisisce la relativa valuta, e non quando il titolo viene posto in circolazione (così Cass. Pen., sez. II, 28 ottobre 1997). E, ancora, Cass. Pen., sez. II, 24 gennaio 2003, n. 28928, dove si legge che *“Il delitto di truffa si perfeziona non nel momento in cui il soggetto passivo assume un'obbligazione per effetto degli artifici o raggiri subiti, bensì in quello in cui si verifica l'effettivo conseguimento del bene economico da parte dell'agente e la definitiva perdita di esso da parte del raggirato; pertanto, quando il reato predetto abbia come oggetto immediato il conseguimento di assegni bancari, il danno si verifica nel momento in cui i titoli vengono posti all'incasso ovvero usati come normali mezzi di pagamento, mediante girata, a favore di terzi i quali portatori legittimi, non sono esposti alle eccezioni che il traente potrebbe opporre al beneficiario: in entrambi i casi, infatti, si verifica una lesione concreta e definitiva del patrimonio della persona offesa, inteso come complesso di diritti valutabili in denaro”*. In materia di truffa contrattuale si veda la sentenza della Corte di Cassazione del 3 giugno 1998 in cui si afferma che la consumazione del delitto deve essere ravvisata non nel momento della consegna del bene, bensì in quello dell'inadempimento del soggetto agente che, a bene vedere, altro non è che il momento in cui viene in essere la definitiva perdita patrimoniale per il soggetto passivo.

*verifichi anche un'effettiva deminutio patrimonii, intesa in senso strettamente economico, del soggetto passivo”.*

La pronuncia, ribadito come la truffa non sia un reato di pericolo “*poiché, a differenza di altre ipotesi criminose che pure offendono il patrimonio per le quali basta una situazione di pericolo, l'evento consumativo risulta esplicitamente tipizzato in forma di conseguimento del profitto con il danno altrui*”, afferma che “*l'elemento del danno, proprio in virtù dell'evento consumativo che caratterizza tipicamente la realizzazione della fattispecie criminosa, deve avere necessario contenuto patrimoniale ed economico, consistendo in una lesione concreta e non soltanto potenziale che abbia l'effetto di produrre – mediante la “cooperazione artificiosa della vittima” (...) - la perdita definitiva del bene da parte della stessa*”<sup>350</sup>.

Va detto però come tale concezione, fondata sul riconoscimento del danno in senso oggettivo in luogo dell'accezione di carattere soggettivo<sup>351</sup>, sia stata recentemente integrata e perfezionata da alcuni criteri soggettivi di valutazione del danno incentrati sull'utilità personale della controprestazione del soggetto ingannato al fine di ottenere una soluzione più aderente alle esigenze di tutela richieste dalla realtà<sup>352</sup>.

Questa sorta di parziale “dematerializzazione” del danno è stata attuata dalla giurisprudenza con particolare riferimento alle ipotesi di truffa contrattuale per quelle fattispecie in cui il soggetto raggirato riceve una controprestazione economicamente equivalente o proporzionale alla propria, ma inidonea a soddisfare un suo bisogno personale<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> Cass., sez. Un., 16 dicembre 1998.

<sup>351</sup> Si tratta delle ipotesi di acquisto di beni o di servizi inutili per l'acquirente e pagati al loro affettivo valore di mercato: l'atto dispositivo compiuto in seguito agli artifici e raggiri può integrare il reato di truffa? La risposta affermativa dei sostenitori della lettura del danno in chiave “soggettiva”, è criticata in quanto secondo simile soluzione sarebbe danno tutto ciò che viene avvertito come tale dalla vittima e quindi tutto ciò che appare rilevante alla stregua della mera utilità subiettiva dell'atto dispositivo indipendentemente dall'effettivo depauperamento patrimoniale, si assisterebbe ad un'eccessiva estensione della portata della norma.

<sup>352</sup> Al riguardo A. ALBAMONTE, *Riflessioni in tema di danno patrimoniale nel delitto di truffa*, in *Giust. Pen.*, 1973, II, 709, parla di “*canone oggettivo ponderato*”.

<sup>353</sup> In tale ricostruzione, viene respinto l'indirizzo più rigoristico che, sempre in tema di truffa contrattuale, riconosce il danno nel nocimento alla mera libertà contrattuale. Esempio classico è quello del rappresentante che, mediante artifici e raggiri, fa acquistare e consegna ad un

La tendenza, ormai condivisa anche in dottrina<sup>354</sup>, è quella di valutare il danno come danno patrimoniale in senso “*soggettivo*” ma non “*individualista*”<sup>355</sup>: la *deminutio patrimonii* deve essere stimata alla stregua dell’utilità personale (a sua volta ancorata alla posizione individuale della vittima) ma ad opera di un “*osservatore obiettivo e ragionevole*”<sup>356</sup>.

Inoltre, in un’ottica di tutela che si rivolga anche al consumatore, una nozione del danno attenta anche ai profili soggettivi pare essere più appropriata, dato che si tratta di un individuo che, agendo per scopi estranei all’esercizio della sua attività professionale, adotta determinati comportamenti perseguendo in via primaria esigenze esistenziali, personali e quindi adotta decisioni difficilmente riconducibili nei rigidi confini di valutazioni squisitamente economiche ed oggettive.

Ora, nonostante la tutela penale prevista in materia di truffa interessi quegli artifici o raggiri che sfociano in un danno “effettivo”, mentre per la sanzionabilità dell’autore di una pratica commerciale ingannevole ricorre una tutela di tipo preventivo volta a colpire la condotta che è fonte anche di un danno “potenziale” (che può consistere tanto in una *deminutio patrimonii* del consumatore che nella lesione della libertà di scelta e di agire del consumatore), tra le due discipline si innesta un tratto comune.

Infatti, l’osservatore obiettivo dell’evento che investe la sfera patrimoniale-personale della vittima della truffa deputato a valutare il ricorrere o meno del danno richiesto dall’art. 640 c.p. non è il generico uomo medio, ma sarà, di volta in volta, colui che possiede le peculiarità di un modello specifico ricostruito secondo le caratteristiche tipiche dei

---

commerciante una partita di merce superflua aggiunta a quella commissionata: i giudici hanno ritenuto che sebbene la cosa sia stata acquistata al giusto prezzo di mercato il danno penalmente rilevante consista nell’assenza di un’effettiva utilità della stessa per l’acquirente nonostante il denaro impiegato per il suo acquisto. In questo senso Cass. Pen., 20 settembre 1989; Cass. Pen., 1 marzo 1974.

<sup>354</sup> F. ANTOLISEI e G. FIANDACA-E. MUSCO.

<sup>355</sup> Si deve tener conto delle circostanze del caso concreto, tra cui la situazione patrimoniale della vittima, l’attività da essa svolta, il fine in vista del quale, ingannato dal soggetto agente, pone in essere l’atto di disposizione patrimoniale, ma non al punto di dar peso ai meri “capricci” e all’arbitrio della vittima.

<sup>356</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO, 183.



soggetti rientranti nella cerchia sociale/professionale cui la vittima della fattispecie concreta appartiene.

Parallelamente, l'idoneità a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore "medio" (art. 20, comma 2, cod. cons.) è per l'appunto valutata alla stregua di un parametro, variabile in funzione del singolo caso concreto, che viene costruito sulla base dei fattori sociali, culturali e linguistici e di quello che, in funzione di tali elementi, è il grado di attenzione e avvedutezza che normalmente sono ragionevolmente ritenute in suo possesso.

#### **2.4. L'«ingiusto» profitto. Cenni.**

L'altra faccia della medaglia al momento della verifica del danno è il "profitto" conseguito dall'autore del reato, con la dovuta precisazione che danno e profitto sono accertati autonomamente dal giudice e l'esistenza dell'uno è indipendente da quella dell'altro.

Il profitto, che diversamente dal danno può non avere carattere economico<sup>357</sup>, va ravvisato *“tanto nel caso di effettivo accrescimento di ricchezza economica a favore dell'agente quanto nel caso di mancata diminuzione del suo patrimonio per effetto del godimento di beni, quindi anche senza un aumento esteriore di ricchezza, analogamente al possibile atteggiarsi alla "deminutio patrimonii" in senso economico, subita dal soggetto passivo, come danno emergente o come lucro cessante”*<sup>358</sup>.

Inoltre, affinché il reato di truffa sia realizzato il profitto deve essere "ingiusto", ovvero deve essere stato *“conseguito "sine jure", sì che l'arricchimento in cui esso si risolve risulta realizzato "sine causa", per l'assenza di un titolo giuridico che lo giustifichi”*<sup>359</sup>. L'ingiustizia, dunque,

---

<sup>357</sup> Si veda *supra* la citata sentenza delle Sezioni Unite del 16 dicembre 1998. Il profitto può anche consistere in un interesse morale, psicologico (così Cass. Pen., sez. II, 3 aprile 1986) come nel caso in cui mediante artifici o raggiri un individuo consegna un oggetto che ha per lui un valore di mera affezione.

<sup>358</sup> Cass. Pen., sez. VI, 7 novembre 1991.

<sup>359</sup> Id., cit..

rileva come mancanza del titolo di legittimazione<sup>360</sup> e non come sinonimo di illiceità<sup>361</sup>.

Circa il momento consumativo del reato, come per il requisito del danno, anche il profitto deve avere carattere effettivo, nonostante la giurisprudenza, soprattutto in relazione alla truffa contrattuale, tenda ad equiparare al profitto conseguito in concreto la sua mera possibilità<sup>362</sup>.

Ma, le Sezioni Unite, superando l'orientamento che individuava la consumazione della truffa contrattuale nell'incontro delle volontà, hanno stabilito che debba aversi riguardo al momento in cui all'effettivo pregiudizio patrimoniale della vittima consegue la realizzazione (e dunque non la mera potenzialità) del profitto del soggetto agente<sup>363</sup>.

Diversamente, nella repressione delle pratiche commerciali ingannevoli il profitto conseguito o meno dal professionista non è elevato a requisito della fattispecie.

Ciò in quanto il legislatore, sia europeo che interno, non ha quale scopo primario l'incriminazione di coloro che nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, artigianale o commerciale conseguono un incremento dei propri guadagni in modo scorretto.

Infatti, l'obiettivo principale del divieto delle pratiche consiste nel garantire al consumatore la massima libertà di scelta, il che è possibile solo ove le relazioni con i professionisti sorgano e si articolino all'insegna della chiarezza, della trasparenza, della lealtà e dell'informazione, affinché i singoli rapporti di scambio siano efficienti ed il mercato sia concorrenziale.

Ma ovviamente, il fattore profitto realizzato dal professionista autore di una pratica condannata per scorrettezza, è un dato che rileva ed incide

---

<sup>360</sup> G. FIANDACA- E. MUSCO, 187.

<sup>361</sup> Inoltre, non rileva il fine in vista del quale l'agente intende impiegare il profitto, in quanto l'ingiustizia non è integrata dalla destinazione che il soggetto attivo attribuisce al ricavato della sua azione fraudolenta: l'ingiustizia deve essere valutata prima e cioè quando l'agente consegue cose a lui non dovute con la consapevolezza di non averne diritto.

<sup>362</sup> E così ad esempio il conseguimento da parte di un imprenditore di un titolo di credito è stato riconosciuto come profitto ingiusto ai sensi dell'art. 640 c.p. stante la sua possibilità di valersene e trarne così un vantaggio (Cass. Pen., sez. II, 3 giugno 1983).

<sup>363</sup> Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000.

nella valutazione della gravità della fattispecie di volta posta al vaglio di Autorità e giudici, nonché in sede di commisurazione della sanzione<sup>364</sup>.

### 3. L'elemento soggettivo: il dolo rilevante ai sensi dell'art. 640

**c.p. .**

La truffa è un reato di natura dolosa<sup>365</sup> e allora si impone il richiamo dell'art. 43, comma 1, c.p., il quale stabilisce che «*il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato di un'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione*».

Il dolo è strutturalmente articolato su due componenti psicologiche: la rappresentazione (detta anche “coscienza” o “previsione”) e la volontà, dove la prima ha ad oggetto tanto gli elementi costitutivi del fatto tipico (composto dalla condotta, le circostanze antecedenti e concomitanti la sua azione od omissione e dall'evento naturalistico)<sup>366</sup> della fattispecie quanto i

---

<sup>364</sup> Infatti, l'art. 27, comma 13, cod. cons., dispone che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle norme dettate in materia di pratiche commerciali scorrette “*si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel Capo I, sezione I della l. 689/1981*”. Quindi si applicherà, come del resto dispongono i provvedimenti dell'AGCM, l'art. 11 della legge sulla depenalizzazione, ai sensi del quale nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria si deve tenere conto della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche. Conseguentemente, il profitto che il professionista ha realizzato in seguito a pratiche ingannevoli concorre a definirne tanto la personalità e le condizioni economiche quanto la gravità della violazione poiché più sarà elevato il profitto quanto più sarà consistente il danno in termini economici arrecato ai consumatori.

<sup>365</sup> In ambito penale il dolo costituisce il criterio di imputazione soggettiva per eccellenza, poiché l'art. 42, comma 2, c.p. statuisce che “*nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo*”. Quindi il legislatore, nel predisporre le singole ipotesi di reato, presuppone il dolo quale criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità, mentre gli altri criteri di imputazione soggettiva, colpa e preterintenzione, operano solo nei casi espressamente previsti dalla legge (infatti, la seconda parte del comma 2 dell'art. 42 c.p. prosegue affermando “*salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente previsti dalla legge*”).

<sup>366</sup> E cioè tutti gli elementi oggettivi richiesti dal legislatore per l'integrazione delle singole figure di reato ed infatti l'art. 47 c.p., in materia di errore, afferma che non ricorre dolo laddove il soggetto abbia agito versando in errore proprio sul fatto che costituisce reato.

suoi elementi normativi individuati mediante il rinvio ad altre norme diverse da quella incriminatrice<sup>367</sup>.

La volontà, invece, concerne la consapevolezza di porre in essere una determinata azione o omissione e quindi di realizzare un fatto tipico<sup>368</sup>.

In virtù del grado assunto dalla rappresentazione e dalla componente volitiva di colui che compie un fatto tipico penalmente rilevante, nonché di ciò che viene previsto come possibile effetto dell'azione/omissione e di ciò che meramente voluto, il dolo assume diverse forme.

Per quel che qui rileva, la truffa è generalmente riconosciuta come un delitto di dolo "generico", e non "specifico"<sup>369</sup>, in quanto il dolo deve investire tutti gli elementi della fattispecie e quindi l'agente deve volere: gli artifici e raggiri, l'induzione in errore (quale conseguenza della condotta ingannatoria), l'atto dispositivo della vittima (come conseguenza dell'inganno).

Accanto alla volontà deve poi ricorrere la coscienza, intesa come consapevolezza, del danno altrui e del profitto ingiusto<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> Sono elementi normativi l'"altruità" di un bene (la cui disciplina rinvia alle norme dettate dal codice civile in materia di proprietà) o altri elementi come il "documento" e la sua funzione certificante. Il soggetto agente deve cioè rappresentarsi gli aspetti su cui si fonda la rilevanza giuridica di determinate situazioni di fatto richiamate nella fattispecie e disciplinate da altre disposizioni normative (extra-penali o penali) senza che debba comprendere l'esatto significato giuridico. Con riferimento agli elementi normativi, l'ultimo comma dell'art. 47 c.p. recita "*l'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato*".

<sup>368</sup> L'oggetto del dolo include la cd. "*coscienza dell'offesa*", ovvero la coscienza da parte del soggetto agente dell'antigiuridicità della sua condotta o almeno dell'incidenza negativa che questa può avere su interessi e beni socialmente rilevanti e giuridicamente protetti.

<sup>369</sup> La distinzione tra dolo generico e dolo specifico sta nel fatto che mentre il primo è dato dalla coscienza e volontà di realizzare gli elementi costitutivi di un determinato reato, ovvero è sufficiente che sia stato voluto il fatto descritto nella norma incriminatrice, il dolo specifico consiste in un preciso scopo "ulteriore" (che è al di là del fatto che costituisce il reato) che il soggetto agente deve prendere di mira, ma che non è necessario si realizzi effettivamente perché il reato sia integrato. Un esempio di reato a dolo specifico è il furto: l'autore, oltre a voler compiere l'impossessamento di un bene altrui mediante la sua sottrazione, deve agire mosso dal fine (ulteriore) di trarne profitto, ma perché sia integrato il reato di furto non è necessario che il profitto si sia realizzato, quello che conta è che abbia costituito oggetto della volontà del soggetto attivo in termini di finalità perseguita attraverso la condotta volta alla sottrazione di un bene.

<sup>370</sup> Proprio in relazione al profitto ingiusto, chi, come A. DE MARSICO, in *Delitti contro il patrimonio*, cit., 148 e ss., lo interpretava come un ulteriore scopo specifico dell'autore della condotta criminosa definiva la truffa un reato a dolo specifico. Invece, il profitto, ai fini dell'integrazione del reato, non deve costituire lo scopo personale del soggetto attivo, in quanto essendo uno degli eventi naturalistici della fattispecie è sufficiente che sia oggetto della rappresentazione, ossia deve essere riconducibile alla coscienza e volontà del soggetto agente e realizzarsi sul piano concreto affinché possa parlarsi di truffa.

Un'altra questione è quella afferente l'intensità del dolo generico che contraddistingue l'iter criminoso della fattispecie penale in esame.

Il dolo, infatti, può essere intenzionale, diretto oppure eventuale (o indiretto)<sup>371</sup>.

Dottrina<sup>372</sup> e giurisprudenza<sup>373</sup> concordano nel ritenere che il reato di truffa sia integrato anche laddove ricorra il mero dolo eventuale e dunque è sufficiente che il soggetto attivo si rappresenti la possibilità della verifica dell'evento dannoso come conseguenza della sua condotta fraudolenta e, nonostante ciò, persista nel suo agire accettando il rischio che esso si verifichi.

Diversamente, non assume alcun rilievo il dolo "successivo" per qualificare un comportamento che originariamente non era delittuoso, poiché l'elemento soggettivo che deve contrassegnare una condotta come penalmente rilevante ai sensi dell'art. 640 c.p. deve essere precedente o concomitante all'azione criminosa<sup>374</sup>.

Ai fini dell'integrazione del reato in esame non è sufficiente che il dolo sussista al momento consumativo della truffa, quando l'agente consegue il

---

<sup>371</sup> Il dolo "intenzionale" (o diretto) si ha quando il soggetto attivo agisce avendo di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa (ove si tratti di un reato di mera condotta) o l'evento che la norma penale incrimina e sanziona (se è un reato di evento): in entrambi i casi l'integrazione dell'illecito è l'obiettivo perseguito in vista del quale un individuo adotta un certo comportamento. Il dolo "diretto", invece, ricorre quando chi agisce lo fa rappresentandosi con "certezza" gli elementi costitutivi della fattispecie penale ed è consapevole che la sua condotta sicuramente la integrerà: in tal caso la realizzazione del reato non è la causa che spinge un soggetto a porre in essere proprio quella condotta, la quale è soltanto strumentale al conseguimento dello scopo perseguito. Infine, l'intensità del dolo "eventuale" (o indiretto) ricorre quando taluno non agisce per realizzare un reato ma prevede la "possibilità" che dalla sua condotta derivi l'evento lesivo e nonostante tale previsione agisca per realizzare un proprio fine personale accettando il rischio di integrare un illecito. Diversa dal dolo eventuale è la cd. colpa cosciente (o con previsione) dove il soggetto prevede la possibilità che dalla propria condotta derivi un reato (non ne ha la certezza) ma persiste nella sua attività confidando che l'evento non si verificherà grazie alla sua abilità: egli non accetta il rischio, probabile o possibile, che l'evento lesivo si concretizzi, bensì lo esclude.

<sup>372</sup> Così G. MARINI e U. LUCARELLI.

<sup>373</sup> La sentenza della Sesta sezione della Corte di Cassazione, 7 novembre 1991, affermava infatti che "L'elemento soggettivo del delitto di truffa è costituito dal dolo generico, diretto o indiretto, avente ad oggetto gli elementi costitutivi del reato (quali l'inganno, il profitto, il danno) anche se preveduti dall'agente come conseguenze possibili, anziché certe, della propria condotta, e tuttavia accettati nel loro verificarsi, con conseguente assunzione del relativo rischio; per cui è priva di rilevanza la specifica finalità del comportamento o il motivo che ha spinto l'agente a realizzare l'inganno".

<sup>374</sup> Cass. Pen., 19 maggio 1979.

profitto con il conseguente danno altrui, perché non ci può essere truffa se gli artifici e raggiri sono posti in essere privi di uno scopo delittuoso<sup>375</sup>.

### **3.1. Quale dolo nelle pratiche commerciali ingannevoli?**

Il dolo riveste un ruolo diverso e più labile per le condotte dei professionisti rientranti nella definizione di pratica commerciale dell'art. 20 cod. cons..

Sicuramente quando un professionista pone in essere una condotta, come ad esempio la mera proposta di un'offerta commerciale, agisce intenzionalmente perseguendo nell'esercizio della sua attività, imprenditoriale o artigianale che sia, uno scopo preciso composto dall'incremento del volume di affari, dalla realizzazione di un profitto economico, da una crescita della propria posizione nel settore del mercato di sua competenza.

Il soggetto agente pianifica e struttura in un preciso modo una determinata attività professionale al fine di ottenere il suddetto scopo primario e fin qui nulla di penalmente rilevante o eticamente riprovevole.

Ma quando il professionista adotta delle decisioni, delle strategie di marketing, dei comportamenti negoziali definibili come pratiche commerciali ingannevoli si può parlare di condotte dolosamente preordinate a ledere gli interessi dei consumatori?

Gli artt. 20, 21 e 22 cod. cons., nella definizione, rispettivamente, generale di pratica commerciale scorretta e specifica di azioni ed omissioni ingannevoli, non contengono alcun esplicito riferimento all'elemento soggettivo che deve contraddistinguere il comportamento del professionista ai fini della configurazione di una pratica illecita e sanzionabile.

Ed inoltre, come si è avuto modo di esaminare alla fine precedente capitolo, secondo i primi interventi dei giudici amministrativi sembrerebbe che ai fini dell'integrazione di una pratica commerciale ingannevole si

---

<sup>375</sup> Così A. MAGGINI, *La truffa*, Cedam, Padova, 1988, 42.

possa prescindere da un'indagine sull'articolazione dell'elemento soggettivo essendo sufficiente la mera imputabilità della condotta in termini di coscienza e volontarietà.

Eppure, nonostante alcune pratiche scorrette siano integrate anche mediante condotte meramente negligenti, va detto che in talune ipotesi, e specialmente per alcune pratiche elencate nella *black list* dell'art. 23 cod. cons., l'elemento soggettivo gioca un ruolo determinante e differente a seconda che il professionista abbia operato dolosamente o per sola negligenza.

Alcune fattispecie sono descritte in modo così puntuale, ricorrendo all'uso di espressioni come “occultare”, “generare l'impressione”, “dare l'impressione”, “dare la falsa impressione”, “fuorviare deliberatamente”, da poter essere realizzate solo laddove l'autore si sia prefissato a monte un fine preciso (quanto meno strumentale all'obiettivo primario di natura prettamente economica): indurre in errore uno o più consumatori, condizionandone e limitandone la libertà di scelta, per conseguire un vantaggio economico.

E, proprio in funzione di tale disegno, adotterà intenzionalmente determinate tecniche, strumenti, strategie di marketing e agirà secondo precise modalità e tempistiche.

Di conseguenza, il “dolo” assume un ruolo che, a mio parere, è ben più pregnante di quello fino ad oggi riconosciuto e forse in determinate ipotesi dovrebbe essere esplicitamente individuato come uno dei tasselli portanti.

Inoltre, se il bene giuridico tutelato dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette è la libertà di autodeterminazione dei consumatori, non ci si può “accontentare” ed “arrestare” alla mera imputabilità della condotta, ma sarebbe opportuno assicurare un efficace intervento sanzionatorio punitivo che sprigioni un altrettanto efficiente effetto deterrente<sup>376</sup> mediante la previsione di sanzioni amministrative calibrate, attraverso l'ingresso di significativi inasprimenti, in funzione della

---

<sup>376</sup> E cioè dissuadere i professionisti dalla commissione di ulteriori violazioni degli artt. 20-26 cod. cons..

maggiore gravità dell'infrazione dolosa (nonché attraverso una rigida limitazione delle cause di giustificazione).

Al riguardo, solo per citare alcune delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli contenute nella lista nera dell'art. 23 cod. cons.<sup>377</sup>, si pensi alla pratica prevista alla lett. a) che vede il professionista affermare, nonostante non sia vero, di essere firmatario di un codice di condotta<sup>378</sup>.

Ancora, la pratica descritta al n. 3) della lett. f) dell'art. 23, integrata dal professionista che prima invita all'acquisto ad un determinato prezzo *“e successivamente fa la dimostrazione dell'articolo con un campione<sup>379</sup> difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto”*: qui è lo stesso dato letterale della norma ad invocare quale requisito della fattispecie l'agire doloso (intenzionale) del professionista.

La lett. o), invece, concerne la promozione di *“un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore”*. La definizione di questa pratica commerciale non ne permette l'automatico riconoscimento come ingannevole, ma implica un previo necessario giudizio di scorrettezza poiché è proprio l'espressione *“fuorviare deliberatamente”* a richiamare l'elemento soggettivo del dolo che, allora, dovrà ogni volta esser provato ai fini dell'integrazione della fattispecie.

Ed è evidente, in tutte le ipotesi appena descritte, il labile confine con la condotta dolosa del reato di truffa e come, anche nelle pratiche previste alle lett. g), i), m), aa), bb) dell'art. 23 cod. cons., non sia possibile prescindere dal giudizio di contrarietà alla diligenza professionale e di idoneità all'inganno, ovvero da un'indagine puntuale dell'elemento soggettivo il

---

<sup>377</sup> La *ratio* su cui poggiano le pratiche ingannevoli descritte in tale elenco, permette di suddividerle in due sottogruppi: da un lato quello delle pratiche incentrate sull'*“inganno dell'apparenza”* (lett. a)-d); h), i), l), n), o), r), s), aa)) e dall'altro quelle basate sull'ingannevolezza della propaganda. Con riferimento a tale ripartizione si veda M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate*, cit., 196 e ss..

<sup>378</sup> Vedi *retro*.

<sup>379</sup> Si ricorda che ai sensi dell'art. 1522, comma 1, c.c., il campione è quel bene utilizzato nella cd. vendita a campione *“deve servire come esclusivo paragone per la qualità della merce”*.



quale non può rilevare in termini di mera consapevolezza dell'antigiuridicità della condotta.

La presunta ingannevolezza delle pratiche commerciali elencate dall'art. 23 non è certa e quindi non esime l'interprete dal giudizio in concreto della contrarietà della condotta alla diligenza professionale, la quale concorre nella composizione dell'elemento soggettivo che rileva in termini di dolo, e l'idoneità della condotta ad indurre in errore il consumatore<sup>380</sup>.

In conclusione, emerge la necessità di individuare ed affermare il giusto peso assunto dall'elemento psicologico nelle pratiche commerciali ingannevoli, in quanto spesso è proprio dalla sua forma e dalla sua intensità che dipende l'integrazione di determinate fattispecie.

In particolare, bisogna inquadrare la diversa portata decettiva della condotta mossa dal dolo in luogo della mera volontarietà dell'atto.

Il passaggio dalla semplice imputabilità della condotta alla sua intenzionalità costituisce uno *step* fondamentale ai fini di una corretta valutazione dei comportamenti dei professionisti che permetta di delineare in modo chiaro, univoco, avulso da sovrapposizioni o conflitti di tutele, fattispecie molto simili dal punto vista oggettivo e soggettivo, nonché ai fini di un efficiente trattamento sanzionatorio.

Detto questo, il "dolo" compare più o meno esplicitamente in materia di pratiche commerciali in un'altra veste che è quella del cd. *dolus bonus*.

Si tratta di una sottocategoria del dolo vizio che non integra il raggiro e che consiste nelle "generiche vanterie o nella iperbolica esaltazione della propria prestazione" cui ricorre durante le trattative il contraente che

---

<sup>380</sup> M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2009, 117 e ss.; V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche*, cit., 110. Entrambi gli Autori rilevano una sorta di "fallimento" dell'intento che ha determinato prima il legislatore comunitario e poi quello interno alla creazione delle cd. "liste nere" delle pratiche ingannevoli (art. 23 cod. cons.) e aggressive (art. 26). Infatti, esse contengono ipotesi che non è possibile considerare oggettivamente ed automaticamente scorrette, le quali invece necessitano di una valutazione peculiare che ne investa anche il profilo soggettivo. E' stato dunque mancato l'obiettivo di dare maggiore certezza ai diritti dei consumatori, uniformità tra le legislazioni degli Stati membri ed efficienza all'azione delle Autorità preposte alla repressione delle pratiche commerciali scorrette mediante tale elencazione di divieti *per se*.

interagisce con una controparte particolarmente sprovveduta<sup>381</sup> per convincerla a concludere un contratto<sup>382</sup>.

Nell'ambito della clausola generale che definisce la nozione di pratica commerciale "scorretta", l'ultimo periodo dell'art. 20, comma 3 cod. cons.<sup>383</sup>, esclude dal novero delle pratiche scorrette la "*pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera*"<sup>384</sup>.

In ambito consumeristico, il *dolus bonus*, sul quale mi riservo di tornare nel prosieguo della trattazione, è generalmente associato alla pubblicità cd. iperbolica che secondo la giurisprudenza è caratterizzata da affermazioni generiche "*sulla superiorità di un prodotto rispetto ad altri attraverso espressioni quali <il più>, <il vero>, l'«unico>, <il solo> ecc., che*

---

<sup>381</sup> Così V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 818.

<sup>382</sup> In tali ipotesi, il comportamento dell'autore delle dichiarazioni esagerate viene valutato alla stregua dei canoni della correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1337 c.c.. Sul *dolus bonus* C. M. BIANCA, *Il Contratto*, cit., 66 e in rapporto alla pubblicità F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2009, 969.

<sup>383</sup> Il comma 3 dell'art. 20 cod. cons., concerne la tutela dei soggetti ritenuti più vulnerabili, deboli e che quindi hanno bisogno di maggiore attenzione. Nello specifico la norma si rivolge a coloro che soffrono di infermità mentale o fisica e a quei soggetti che hanno un'età o un'ingenuità che li espone a un maggior numero di rischi.

<sup>384</sup> D. PARROTTA, *Escluse le dichiarazioni esagerate dal novero delle pratiche scorrette*, in *Guida al Diritto*, n. 39/2007, 28 e ss.. Non v'è chi non abbia rilevato, e criticato, la superfluità di tale comma. Ad esempio G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale scorretta*, in *Pratiche commerciali*, cit., 173, la riconosce come "*del tutto inopportuna all'interno di una disposizione finalizzata ad assicurare forme speciali di protezione ai consumatori più deboli, dal momento che proprio le affermazioni esagerate ed iperboliche sono quelle maggiormente idonee a distogliere i consumatori più vulnerabili dall'acquisire le informazioni e dal prendersi i tempi necessari per assumere decisioni ponderate e razionali*". Lo stesso Autore, poi, ritiene che la disposizione sia ambigua sia per l'incertezza dei presupposti che permettono di riconoscere che una dichiarazione non vada "*presa alla lettera*", sia per il dubbio circa il parametro, consumatore medio o consumatore vulnerabile, alla stregua del quale debba essere valutata la "*riconoscibilità della natura esagerata o non seria della dichiarazione*". Ancora, M. RABITTI, *sub art. 20*, in *Le modifiche*, cit., 157, e V. MELI, *Le pratiche commerciali ingannevoli*, cit., 103, osservano una perplessità sull'utilità della norma poiché, da un lato, già la normativa dettata in materia di concorrenza sleale e di pubblicità hanno da sempre tollerato l'impiego di affermazioni non veritiere o iperboliche, ovvero il cd. *dolus bonus*, e, dall'altro, considerando che ove il mendacio è grossolano la scorrettezza della pratica commerciale sarebbe già esclusa dall'esito del giudizio sull'idoneità dell'inganno. Sul punto M. LIBERTINI, *Clausola generale*, cit., 113, enuclea all'interno del dato testuale del comma 3 due distinzioni: da una parte la norma si riferirebbe alle pratiche pubblicitarie esagerate comuni, le quali sarebbero ammesse solo se legittime, e dall'altra parte vi sarebbero le pratiche inconsuete ammesse solo se "*non destinate ad essere prese alla lettera*".

tuttavia configurano un illecito, avendo un mero valore di generica vanteria ed esagerazione”<sup>385</sup>.

Quando un messaggio è costruito su un’iperbole non potrebbe generare alcuna aspettativa nei suoi destinatari a causa della (presunta) riconoscibilità del contenuto “gonfiato” e proprio per tale motivo sarebbe innocua.

#### 4. Reati in contratto e reati-contratto. Cenni.

I confini tra le pratiche commerciali ingannevoli e la truffa sono, come emerge da quanto esaminato sino ad ora, molto labili e per la realizzazione di entrambe il contratto assume un ruolo fondamentale<sup>386</sup>.

Si impone una premessa relativa al rapporto tra il contratto civilistico e il diritto penale approdato alla bipartizione tra “reati contratto” e “reati in contratto”<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> Trib. Trieste, 29 dicembre 1995.

<sup>386</sup> La vicinanza tra i due ambiti, il reato di truffa e le pratiche commerciali, poggia su un’altra antica questione: quella del rapporto tra illecito civile ed illecito penale. Infatti, spesso un medesimo fatto può essere fonte tanto di una fattispecie civile quanto di una fattispecie penale venendosi così a creare una reciproca interferenza tra gli istituti e le nozioni delle due branche del diritto. Si pensi, solo a titolo esemplificativo, al rilievo assunto dal significato di “detenzione”, “possesso” e “formazione del consenso” nei reati contro il patrimonio e in materia di spaccio e acquisto di sostanze stupefacenti. La questione del rapporto tra diritto civile e diritto penale è stata affrontata con diversi approcci riconducibili a tre principali orientamenti. In primis, si era affermata la tesi cd. “privatistica” o “pan-civilistica” che relega il diritto penale ad un ruolo puramente accessorio, strumentale rispetto al diritto civile svolgendo una funzione sanzionatoria letta come *extrema ratio* della condotta lesiva di situazioni e rapporti già disciplinati dal codice civile. Secondo tale impostazione, dunque, in ambito penale si assisterebbe all’integrale recepimento degli istituti e delle definizioni civilistiche. In opposizione a tale soluzione, la quale pecca di un’eccessiva difficoltà di raccordo tra le norme del codice civile e quelle del codice penale suscettibile di forzature e attriti, un altro orientamento, cd. “autonomista”, ha sostenuto l’indipendenza del diritto penale da sistemi normativi ad esso esterni. Esso ha negato un’interferenza tra diritto penale e diritto civile estremizzandone l’autonomia sulla base del significato di “negozio giuridico”: essendo questo per definizione un “atto lecito” se un fatto integra un negozio non potrebbe al contempo presentarsi come un reato. Infine, si è inserita una terza tesi intermedia che ha ricostruito il rapporto tra diritto penale e diritto civile in termini di coordinamento e interferenza. Alla stregua di questa soluzione il diritto criminale non sarebbe immune dagli altri rami giuridici (si veda anche la rilevanza per alcune fattispecie di reato dei provvedimenti amministrativi) e dunque l’interazione tra le diverse normative, poggiante su una sostanziale libertà di adeguamento degli istituti ai diversi beni e/o interessi tutelati, si muoverebbe nell’ottica di una visione unitaria. Ad oggi la tesi abbracciata dall’Interprete è quella intermedia.

<sup>387</sup> Tale classificazione si deve soprattutto all’opera di F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Cedam, 2009, 53 e ss..

Con riferimento a determinate fattispecie penali il contratto assume valenze differenti in virtù della rilevanza penale attribuita all'accordo contrattuale stesso piuttosto che alle modalità con cui si estrinseca la volontà negoziale o mediante le quali il contratto viene eseguito<sup>388</sup>.

Nel primo caso si parla di “reato contratto”, ovvero di reati che consistono proprio nella conclusione di un contratto<sup>389</sup>: contratto e illecito penale coincidono ed il reato è integrato quando la stipulazione del negozio assume disvalore penale, ossia quando l'oggetto del contratto è un bene-interesse considerato come illecito<sup>390</sup>.

Invece, si parla di “reati in contratto” con riferimento a tutte quelle fattispecie criminose mediante le quali “*viene incriminata non la conclusione in sé del contratto ma il comportamento (violento, fraudolento, profittatorio) tenuto durante la medesima*”<sup>391</sup>.

Rientrano in tale categoria gran parte dei delitti contro il patrimonio dove l'aggressione patrimoniale viene realizzata attraverso la cooperazione artificiosa della vittima.

---

<sup>388</sup> Anche sul ruolo del contratto nel diritto penale si ritrova la contrapposizione tra la teoria pan-privatista, secondo cui la definizione e la disciplina civilistica del contratto dovrebbero essere integralmente recepite nel diritto penale, e la tesi autonomista la quale, diversamente, ritiene che il concetto di contratto proprio del diritto penale sarebbe distinto da quello civile con conseguente inapplicabilità della disciplina dettata dal codice civile. Nel mezzo si inserisce la soluzione intermedia che incentra il rapporto tra contratto e reato sull'assimilazione in sede penale dei concetti propri del diritto civile per poi poter elaborare una disciplina del contratto che dal substrato privatistico sia aperta a soluzioni maggiormente compatibili con il diritto penale.

<sup>389</sup> I. LEONCINI, *Rapporto tra contratto, reato contratto e reato in contratto*, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, 1990, 998, definisce i reati contratto come quella categoria che «(...) comprende le fattispecie in cui la condotta tipica è descritta mediante termini corrispondenti a quelli che definiscono nel diritto civile i singoli negozi. (...) ciò che la legge intende punire è proprio ed unicamente la stipulazione di un contratto, indipendentemente dalla sua esecuzione, per cui, in queste ipotesi, reato e negozio si immedesimerebbero».

<sup>390</sup> E' quanto avviene nel caso dei reati di compravendita abusiva di preziosi, di cose antiche, di vendita di chiavi o grimaldelli a soggetti sconosciuti. Ancora, nell'ambito delle contravvenzioni ricorrono il commercio non autorizzato di cose di sospetta provenienza (art. 712 c.p.), la vendita ambulante di armi (art. 696 c.p.), il reato di vendita, distribuzione o affissione abusive di scritti o disegni (art. 663 c.p.). Tra i delitti: corruzione per un atto di ufficio (art. 318 c.p.), millantato credito (art. 346 c.p.), commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate (art. 442 c.p.), commercio o somministrazione di medicinali guasti (art. 443 c.p.) e il commercio di sostanze alimentari nocive (art. 444 c.p.), vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.), vendita di prodotti industriali con segni distintivi mendaci (art. 517 c.p.), usura (art. 644 c.p.) e ricettazione (art. 648 c.p.) solo per citarne alcuni.

<sup>391</sup> Così li definisce F. MANTOVANI, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 53 e ss..

Infatti, prendendo come esempio l’emblema dei reati in contratto, ai fini dell’integrazione della truffa è necessario che il soggetto passivo compia un atto di disposizione patrimoniale carpiteo con mezzi illeciti.

Quello che si intende punire non è la stipulazione del negozio bensì l’inganno posto in essere nella fase delle trattative o al momento della sua conclusione (e quindi la condotta diretta ad indurre l’altro contraente in errore) o l’inadempimento di obblighi contrattuali nella fase dell’esecuzione.

Nei reati in contratto il disvalore penale è incentrato sulle modalità di conclusione o esecuzione del contratto e non sull’oggetto della contrattazione, e pur essendo richiesta la presenza necessaria di più soggetti (come nei reati contratto) si tratta di reati monosoggettivi poiché è sufficiente la condotta attiva di un solo soggetto attivo, la quale però deve realizzare l’evento lesivo mediante la cooperazione artificiosa del soggetto passivo<sup>392</sup>.

Per quel che qui rileva nell’esame dell’interazione tra diritto civile e consumeristico, da un lato, e diritto penale, dall’altro, saranno oggetto di trattazione solo determinati reati in contratto quali: la truffa, la frode nell’esercizio del commercio e la circonvenzione di incapaci.

---

<sup>392</sup> A. LIBERATI, *Contratto e reato*, Giuffrè, 2004, 84, enuclea un’ulteriore distinzione all’interno della categoria dei reati in contratto suddividendoli in reati in contratto “necessari”, composti da quelle fattispecie in cui la condotta criminosa è diretta alla sola conclusione del contratto (come per il reato di concussione e quello di insolvenza fraudolenta), e reati in contratto “eventuali” dove la condotta tipizzata e sanzionata può essere finalizzata anche alla realizzazione di altre forme di danno (come nei delitti di estorsione, truffa e circonvenzione di incapaci).

#### **4.1. La truffa contrattuale: inquadramento della fattispecie.**

In via preliminare, si è in precedenza esaminata la fattispecie del delitto di truffa limitatamente agli aspetti strutturali e strettamente penalistici del reato disciplinato dall'art. 640 c.p..

Procedendo, però, verso lo studio dell'interazione che si viene a creare tra disciplina privatistica e normativa penale quando un medesimo fatto produce effetti che rilevano sul piano civilistico e su quello prettamente criminale, diviene doveroso soffermarsi sulla figura della truffa cd. "contrattuale".

Essa altro non è che quel particolare tipo di truffa che ricorre nell'esercizio dell'autonomia negoziale qualora l'agente con artifici o raggiri, posti in essere nella fase di formazione del contratto, tragga in inganno il soggetto passivo inducendolo a rilasciare un consenso alla conclusione del negozio che altrimenti non avrebbe prestato.

La stessa può verificarsi anche al momento dell'esecuzione di un contratto, quando, ad esempio, il soggetto agente mediante artifici o raggiri attui il proprio intento fraudolento dando luogo all'inadempimento contrattuale.

Alla luce di ciò, si pone il risalente problema della distinzione fra truffa contrattuale e frode civile il quale, dapprima risolto dalla dottrina liberale di fine Ottocento mediante la distinzione qualitativa tra l'inganno, sufficiente per la realizzazione della frode civile, e la messa in scena, costituente il *quid pluris* necessario per l'integrazione della truffa, è poi stato incentrato sulla diverse forme e l'intensità che contraddistinguono la condotta del soggetto agente.

Infatti, ridimensionata l'eccessiva dilatazione interpretativa dei termini "artifici e raggiri" che, estendendo l'applicazione del delitto di truffa a qualunque scorrettezza negoziale, aveva reso tale reato una sorta di "tappabuchi" in pieno contrasto con i principi di legalità, tassatività,

frammentarietà e di *extrema ratio* del diritto penale, si è riaffermata una loro funzione di demarcazione del comportamento fraudolento rilevante ai fini penali.

Dunque, la dottrina ha ricondotto la distinzione tra frode civile e truffa, in particolare con riferimento alla truffa contrattuale, nell'ambito dei confini delimitativi intercorrenti tra gli artifici e i raggiri di cui all'art. 640 c.p., da un lato, e la mera menzogna, il silenzio o ogni altro comportamento fraudolento posto in essere dalle parti nel corso delle trattative, dall'altro<sup>393</sup>.

Nonostante tale *discrimen*, si è già avuto modo di vedere<sup>394</sup> come ad oggi sia la mera menzogna che il silenzio siano riconosciuti come ipotesi di condotte fraudolente rilevanti ai sensi dell'art. 640 c.p.<sup>395</sup>.

Nella truffa contrattuale, l'inganno viene solitamente perpetrato nella fase delle trattative<sup>396</sup>, le quali sono un terreno estremamente fertile per il sorgere e lo svilupparsi, nei modi più diversi e articolati, delle condotte fraudolente.

Infatti è durante questa fase che si susseguono atti, la possibilità di inerire ad un qualunque tipo di contratto, determinarne le modalità di conclusione ed esecuzione, modificare o sostituire le clausole inizialmente

---

<sup>393</sup>In questo senso D. TERRACINA, *La truffa contrattuale*, nota a Pret. Salerno, 23 dicembre 1993, in *Giur. Merito*, 1996, II, 987 e ss., il quale sottolinea come si giunga a tale conclusione anche prendendo le mosse dal testo dell'art. 1439 c.c. «(...)dove viene menzionato, ai fini dell'annullabilità del contratto per dolo, il solo requisito dei raggiri, a dimostrazione del fatto che, comunque, quando si è in presenza di artifici e raggiri si avrà sempre e solo truffa contrattuale. Anche i raggiri richiamati dal codice civile, però, in rispetto del principio di autonomia del diritto penale, avranno una portata diversa rispetto a quanto previsto dalla lettera dell'art. 640 c.p.».

<sup>394</sup>Vedi *supra*.

<sup>395</sup>Così Corte Appello di Lecce 4 giugno 2007; Cass., sez. II, n. 210575 del 1997; Cass., sez. VI, n. 216711 del 2000.

<sup>396</sup>Gli "artifici e raggiri", così come devono articolarsi secondo quanto messo a fuoco nei paragrafi precedenti sulla truffa in generale, difficilmente possono realizzarsi nel mero scambio di proposta e accettazione. Ovviamente, però, laddove la prima sia presentata "rivestita" di speciali accorgimenti che la rendano idonea a ricadere nella condotta rilevante ex art. 640 c.p. e che al contempo inducano in errore il soggetto passivo al momento dell'accettazione dell'assetto di interessi predisposto e proposto dall'agente gli artifici e raggiri saranno perfettamente integrati pur in assenza di trattative negoziali. Come ribadito da U. LUCARELLI, *La truffa*, cit., 285, il mezzo fraudolento non ricorre nell'ipotesi della mera proposta mendace, poiché affinché ricorra il delitto di truffa è necessario quel *quid pluris* che permetta l'insediamento ed il rafforzamento dell'erroneo messaggio in capo al contraente ingannato. Ciò non esclude che altre attività, quali ad esempio i contratti preliminari, i sondaggi, la pubblicazione dei listini di servizi che un'impresa, o un professionista, sarebbero disposti a fornire a condizioni e/o modalità da definire, possano divenire un mezzo di diffusione della condotta ingannatoria qualora le stesse predispongano le basi per instaurare una discussione tra le parti e facciano intravedere alla potenziale vittima la possibilità che si addivenga alla conclusione di un contratto.

predisposte, ovvero un insieme di attività idonee ad influire sul processo formativo della volontà della controparte fino al sorgere di eventuali vizi<sup>397</sup>.

Ma la condotta fraudolenta descritta dall'art. 640 c.p. può sorgere anche nella fase esecutiva del negozio.

E' quanto accade quando, stipulato un contratto lecito, una delle parti mediante artifici o raggiri induce l'altra in errore conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno ma a condizione che il raggiri si estrinsechi in una condotta attiva dell'agente che induca in errore la vittima e la determini, mediante una falsa rappresentazione della realtà, a compiere un atto di disposizione patrimoniale che potrà consistere in una rinuncia a crediti o diritti derivanti dal contratto, oppure nell'assunzione di prestazioni d'opera o nell'accettazione di particolari obblighi (di consegna, pagamento, custodia) o di modalità esecutive<sup>398</sup>.

In tal caso, secondo la giurisprudenza la truffa contrattuale è integrata da quell'azione «*che apparentemente lecita in sé e per sé può contribuire a porre in essere il raggiri e l'artificio richiesto per il delitto di truffa, se compiuta al fine di cominciare un'azione illecita o per raggiungere un determinato fine delittuoso*»<sup>399</sup>.

Quanto al requisito del "danno", questo in relazione alla truffa contrattuale ha suscitato non poca incertezza tra la concezione economico-oggettiva e quella soggettiva (precedentemente analizzate) in virtù della cd. doppia anima dell'offesa che qui viene perpetrata: quella al patrimonio della vittima e l'offesa alla sua libertà di disporre.

Ed ecco che, nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite del 1998 avesse enunciato la primazia della concezione economica del danno inteso come *deminutio patrimonii*, ha continuato ad avere seguito,

---

<sup>397</sup> G. SAMMARCO, *La truffa contrattuale*, Giuffrè, 1988, 88, precisa come nella fase iniziale delle trattative un ruolo spesso determinante per l'attuazione della condotta truffaldina sia svolto dagli accordi preliminari affermando come «*l'inganno potrà manifestarsi relativamente ad un contratto cd. preliminare, provocando anzitutto l'obbligo di concludere il futuro contratto e determinando quantomeno la predisposizione degli elementi essenziali di esso. (...) Oppure (...) determinandosi la predisposizione di norme che influiscano sul procedimento di formazione del contratto. Oppure, ancora, operando attraverso la predisposizione di clausole relative al contenuto del futuro contratto*».

<sup>398</sup> In questo senso, Cass. Pen., sez. II, 20 gennaio 1988, e Cass. Pen., sez. II, 8 febbraio 1982.

<sup>399</sup> Cass. Pen., sez. II, 3 agosto 1984.



giurisprudenziale e non, soprattutto per la truffa contrattuale la cd. depatrimonializzazione del danno.

Alla luce di tale concezione, il danno ricorrerebbe nel fatto stesso della stipulazione del contratto indipendentemente dal riscontro di un'effettiva perdita economica, rilevando la mera manifestazione di una volontà negoziale viziata.

Dunque, la lesione del patrimonio e quella della libertà di disporre si equivalgono e divengono indistintamente il campanello d'allarme del disvalore penale della condotta fraudolenta: il danno patrimoniale sussiste anche in assenza di uno squilibrio tra le controprestazioni poiché le parti hanno concluso un contratto che in assenza degli artifici e raggiri non sarebbe stato stipulato e ciò indipendentemente da un concreto pregiudizio di natura prettamente economica<sup>400</sup>.

E, ancora, si ritiene integrata la truffa contrattuale anche qualora le parti concludano un contratto a prestazioni sinallagmatiche equilibrate, poiché in tal caso «*gli elementi del danno altrui e dell'ingiusto profitto sono da ravvisarsi nel vantaggio e rispettivamente nel pregiudizio derivante alle parti dalla conclusione del contratto di vendita che, senza gli artifici o i raggiri, non sarebbe mai stato concluso*»<sup>401</sup>.

Concludendo, come accade in materia di pratiche commerciali ingannevoli, anche per la truffa contrattuale si trascende la dimensione economico-oggettiva del danno e, rilevando il mero pregiudizio potenziale della condotta illecita, si privilegia una tutela attenta ai bisogni individuali dove il danno viene ravvisato nel nocumento arrecato dalla condotta ingannatoria alla libertà di contrarre<sup>402</sup>.

---

<sup>400</sup> Così si è espressa la Suprema Corte di Cassazione, sez. II, 23 settembre 1997, la quale ha sostenuto il ricorrere della truffa contrattuale anche ove il *deceptus* abbia pagato il giusto corrispettivo della controprestazione effettivamente fornitagli dal soggetto agente.

<sup>401</sup> Così Cass. Pen., sez. V, 9 dicembre 1977 e Cass. Pen., sez. II, 7 novembre 1980.

<sup>402</sup> Diversamente, tale prospettiva, abbracciata e diffusa soprattutto sul piano giurisprudenziale, è invece criticata da quella dottrina, facente capo a G. FIANDACA- E. MUSCO, G. MARINI e F. MANTOVANI, secondo la quale la tutela di beni cd. "spiritualizzati", dematerializzati quali la libertà di contrarre e la buona fede costituisce solo ed esclusivamente lo scopo della tutela civilistica del dolo inteso come vizio del consenso, e che quindi ritiene che l'illecito penale della truffa sarebbe contraddistinto da un *quid pluris*, ovvero da un danno patrimoniale derivante dallo squilibrio economico oggettivo proprio delle controprestazioni delle parti del negozio.

Circa l'elemento soggettivo che deve sorreggere la condotta fraudolenta integrante la truffa contrattuale, è opinione pressoché unanime quella che riconosce come necessario il dolo generico iniziale: la finalità ingannatoria che influisce e condiziona la volontà negoziale del soggetto passivo deve sussistere al momento della condotta.

E, per quanto concerne la truffa contrattuale realizzata dopo la stipula di un contratto l'inadempimento degli obblighi contrattuali integra la conclusione dell'attività criminosa laddove sia l'effetto di un preconstituito proposito fraudolento manifestatosi attraverso artifici o raggiri, ossia un'attività mossa fin dall'inizio da un intento doloso di sorprendere l'altrui buona fede ed indurre in errore la controparte per conseguire un ingiusto profitto.

#### **4.2. Il silenzio doloso e gli obblighi d'informazione.**

Nelle pagine addietro si era soltanto accennata la discussa, ma comunque diffusa, ammissione del "silenzio" tra le condotte assimilabili agli artifici o raggiri richiesti dalla norma penale per l'integrazione del reato di truffa.

La giurisprudenza afferma che il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi ha un dovere specifico di farle conoscere è riconducibile alla condotta fraudolenta incriminata dall'art. 640 c.p. .

Il disvalore penale di tale condotta omissiva si fonderebbe sull'esistenza di un obbligo giuridico di informazione in capo al soggetto agente secondo quanto statuito dall'art. 40, comma 2, c.p., il quale dispone che "*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*"<sup>403</sup>.

Vi è poi chi, prescindendo dallo strumento tecnico-normativo dell'art. 40, cpv., c.p., riconosce rilievo al silenzio sulla base della teoria del

---

<sup>403</sup> Sul punto si veda G. FIANDACA-E. MUSCO *Diritto penale*, cit., 584 e ss..

“comportamento concludente”: la reticenza andrebbe distinta dall’omissione pura e collocata tra i comportamenti concludenti.

Ciò in quanto, ogni qual volta il diritto imponga a chi riveste una certa posizione l’obbligo di informare e riferire di specifiche circostanze, il silenzio diviene una reticenza dal valore concludente poiché la mancata comunicazione da parte di colui che ha il dovere di informare viene interpretata dalla collettività come inesistenza di circostanze che dovrebbero esser rese note ove presenti<sup>404</sup>.

In tale ottica, di fronte alle contingenze del singolo caso e in considerazione della condotta posta in essere dal soggetto attivo il silenzio deve assumere un valore risolutivo idoneo a circuire la vittima<sup>405</sup>.

E, sebbene non sia mancato chi, intravedendo nell’assimilazione del silenzio agli artifici e raggiri una vera e propria *interpretatio abrogans* di tale requisito ed una violazione del principio di tassatività, negasse il riconoscimento di ogni rilevanza penale al comportamento omissivo<sup>406</sup> e ritenesse non equiparabile l’omettere all’agire per i reati di evento a forma vincolata (come quello di truffa)<sup>407</sup>, la giurisprudenza ormai costante riconduce il silenzio maliziosamente serbato su circostanze che si ha il dovere di riferire nell’alveo delle attività classificabili come artifici e raggiri ma, è bene precisarlo, solo laddove esso assuma una carica di disvalore idonea a determinare nel destinatario della condotta omissiva una falsa rappresentazione e/o valutazione del reale.

Il che sta a sottolineare che deve essere provato un nesso di causalità diretta tra la condotta dell’agente artificiosamente preordinata ad ingannare e l’errore in cui cade il soggetto passivo.

Il rilievo del silenzio si manifesta in modo ancor più evidente nella truffa contrattuale dove l’incriminabilità del comportamento omissivo posto

---

<sup>404</sup> Così C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 198 e ss..

<sup>405</sup> G. MARINI, *Profili della truffa nell’ordinamento penale italiano*, 1970, 88.

<sup>406</sup> U. LUCARELLI, *La truffa*, cit., 22 e I. LEONCINI, cit. .

<sup>407</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO e F. MANTOVANI, *Delitti contro il patrimonio*, i quali sostengono che non sarebbe possibile riscontrare un nesso di causalità tra l’assenza di una rappresentazione, quale il silenzio e l’induzione in errore della vittima.

in violazione dell'obbligo giuridico d'informazione è stato fatto risalire alla norma extrapenale dell'art. 1337 c.c. «*ben potendo la fonte del dovere di informazione risiedere anche in una norma extrapenale*»<sup>408</sup>.

Ma, rinvenire gli artifici e raggiri nel dovere dei contraenti di comportarsi secondo buona fede rischia di far coincidere ogni illecito precontrattuale civile con l'illecito penale della truffa contrattuale.

Ed allora per sostenere che anche il mero silenzio, dolosamente finalizzato all'induzione in errore per il conseguimento di un ingiusto profitto, costituisca un comportamento sanzionabile ai sensi dell'art. 640 c.p. il solo obbligo giuridico del soggetto agente di comunicare determinate circostanze non è sufficiente e deve essere integrato da altri elementi.

Sul punto ritengo interessante la riflessione dottrina<sup>409</sup> che, partendo dal presupposto che il delitto di truffa contrattuale sia integrato solo da quel silenzio costituente un comportamento "concludente", riconosce come simile carattere possa variare in funzione di fattori quali le regole sociali, le convenzioni e gli accordi intervenuti nella formazione di un contratto, le consuetudini, la qualità delle parti.

Si tratta di elementi che «*attribuiscono al silenzio un chiaro valore espressivo, come di linguaggio muto, (...) un linguaggio convenzionale (...)*»<sup>410</sup>, che devono andare a colmare e completare la mera violazione del dovere di correttezza perché solo così procedendo il silenzio assume un significato espressivo univoco.

Non solo. Il silenzio oltre ad essere concludente deve possedere un'efficacia genetica dell'errore. Perché ciò accada nel rapporto tra il contraente inadempiente all'obbligo d'informazione e la sua controparte quest'ultima non deve essere caduta in errore per fatto suo proprio, né

---

<sup>408</sup> Cass. Pen., sez. II, 13 novembre 1997, n. 870 e C. PEDRAZZI, ult. Op., cit..

<sup>409</sup> Che appartiene a G. SAMMARCO, *Truffa contrattuale*, cit..

<sup>410</sup> G. SAMMARCO, ult. Op., cit., p. 196-198. L'Autore afferma che «*(...) quando si parla di silenzio, non ci si deve limitare a constatare il nascondimento di un particolare contenuto, il tacere di una determinata informazione, sia pure in violazione di un obbligo giuridico che impone di palesare ciò che sia. Ma al contrario, sintonizzando l'atteggiamento complessivo di chi tace con l'attività interpretativa del soggetto verso cui l'atteggiamento è diretto, si deve valutare il silenzio nella sua effettiva concludenza e significatività alla stregua di qualsiasi altro comportamento attivo che, (...), costituisca un valido strumento di inganno.*».

tantomeno per un suo affidamento spontaneo circa il rispetto del generico dovere di correttezza, bensì a causa di un affidamento più forte basato su specifici doveri di informazione gravanti sul contraente-soggetto attivo.

Quindi l'inganno viene perpetrato se, accanto al reciproco affidamento delle parti alla diligenza dell'altra, sussiste un'effettiva attesa del contraente-vittima al rispetto di uno o più obblighi di informazione stabiliti dalla legge o da accordi intercorsi tra le parti stesse<sup>411</sup>.

Ricapitolando, la truffa contrattuale è integrata dalla condotta di colui che tace sull'esistenza di una o più circostanze quando il silenzio acquista valore concludente, ovvero quando ricorre una reticenza dolosa (in termini dolo omissivo) preordinata a trarre in inganno la controparte per conseguire un ingiusto profitto (mediante la violazione di specifici obblighi d'informazione gravanti sull'autore del silenzio ai sensi di norme, usi, consuetudini o convenzioni derivanti da precedenti accordi o sorte nel corso delle trattative contrattuali<sup>412</sup>) e attuata con la «*consapevolezza che la conoscenza delle circostanze maliziosamente omesse avrebbe avuto rilievo nella formazione della volontà negoziale*»<sup>413</sup>.

E, alla stregua delle esigenze e delle aspettative della vittima, nonché tenendo conto delle singole circostanze della fattispecie concreta, tale silenzio, doloso e concludente, dovrà essere idoneo ad indurre in errore il soggetto passivo e ad influenzarne la formazione della volontà negoziale persuadendolo a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso.

---

<sup>411</sup> Tali obblighi sono di per sé idonei ad indurre l'altra parte a confidare di essere informata e quindi il silenzio «*assumerà il valore di una tacita, contrapposta dichiarazione che non tanto non previene o sventa, ma essa medesima genera o conserva l'errore*» (Cass. Pen., sez. VI, 3 aprile 1998).

<sup>412</sup> Infine, per quanto concerne gli obblighi di informazione che giustificano la rilevanza penale dell'omessa comunicazione del contraente silente, in dottrina G. BELLANTUONO, *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione*, nota a Cass. Civ., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, 1905, espone una sua teoria fondata sulla distinzione di tre tipologie di informazioni alla luce della quale riconosce l'integrazione della truffa contrattuale omissiva solo laddove siano state nascoste le informazioni cd. "distruttive", cioè quelle circostanze che, se taciute, possono nuocere ad una delle parti. Ove, invece, siano taciute le informazioni cd. "produttive" (idonee a produrre un aumento di ricchezza) ovvero quelle "redistributive" (idonee a permettere il conseguimento di un vantaggio alla parte meno informata ma senza creare una nuova ricchezza), il silenzio non dovrebbe rilevare ai fini dell'integrazione del reato di truffa contrattuale, poiché si tratterebbe di una condotta priva del disvalore lesivo di interessi penalmente rilevanti.

<sup>413</sup> Trib. Milano, sez. VIII, 2 luglio 2007.

Il labile confine tra diritto civile e penale si avverte soprattutto quando il silenzio subentra nella fase successiva alla stipula del contratto integrando l'ipotesi di truffa contrattuale realizzata durante l'esecuzione del negozio.

Infatti, la giurisprudenza di legittimità riconosce che la truffa contrattuale sia configurabile quando *«una delle parti, nel contesto di un rapporto lecito, induca in errore l'altra parte con artifici e raggiri, conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno»*<sup>414</sup>.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, il momento consumativo della truffa è ricondotto all'inadempimento contrattuale del soggetto attivo dato che l'ingiusto profitto e l'altrui danno sono realizzati proprio mediante il mancato soddisfacimento dell'obbligazione del contraente truffaldino a fronte del corretto adempimento del soggetto passivo<sup>415</sup>.

A questo punto sorge spontaneo domandarsi se il proposito di non adempiere agli obblighi assunti al momento della conclusione del contratto integri gli artifici o raggiri attraverso il silenzio maliziosamente serbato descritto poc'anzi.

A bene vedere, la riserva mentale di inadempimento non può essere aprioristicamente riconosciuta come elemento costitutivo della truffa contrattuale, poiché non sussiste in capo alle parti l'obbligo giuridico di comunicare alla controparte il proposito di non adempiere, o meglio, pur riconducendo tale dovere all'art. 1337 c.c. sarebbe sicuramente dubbia la rilevanza penale del mero silenzio.

Questo, infatti, non avrebbe ad oggetto circostanze che il contraente reticente ha l'obbligo giuridico di rendere note, ma le sue intenzioni personali circa la futura esecuzione del contratto<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> Cass. Pen., sez. II, 2 marzo 1996.

<sup>415</sup> Ma è palese come in simile contesto il giudice debba valutare attentamente se il presunto soggetto attivo del delitto abbia posto in essere, anche mediante la reticenza, artifici o raggiri nella fase di esecuzione del contratto, o se abbia dato luogo a un mero inadempimento contrattuale penalmente irrilevante e ciò alla luce di tutte le pattuizioni contrattuali intervenute tra le parti al momento della stipulazione dell'accordo.

<sup>416</sup> Inoltre, in relazione a tale questione U. LUCARELLI, *La truffa*, cit., 296, osserva che in caso di riserva mentale di inadempimento sarebbe dubbia l'esistenza dell'errore: su cosa cadrebbe se il

Ne consegue che la riserva mentale di non adempiere gli obblighi contrattuali non può mai da sola integrare la truffa contrattuale, salvo nel caso in cui il soggetto attivo sia insolvente e ponga in essere artifici e raggiri mediante una condotta reticente (o attiva) diretta a simulare uno stato di solvibilità<sup>417</sup>.

#### **4.3. La promiscuità della truffa contrattuale: delitto doloso e vizi della volontà. Cenni.**

Il quadro appena delineato evidenzia la centralità assoluta della conclusione del contratto ai fini della configurabilità della truffa nella forma contrattuale e la conseguente costante interazione che viene a crearsi tra diritto penale e diritto civile.

La latente, ma costante, interferenza tra l'illecito penale e il contratto (sia nel suo momento genetico sia nella fase esecutiva)<sup>418</sup> presenta due questioni di primaria importanza: le conseguenze civilistiche derivanti dall'accertamento della commissione della truffa contrattuale e la configurabilità di tale delitto mediante la conclusione di un contratto invalido.

Per quanto riguarda la prima problematica, inizialmente è stata sostenuta l'idea della nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., e dunque che il contratto posto in essere in violazione di una norma imperativa quale quella penale non potesse che essere nullo<sup>419</sup>.

---

comportamento di colui che è in mala fede è una condotta formalmente corretta che ha correttamente rappresentato elementi corrispondenti al dato reale?

<sup>417</sup> Ricorrerà il reato di insolvenza fraudolenta se invece adoterà una condotta volta a dissimulare il suo stato di insolvenza. Sul punto si veda A. FANELLI, *La truffa*, cit., 770 e ss..

<sup>418</sup> Il tema del contratto in violazione di norme penali si è da sempre incentrato sullo schema tradizionale che discerne le ipotesi in cui la norma penale vieta il comportamento tenuto da una delle parti nella conclusione, o nell'esecuzione, del contratto (reati in contratto) da quelle in cui la norma penale vieta il comportamento di tutte le parti ossia direttamente il contratto (reati contratto).

<sup>419</sup> La nullità del contratto concluso in violazione di una norma penale ruota intorno all'art. 1418 c.c. e ai diversi significati attribuiti ai suoi tre comma. Per una disamina del dibattito e delle evoluzioni che hanno caratterizzato la lettura e il ruolo dell'art. 1418 c.c., i diversi schemi della nullità e il problema della nullità virtuale rapportati al discusso rapporto tra norma penale e contratto si veda M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Giuffrè, 2000.

A monte della questione risiede l'individuazione della relazione che si instaura tra la norma penale, solitamente posta a presidio di un interesse generale a rilevanza pubblicistica la cui violazione innesta un giudizio di responsabilità, e la norma civile preposta alla tutela di interessi individuali, sia generali a rilevanza privatistica sia collettivi, la cui inosservanza dà luogo a un giudizio di validità del negozio<sup>420</sup>.

Ma, soprattutto alla luce del raffronto tra la fattispecie penale della truffa contrattuale e le pratiche commerciali ingannevoli, da un lato, e della soluzione oggi condivisa da dottrina e giurisprudenza che, superando la tesi della nullità *ex art.* 1418 c.c., propende per l'annullabilità ai sensi dell'art. 1439 c.c.<sup>421</sup> del contratto stipulato fraudolentemente, mi preme incentrare l'oggetto della trattazione sull'elemento soggettivo che rileva nella disciplina penalistica e in materia contrattuale.

Tanto il delitto di truffa quanto la disciplina dei contratti ruotano attorno alla triade dolo- errore-consenso.

Nel primo il dolo costituisce l'elemento soggettivo che sorregge la fattispecie penale e che "muove" la condotta del soggetto agente idonea ad indurre la vittima in errore affinché manifesti il consenso alla conclusione del contratto (ed al compimento dell'atto di disposizione patrimoniale).

---

<sup>420</sup> Sul punto, la dottrina è ormai concorde nel definire le norme penali come norme di "comportamento" che pongono al centro del divieto la condotta del soggetto agente lesiva dell'interesse protetto dalla norma e tipizzata nelle sue componenti soggettive ed oggettive. Dunque le norme penali sono regole di "responsabilità". Mentre, le norme civili, incentrate sull'atto negoziale del quale garantiscono la validità attraverso la valutazione degli elementi costitutivi e dei relativi vizi, nonché degli effetti che esso è idoneo a produrre sul piano giuridico e su quello concreto, sono riconosciute come regole di "validità". Naturalmente, questo non vuol dire che nell'ambito delle norme civili il mero comportamento umano non rilevi in via assoluta, ma al contrario la condotta che lede un interesse tutelato da una norma penale potrà rilevare sul piano civilistico in termini di responsabilità per danno derivante da reato qualora integri un illecito produttivo di un danno ingiusto. La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (e responsabilità) affonda le sue radici nella teoria di nullità del contratto.

<sup>421</sup> Per quanto concerne l'art. 1418, comma 1, c.c., questo consente di rilevare la nullità (cd. virtuale) di un contratto "contrario a norme imperative" e non delle condotte che hanno portato alla sua stipulazione. Quest'ultima ipotesi, invece, ricorre proprio nei reati in contratto come la truffa dove il reato non incide sulla fattispecie negoziale, ma qualifica come illecita la condotta tenuta da uno dei contraenti a danno dell'altro.



Diversamente, nella disciplina generale dei contratti l'errore e il dolo rappresentano due distinte fattispecie dei vizi del consenso<sup>422</sup> che rilevano in termini di annullabilità del negozio.

Mettendo da parte la figura dell'errore<sup>423</sup>, che sia nella truffa che in materia contrattuale costituisce una conseguenza degli artifici e raggiri, nelle due normative dolo e consenso coinvolgono direttamente, in modo diverso, l'elemento soggettivo<sup>424</sup>.

Sul piano prettamente civilistico, si parla di dolo "determinante" con riferimento ai raggiri impiegati da un soggetto, il *deceptor*, in assenza dei quali la sua controparte, il *deceptus*, non avrebbe contratto e l'art. 1439, comma 1, c.c. lo annovera tra le cause di annullabilità del contratto<sup>425</sup>.

Il dolo determinante costituisce prima di tutto un preciso tipo di condotta fraudolenta, composta da artifici e raggiri, che, solo ove sussista

---

<sup>422</sup> I vizi del consenso, trattati dal codice civile agli artt. 1427 e ss., sono costituiti da una serie di ipotesi in cui non ricorre una divergenza tra volontà e dichiarazione, bensì sussiste una volontà che non si è formata correttamente a causa di fatti o azioni che hanno influito e alterato la determinazione finale del contraente alterando quella che sarebbe stata la sua volontà originaria.

<sup>423</sup> L'errore quale vizio del consenso può assumere due forme: quella dell'errore vizio (o errore motivo), che altro non è che una falsa rappresentazione della realtà che ha sviato il soggetto inducendolo a contrarre secondo una volontà differente alle sue effettive intenzioni, e quella dell'errore ostativo, che cade sulla dichiarazione o si manifesta nella sua inesatta trasmissione ad opera della persona o dell'ufficio incaricato (art. 1433 c.c.). Il legislatore ha accordato tutela all'errante, mediante la previsione dell'annullabilità del contratto, solo laddove l'errore sia essenziale, cioè aver influito in modo determinante sull'iter formativo della volontà del soggetto (alla stregua dei parametri di cui all'art. 1429 c.c.) e riconoscibile (in funzione del contenuto e alle circostanze del contratto, delle qualità dei contraenti) dall'altro contraente (art. 1428 c.c.).

<sup>424</sup> Ma, come rilevato da M. RABITTI, ult. *Op.*, cit., 18 e ss., i due sistemi normativi attribuiscono all'elemento soggettivo una rilevanza diversa. Infatti, mentre la norma penale, sia che si accolga la concezione tripartita (che riconosce gli elementi essenziali del reato nel fatto tipico, ovvero il fatto materiale, articolato sui requisiti oggetti, l'antigiuridicità obiettiva e la colpevolezza) quanto quella bipartita del reato (ai sensi della quale il reato è composto da due elementi, uno oggettivo e l'altro soggettivo), richiede che la volontà del soggetto agente si estrinsechi necessariamente nelle forme del dolo o della colpa essendo l'elemento soggettivo un fattore portante della struttura di ogni fattispecie, la norma civile non incentra il giudizio di validità del contratto sull'elemento soggettivo. Questo, quale che sia la sua forma (dolo o colpa), non rileva ma cede il posto alla valutazione dell'atto in sé, ovvero del concreto assetto degli interessi cristallizzato dalle parti nel contratto stipulato.

<sup>425</sup> Il comma 2 dell'art. 1439 c.c., contempla l'ipotesi in cui i raggiri siano stati usati da un terzo: in tal caso l'annullabilità del contratto subentra soltanto se i raggiri erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio, altrimenti è valido. Diversamente, l'art. 640 c.p. non fa distinzioni ai fini dell'integrazione del delitto di truffa: l'inganno è ugualmente rilevante sia che induca ad un atto di disposizione che altrimenti non sarebbe stato compiuto, sia che determini il soggetto passivo ad un atto di disposizione diverso rispetto a quello che avrebbe posto in essere in sua assenza. Infine, il dolo è "incidente", ai sensi dell'art. 1440 c.c., quando i raggiri non sono stati determinanti per il consenso ma vi hanno inciso inducendo la parte a concludere il negozio a condizioni diverse e meno vantaggiose.

uno stretto nesso di causalità<sup>426</sup> che la leghi alla stipulazione del contratto, va a riflettersi negativamente sulla sua validità, non assumendo, invece, alcun rilievo l'analisi dell'ulteriore scopo prefissato dal *deceptor* e l'eventuale mancanza del danno.

Completa il dolo vizio una seconda componente di natura soggettiva, il cd. *animus decipiendi*, consistente nella consapevolezza e volontarietà di porre in essere una condotta diretta a coartare il consenso del *deceptus*<sup>427</sup>.

Così descritto il dolo civilistico si presenta come l'ombra speculare del dolo penalistico, il quale, invece, concerne la componente psicologica della condotta del soggetto attivo del reato e, con riferimento alla truffa, degli artifici e raggiri (che "spogliati" del dolo generico non assumerebbero alcun disvalore penale).

Alla luce di ciò, se la "medaglia del dolo" è composta da una "faccia" civilistica che gli attribuisce rilievo come fattore oggettivo (cioè come comportamento realizzato mediante artifici e raggiri) inficiante la volontà dell'altro contraente e di riflesso la validità dell'atto negoziale finale, e da una "faccia" penalistica che lo definisce come coscienza e volontà del comportamento umano realizzato da chi agendo vizia il consenso della controparte, come coniugare le diverse normative dei due volti<sup>428</sup>? Ricorre un'effettiva differenza dal punto di vista della loro realizzazione sul piano pratico?

---

<sup>426</sup> Precisamente, il nesso di causalità è diretto tra il dolo e l'errore generato nell'intelletto del *deceptus*, il quale poi in conseguenza della falsa percezione della realtà manifesta il suo consenso alla conclusione del contratto. Quindi il dolo cade direttamente sull'intelletto generando immediatamente l'errore e colpisce indirettamente la manifestazione della volontà della controparte.

<sup>427</sup> E' dunque necessario che il *deceptor* sia a conoscenza delle false prospettazioni sorte in capo alla vittima, ma non è richiesta la volontà di cagionare un danno alla stessa.

<sup>428</sup> Propendono per una convergenza tra norme penali e norme extrapenali (civili nel caso di specie) F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966, 37 e ss. e I. LEONCINI, ult. *Op.*, cit., 1001 e ss., la quale afferma che per valutare «la medesimezza del fatto compreso nelle varie disposizioni legislative, si deve stabilire quale sia il rapporto strutturale intercorrente tra le relative fattispecie. Una convergenza potrà aversi allorché tale relazione sia riconducibile ad ipotesi di: a) identità, ossia ove le due norme sul reato e sul negozio coincidano in tutti i loro elementi costitutivi; b) specialità, ove una delle due norme sul reato o sul negozio (speciale) presenti tutti gli elementi dell'altra (generale) con un elemento in più; c) specialità reciproca», ricorrente qualora ciascuna norma «sia al contempo generale e speciale, presentando entrambe, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra».

Stando a quanto statuito dalla Suprema Corte di Cassazione sul finire degli anni '60, la risposta è negativa.

Infatti, la Corte ha affermato che la truffa di un contraente in danno dell'altro, seppure penalmente accertata, determina l'annullabilità, e non la nullità, del contratto, in virtù di una "sostanziale identità" tra il dolo di cui all'art. 1439 c.c. e il dolo inteso come intensità dell'elemento psicologico che sorregge la condotta del reo, poiché entrambi «*si esplicano in artifici o raggiri adoperati dall'agente e diretti ad indurre in errore l'altra parte, e quindi a viziare il consenso*»<sup>429</sup>.

Il ragionamento della Suprema Corte poggia sulla considerazione che nella truffa negoziale la condotta penalmente rilevante di un soggetto a danno dell'altro determini il venir meno della libertà negoziale senza che simile lacuna incida sulla struttura o sulla funzione del contratto.

Ed allora se la mancanza della libertà negoziale è generata da un vizio del consenso il contratto sarà annullabile ai sensi del codice civile soltanto laddove il dolo-vizio sia stato "determinante" il consenso della vittima<sup>430</sup>, mentre in caso contrario rileverà esclusivamente ai fini della responsabilità risarcitoria del reo per i danni cagionati alla controparte agendo in mala fede.

---

<sup>429</sup> Cass. Pen., sez., 10 dicembre 1986, n. 7322, in cui si riconosce all'inganno del dolo civilistico e a quello del dolo penalistico la medesima intensità. La sentenza inaugura un filone giurisprudenziale che pone al centro della soluzione la questione dell'incidenza della truffa sul contratto la distinzione tra "atto" e "comportamento" in funzione della quale fin quando la condotta illecita del truffatore non penetra nel contenuto del contratto incidendo sull'atto questo non è nullo. Quindi, nel caso della truffa, gli artifici e i raggiri che spingono il soggetto passivo a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso, potrebbero integrare un comportamento illecito caratterizzante la fase della formazione del consenso senza ripercussioni sul contenuto del contratto restando così estranei al giudizio di illiceità. Ove, invece, quegli stessi comportamenti rilevino in termini di responsabilità precontrattuale o contrattuale (a seconda del momento genetico o successivo alla conclusione del negozio in cui sono posti in essere) rilevando come ipotesi di dolo determinante il giudizio di annullabilità del contratto rimesso alla discrezionalità del soggetto legittimato a farla valere ovvero il *deceptus* potrebbe non aver luogo determinando così la coesistenza tra delitto e contratto produttivo di effetti. Perciò il contratto concluso a seguito della commissione del reato di truffa produrrà i suoi effetti fino alla pronuncia civile di annullamento, la quale incontrerà i limiti fissati dal codice civile come quello stabilito dall'art. 1455 c.c. il quale dispone che «*l'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquisiti a titolo oneroso dai terzi in buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento*».

<sup>430</sup> Sul punto M. RABITTI, *Contratto illecito*, cit., 222, osservato come l'art. 640 c.p., diversamente dall'art. 1439, comma 1, non preveda tra i requisiti della fattispecie penale il carattere determinante degli artifici e raggiri, rilevando al riguardo il conseguimento del profitto ingiusto, ritiene che la norma penale dettata in materia di truffa abbracci una più ampia «*gamma*» di ipotesi rispetto a quelle enucleate dall'art. 1439 c.c..

Tale orientamento pare trovare un'ulteriore conferma nella tesi<sup>431</sup> che riconosce tra il delitto di truffa e la figura civilistica del dolo una relazione di specialità reciproca in base alla quale l'annullabilità del contratto sarebbe una conseguenza meramente "possibile".

Infatti, da un lato, la condotta fraudolenta integrante il delitto assorbirebbe tanto il dolo determinate quanto il dolo incidente e così in quest'ultimo caso ricorrerebbe un contratto efficace nonostante l'irrogazione della sanzione penale.

Dall'altro, dato che la norma penale, diversamente dall'art. 1439, comma 2, c.c., non richiede ai fini dell'integrazione del reato che gli artifici e i raggiri messi in atto da un terzo siano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio, ecco che potrebbero coesistere gli effetti del contratto e la responsabilità penale del terzo.

Riconoscere all'interno degli artifici e raggiri richiesti dall'art. 640 c.p. il dolo incidente<sup>432</sup> che affligge il contratto stipulato prima o in seguito alla condotta fraudolenta, implica che il soggetto attivo del reato abbia con ogni probabilità violato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Infatti, l'art. 1337 c.c. «*assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 c.c.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto*»<sup>433</sup>.

Ed allora, il dolo incidente<sup>434</sup> altro non è che un'applicazione diretta del principio generale dell'art. 1337 c.c. relativo al dovere di svolgere l'attività prodromica alla conclusione del contratto secondo buona fede<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> Esposta da I. LEONCINI, ult. *Op.*, cit., 1057 e ss..

<sup>432</sup> Il quale ha determinato la conclusione di un contratto a condizioni meno convenienti per la vittima del delitto di truffa.

<sup>433</sup> Cass. Civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024.

<sup>434</sup> Il dolo-vizio nella forma del dolo *incidens* integra un raggiri che quanto a intensità e struttura non differisce dal dolo determinante, ma a mutare è la direzione dell'attività ingannatoria che in questo caso incide sul *quomodo*, le condizioni e quindi sulla convenienza dell'assetto degli interessi confluito nel contenuto del contratto. In relazione alla figura del dolo incidente introdotta dal legislatore del '42 con la formulazione dell'art. 1440 c.c. (assente nel codice del 1865), era sorta la

Il secondo profilo dell'interazione tra diritto penale e diritto civile ha ad oggetto la possibile configurabilità della truffa contrattuale qualora sia accertata l'invalidità del contratto.

Una prima soluzione di carattere "privatistico", muovendo dal presupposto che la sanzione penale contribuisca al rafforzamento dei valori definiti dai diversi rami dell'ordinamento, afferma che le cause di invalidità del negozio ricadrebbero direttamente sul reato poiché la truffa, in quanto reato in contratto, presupporrebbe necessariamente un negozio efficace che, anche solo temporaneamente, produca gli effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica della vittima<sup>436</sup>.

Ma prendendo le distanze tanto da tale soluzione quanto da quella cd. "autonomista", la quale sostiene la completa irrilevanza delle cause di nullità, annullabilità o di inesistenza del contratto ai fini dell'integrazione

---

questione circa la presunta eccezionalità della sua previsione normativa. M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Giappichelli, 1990, 129 e ss., svolge una puntuale analisi che, ammesso il carattere eccezionale dell'art. 1440 c.c. rispetto all'art. 1439 c.c. limitatamente all'esclusione del rimedio dell'annullamento, nega che l'art. 1440 sia norma eccezionale con riferimento alla previsione dell'obbligo risarcitorio in presenza di un contratto validamente concluso.

<sup>435</sup> Così M. MANTOVANI, ult. Op., cit.. Inoltre, da tale coesistenza tra un contratto validamente concluso e la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. in cui incorre il contraente autore dei raggiri rilevanti ex art. 1440 c.c., deriva che anche nell'ipotesi del dolo incidente affinché ricorra il diritto al risarcimento del danno debbano sussistere i requisiti dell'illecito previsto dall'art. 2043 c.c.: condotta illecita, nesso di causalità, danno ingiusto e l'elemento soggettivo. Ma affiancare al dolo incidente la responsabilità per fatto illecito prevista dall'art. 2043 c.c. ha generato una serie di perplessità circa la possibile integrazione del dolo incidente mediante ogni raggiro doloso o colposo che sia. La soluzione sul punto tende ad essere negativa: mentre l'elemento soggettivo ai sensi dell'art. 2043 c.c. può essere indifferentemente il dolo o la colpa, l'art. 1440 c.c. deve necessariamente essere il dolo anche se in una veste "attenuata", meno intensa, rispetto al dolo determinante quale la forma della "mala fede". Dunque, il dolo incidente è integrato da un agire intenzionale, anche di carattere omissivo, ma non si tratta di un raggiro dovuto a mera negligenza il quale non incide sulla validità del contratto poiché rilevarebbe ai soli fini della responsabilità extracontrattuale per violazione dell'art. 1337 c.c.. Per quanto riguarda il danno risarcibile ai sensi dell'art. 1440 c.c., la Corte di Cassazione (nella citata sentenza n. 19024/2005) ha ritenuto risarcibile il danno in misura corrispondente all'interesse positivo ovvero «*il danno deve essere commisurato al "minor vantaggio", ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto*». Ancora, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, vol. V, Giuffrè, 2006, 1135 e ss., sottolinea che a dover essere risarcito ai sensi dell'art. 1440 c.c. è «*l'ipotetico interesse "positivo" che sarebbe sorto in capo al soggetto se il regolamento contrattuale fosse stato definito in assenza di dolo*», dato che il vero e proprio interesse positivo all'adempimento «*(...) non può sorgere che sulla base del contenuto del contratto effettivamente concluso*».

<sup>436</sup> In questo senso U. LUCARELLI, *La truffa*, cit., 313 e A. FANELLI, *La truffa*, cit., 66.

del reato<sup>437</sup>, pare condivisibile l'impostazione "relativistica" che suggerisce di distinguere tra le diverse cause di invalidità del contratto in funzione della loro incidenza sulla struttura del reato.

E si dovrà allora verificare come le cause "intrinseche", le quali possono determinare l'invalidità del negozio collegato al reato (si pensi all'annullabilità per dolo), e le cause "estrinseche" di invalidità (come la nullità del contratto o di singole clausole) si rapportino con gli elementi strutturali della truffa (l'inganno, l'atto di disposizione patrimoniale e il danno).

Da questo esame sarà possibile determinare quale relazione, di convergenza (con conseguente compatibilità tra il reato di truffa e l'invalidità negoziale e loro coesistenza) o divergenza (incompatibilità) intercorra tra le norme dei due rami dell'ordinamento<sup>438</sup>.

#### **4.4. Truffa, pubblicità e pratiche commerciali menzognere:**

##### ***il dolus bonus.***

I messaggi pubblicitari sono indubbiamente uno dei settori prediletti per la realizzazione delle truffe contrattuali.

In particolare, si parla di truffa *in incertam personam* così definendo quegli artifici o raggiri, consistenti in offerte o inviti all'acquisto che precedono le vere e proprie trattative, indirizzati ad una generalità indeterminata, né determinabile, di destinatari (come avviene con i

---

<sup>437</sup> A questa tesi I. LEONCINI, obietta il suo non tener conto «dell'eventuale coincidenza tra taluni dei requisiti della fattispecie incriminatrice di quella negoziale (...) e finisce, così, per reputare punibili fatti del tutto inidonei ad offendere il bene tutelato». E così, secondo la tesi autonomista, dovrebbe rispondere del reato di truffa colui che, mediante artifici o raggiri, abbia indotto la controparte a concludere un contratto potenzialmente dannoso per quest'ultima, nonostante però lo stesso sia sottoposto a una condizione sospensiva impossibile e quindi si tratti di un contratto fin dall'inizio inefficace.

<sup>438</sup> Per una completa disamina sul punto si veda U. LUCARELLI, ult. *Op.*, cit., 317 e ss..

messaggi pubblicitari) idonei ad indurre in errore una o più persone determinate<sup>439</sup>.

Come accennato in precedenza, non integra il raggiro proprio del dolo vizio il cd. *dolus bonus* il quale definisce quell'insieme di comportamenti solitamente tenuti dalle parti nella fase delle trattative al fine di persuadere la controparte alla conclusione del contratto.

Il dolo, terreno insidioso segnato dal perenne rischio di sovrapposizione tra il vizio della volontà e l'illecito, è oggi più che mai attraversato da un confine di difficile definizione tra l'area del dolo malo (causa di annullamento del contratto) e il *dolus bonus*.

L'odierna realtà economica è fondata su un mercato libero dove l'abbattimento delle barriere e il ricorso a tecniche di contrattazione sempre più complesse, capaci di ridurre le distanze spazio temporali, ha accelerato i ritmi dell'incontro domanda-offerta in favore di un aumento esponenziale delle condotte menzognere e fuorvianti<sup>440</sup>.

In questo scenario, le generiche vanterie, le iperboliche esaltazioni delle prestazioni offerte da un professionista (potenziale contraente), ovvero il dolo "tollerato", sono generalmente ritenute prive di rilevanza giuridica, come da ultimo previsto dall'art. 20, comma 3, cod. cons., ai sensi del quale non rilevano ai fini del giudizio di scorrettezza della pratica commerciale

---

<sup>439</sup> Al riguardo, Pret. Salerno 28 dicembre 1993 affermava che «*Integra la fattispecie di reato di concorso in truffa contrattuale perpetrata mediante pubblicità ingannevole il comportamento dell'agente - propagandista e del legale rappresentante di una società immobiliare i quali, mediante artifici e raggiri consistiti nel produrre ed esibire opuscoli e "depliant" pubblicitari atti a lasciar intendere l'esistenza di un villaggio turistico, inducono il "deceptus" in errore, convincendolo ad acquistare un'abitazione per le vacanze, procurandosi, così, un ingiusto profitto con l'altrui danno patrimoniale*». Sul fronte della normativa prevista in materia di pubblicità ingannevole dal d.lgs. n. 74/1992 (oggi confluita mediante il d.lgs. 146/2006 nel codice del consumo) l'art. 2 del decreto definiva pubblicità ingannevole «*qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi... in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico*».

<sup>440</sup> Riflesso di questa realtà economica sempre più complessa in continuo divenire è stata la normativa dettata negli anni '90 in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali e per quelli conclusi mediante tecniche di comunicazione a distanza, nonché in materia di pubblicità ingannevole e ne è stata un'ulteriore conseguenza la disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Nel libero e caotico mercato la pubblicità, le strategie di marketing brillanti sono un tassello irrinunciabile per il buon andamento degli affari.

del professionista quelle pratiche pubblicitarie consistenti in “*dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera*”<sup>441</sup>.

La non decettività del *dolus bonus* risiederebbe nella sua inidoneità ad indurre in errore la persona del consumatore mediamente informato e ragionevolmente attento ed avveduto<sup>442</sup>.

Ma va da se che gli artifici e i raggiri integranti il delitto di truffa ben potrebbero esser stati articolati ricorrendo anche ad immagini o affermazioni esagerate, inverosimili in grado di stupire ed esercitare una *vis persuadendi* sul destinatario accorto.

Diviene così ancor più intricato il rapporto tra fattispecie penale, pratica commerciale ingannevole e contratto: mentre il dolo cd. innocuo potrebbe completare, senza essere da solo sufficiente ad integrarlo, il dolo generico richiesto dall'art. 640 c.p. (innestandosi così la responsabilità penale del soggetto agente), lo stesso, secondo l'orientamento generalmente diffuso, non sarebbe di per sé rilevante sul piano civilistico e non vi sarebbe alcuna tutela per il contraente che ne è stato vittima.

Eppure, la pubblicità (indubbiamente una delle principali forme con cui ognuno di noi è quotidianamente il destinatario di pratiche commerciali nonché di condotte fraudolente) caratterizzata da simulazioni del vero lampanti, esagerate, continua a mietere un numero consistente di vittime e dunque non può condividersi l'automatico disinteresse giuridico verso l'insidiosità e gli effetti del dolo buono<sup>443</sup>.

---

<sup>441</sup> Ma anche il Codice di autodisciplina pubblicitaria all'art. 2 esclude la violazione del divieto della pubblicità decettiva dello spot mediante il quale il produttore enfatizza le qualità di un determinato prodotto ricorrendo a figure retoriche di natura palesemente iperbolica e la figura del dolo innocuo era già riconosciuta anche in materia di concorrenza sleale.

<sup>442</sup> In senso contrario, si pone V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 783, il quale ritiene che considerare irrilevante il *dolus bonus* contrasti con la *ratio* della regola che non contempla fra i requisiti di rilevanza dell'errore la scusabilità. L'Autore intravede nel sistema un'incongruenza tra la tutela accordata a chi cade in errore a causa della sua sprovvedutezza e la tutela negata a chi per la medesima ragione è vittima dell'inganno altrui, seppure grossolano.

<sup>443</sup> Favorevole a negare l'automatica irrilevanza giuridica del *dolus bonus*, con riferimento all'art. 20, comma 3, cod. cons., R. CALVO, *Le pratiche commerciali*, cit., 205 e ss., il quale proprio dinnanzi al “malcostume imperante nella prassi” dei contraenti disonesti reclama la giusta attenzione verso il dolo cd. tollerato. Questo non può essere ritenuto innocuo sulla base del



Sulla base di questa presa di coscienza, l'irrelevanza del *dolus bonus* in materia di pratiche commerciali ingannevoli, prevista dal comma 3 dell'art. 20, cod. cons., dovrebbe essere accertata per ogni singolo caso concreto durante la valutazione dell'idoneità dell'inganno, in quanto proprio le affermazioni esagerate, le iperboli sono particolarmente idonee ad indurre i consumatori più vulnerabili e sensibili a un minore stato di allerta rendendoli meno attenti e scrupolosi nell'adempimento degli oneri informativi e nella ponderazione di scelte razionali<sup>444</sup>.

Ed infatti, stando alle decisioni con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha riconosciuto l'ingannevolezza e sanzionato determinate pratiche commerciali, lo spazio riservato al dolo tollerato pare essere sempre minore e sembra lasciare il posto ad una maggiore discrezionalità dell'interprete affinché sia valutata l'idoneità della pratica ad indurre in errore il consumatore medio (o il membro medio del gruppo di consumatori cui la pratica è diretta) alla luce delle peculiarità del singolo caso concreto.

Si pensi ai provvedimenti adottati in materia di prodotti destinati alle persone affette da determinate patologie. Qui, nonostante le dichiarazioni del professionista potessero essere inquadrare fra quelle palesemente esagerate, o riconosciute come non veritiere o grossolane da parte del consumatore ragionevolmente attento e informato, l'AGCM ha optato per un esame delle circostanze specifiche di ogni condotta professionale senza applicare automaticamente l'art. 20, comma 3, cod. cons..

---

parametro dell'uomo di ordinaria accortezza poiché i *claims*, le immagini e le dichiarazioni grossolane non necessariamente incidono sulla volontà delle sole persone insensate, ma possono "adescare" anche l'uomo avveduto che per le particolari circostanze del caso concreto si trovava in una situazione di debolezza psicologica che non gli ha permesso di individuare l'evidenza dell'inganno lampante.

<sup>444</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale*, cit., 173, il quale critica la previsione dell'art. 20, comma 3, cod. cons., anche dal punto di vista dell'ambiguità della sua formulazione in relazione all'incertezza dei presupposti che permetterebbero di riconoscere quando si è in presenza di una dichiarazione che non deve essere presa alla lettera, o in presenza dei quali possa riconoscersi il carattere evidentemente esagerato o non serio. M. RABITTI, *sub art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 157, ritiene che il suddetto comma 3 sia superfluo, sia in virtù della tolleranza verso il *dolus bonus* già diffusa in materia di concorrenza sleale e nella disciplina della pubblicità ingannevole, sia considerando che la non punibilità del mendacio grossolano era già ricompresa nel giudizio di idoneità all'inganno (su quest'ultimo punto nello senso V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, cit., 103.

E così l’Autorità, adottando una strategia cosciente della maggiore insidiosità delle condotte iperboliche per i soggetti più vulnerabili che non integrano le qualità del modello del consumatore medio, afferma che *«le comunicazioni promozionali relative al prodotto (...) si rivolgono ad una particolare categoria di consumatori costituiti da persone affette dal problema della calvizie, ovvero da persone che versano in una condizione di mancanza, totale o parziale, dei capelli oppure che registrano, in una determinata fase della loro vita, fenomeni più o meno frequenti di caduta dei capelli»* e che pertanto (nonostante la previsione del dolo tollerato di cui all’art. 20, comma 3, cod. cons.) *«tali circostanze appaiono in grado di rendere i destinatari dei messaggi promozionali, particolarmente sensibili a simili sollecitazioni, rendendo pertanto necessaria una valutazione rigorosa circa la veridicità, trasparenza e correttezza dei messaggi pubblicitari veicolati dagli operatori del settore»*<sup>445</sup>.

Lo stesso ragionamento è adottato per alcune condotte professionali che nella realtà di oggi, caratterizzata da un’informazione diffusa e capillare, sembrerebbero ormai inidonee a richiamare l’attenzione del consumatore medio vigile e scrupoloso.

Si tratta dei casi aventi come protagonisti sedicenti maghi capaci di curare gravi patologie mediche che secondo la Corte di Cassazione integrano il reato di truffa<sup>446</sup> e in relazione ai quali l’Autorità Antitrust ha riconosciuto l’ingannevolezza della pratica, tenuto conto di tutti fattori del caso concreto e della particolare categoria di consumatori (composta da

---

<sup>445</sup> Così in PS469, provv. n. 20553 del 10 dicembre 2009, in Boll. 51/2009 (*Ricapil-Unico rimedio per calvizie*). E’ il caso di evidenziare come proprio fattispecie di pubblicità aventi ad oggetto prodotti e lozioni per capelli dove venivano vantati gli effetti di infoltimento e allungamento accompagnate da lettere di clienti entusiasti, secondo la precedente disciplina della pubblicità ingannevole dettata dal d.lgs. n. 74/1992, erano ritenute dalla giurisprudenza delle vanterie esagerate, delle grossolane magnificazioni che seppur non veritiere erano innocue per i consumatori e non venivano sanzionate come ipotesi di pubblicità ingannevole (si veda Trib. Milano 21 febbraio 1993). Oggi, invece, differentemente da allora le stesse pratiche pubblicitarie sono riconosciute ingannevoli e repressi, poiché la condotta del professionista idonea ad indurre in errore mediante strategie fraudolente, e dunque sovrapponibili agli artifici o raggiri della truffa, e il relativo *dolus bonus* sono valutate caso per caso in concreto e in un’ottica di maggior tutela del consumatore.

<sup>446</sup> Si veda Cass. Pen., sez. II, n. 1910/2004 dove è stato condannato per truffa aggravata il soggetto che, sfruttando la notorietà di mago e guaritore, generava nelle persone offese il pericolo immaginario della non guarigione da determinate malattie che sosteneva di poter curare prescrivendo la somministrazione di sostanze al fine di procurarsi un ingiusto profitto.

soggetti deboli) cui si rivolge il professionista, affermando che la stessa, *“basata su affermazioni specifiche (...) con cui si accreditano in maniera così palese i presunti “poteri” della professionista, è idonea ad alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto, considerata anche la particolare categoria di persone alle quali è rivolta e l’indimostrabilità dei risultati promessi”*<sup>447</sup>.

Emerge come ciò che a livello normativo integrerebbe una condotta lecita non classificabile come pratica commerciale ingannevole poiché costruita su mere fantasticherie grossolane, non è ritenuto irrilevante dalla prassi di chi, Antitrust prima e autorità giudiziaria in un secondo momento<sup>448</sup>, applica le norme nell’ottica di una tutela priva di zone d’ombra che lascino impregiudicate le condotte caratterizzate dal *dolus bonus* le quali, invero, possono nuocere alla collettività dei *cives* e di quelli più vulnerabili.

Forse a monte l’art. 6 della direttiva n. 2005/29/Ce e il successivo art. 20, comma 3, cod. cons., avrebbero dovuto evitare di dare per scontata l’“impermeabilità” alle suggestioni grossolane del consumatore mediamente accorto o quantomeno calibrare la portata decettiva del *dolus bonus* sulla figura del consumatore (potenziale contraente) “debole”, intendendosi tale non l’uomo sprovvisto o negligente ma colui che versa in situazioni fisiche, psichiche, sociali che ne accentuano la sensibilità e la

---

<sup>447</sup> E’ quanto affermato dall’AGCM in occasione del PS2681, provv. n. 19791 del 23 aprile 2008, in Boll. 16/2009 (*Sensitiva Adelia Felice*), in cui si afferma che «*i destinatari della pratica in esame, inerenti la sfera del paranormale, non si identifica con la generalità dei consumatori ma, piuttosto, con quelle persone che sono in ogni caso portate a credere ed accettare l’esistenza di fenomeni caratterizzati da una intrinseca indimostrabilità. L’analisi (...) si ricollega ai profili meno irrazionali presenti nella suddetta pratica, nella quale la professionista in esame non si limita ad una generica esaltazione dei propri poteri di “Astrologa – Telepatica e Carismatica” come Lei stessa si definisce, ma appare particolarmente suscettibile di attrarre quelle categorie di consumatori propense ad un approccio fideistico ed irrazionale verso l’attività di sensitive e astrologiche, facendo leva sulla debolezza, fragilità psicologica e disperazione di alcune persone che possano trovarsi in gravi difficoltà per problemi di salute, lavoro, denaro*».

<sup>448</sup> Fermo restando un eventuale giudizio penale laddove la condotta del professionista integri gli estremi del comportamento rilevante ai sensi del codice penale, tanto che l’autorità Antitrust nel citato provvedimento PS2681 afferma in via preliminare come esulino dalle sue competenze i profili di eventuale rilevanza penale individuati nella pratica in relazione ad ipotesi di truffa ed abuso della credulità popolare.

vulnerabilità verso richiami particolarmente attrattivi proprio perché esagerati, rimettendola ad un giudizio di idoneità in concreto<sup>449</sup>.

#### **4.5. La truffa “vessatoria”, le pratiche commerciali ingannevoli incentrate sul “timore di un pericolo” e l’art. 23, lett. n), cod. cons., a confronto.**

L’art. 640, comma 2, n. 2), c.p. contempla un’ipotesi di truffa aggravata che si realizza mediante una condotta che genera nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario.

Si tratta della cd. truffa vessatoria, dove gli artifici e i raggiri solo soliti cagionare una più facile induzione in errore sfruttando la superstizione o la peculiare situazione umana in cui versa il soggetto passivo<sup>450</sup>, la quale è solita sobbalzare agli onori della cronaca nelle vicende che hanno come protagonista chi, sfruttando la notorietà (artatamente creata) di mago o di guaritore, induce, ad esempio, la vittima all’acquisto di amuleti che possano

---

<sup>449</sup> Diversamente, R. CALVO, ult. *Op.*, cit., ritiene che la previsione dell’irrelevanza del *dolus bonus* di cui all’art. 20, comma 3, cod. cons., non infici la tutela predisposta dalla direttiva sulle pratiche commerciali sleali, poiché determinate pratiche, pur contrassegnate da messaggi inverosimili non rilevanti *ex art. 20, comma 3*, sono comunque vietate mediante il loro inserimento nella *black list* delle pratiche ritenute sempre ingannevoli. Ed allora tale classificazione, che prescinde da un giudizio in concreto sull’idoneità della pratica ad ingannare, contribuirebbe a garantire una tutela assoluta.

<sup>450</sup> La truffa vessatoria è una fattispecie che ha generato a lungo confusione con il reato di estorsione previsto all’art. 629 c.p.. I criteri distintivi tra le due fattispecie delittuose sono stati ravvisati nel concetto di “pericolo immaginario” e nell’autore della realizzazione del “danno”. Il primo, infatti, ha il significato di pericolo inesistente, che viene fatto credere come reale alla persona offesa, e proprio così assume la natura di raggiri. «*L’agente deve rappresentare il pericolo di un evento dannoso, di norma correlato all’azione di forze occulte e tale che un comune discernimento è in grado di individuare come non reale, la cui evenienza prescinde dalla sua volontà*» (Cass. Pen., sez. II, 3 marzo 2000). Diversamente, ove si tratti di un pericolo “reale” questo non può rilevare come un artificio o un raggiri e se può essere tramutato in danno per opera del soggetto agente allora l’azione integra una minaccia e ricorrerà il delitto di estorsione. Qui, il minacciatore tende ad ottenere l’effetto intimidatorio inducendo il minacciato in errore sulla sua reale intenzione di nuocerli: anche se il male minacciato può essere inconsistente il destinatario lo deve percepire come un pericolo effettivo che può realizzarsi in funzione della volontà del soggetto attivo. Nella truffa, invece, il danno si realizza per opera dell’atto di disposizione patrimoniale posto in essere dalla vittima come conseguenza dell’inganno. Dunque, il male immaginario va appunto distinto dalla minaccia ingannatoria: il primo ad oggetto qualcosa di irreali, una trasfigurazione della realtà, la seconda un male reale che potrebbe realizzarsi laddove il soggetto passivo non ottemperi ad una determinata richiesta.

preservarla dal pericolo immaginario di danni gravi alla sua stessa persona o a cose.

La truffa aggravata si presta ad un immediato parallelismo con un'ipotesi di pratica commerciale ingannevole indicata alla lett. n) della *black list* dettata dall'art. 23 cod. cons., ai sensi del quale è considerata in ogni caso ingannevole la pratica commerciale consistente nella formulazione di affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto.

La fattispecie si pone come un sottoinsieme specifico della truffa vessatoria, in quanto qui ricorre un caso di prospettazione di un male (spesso immaginario) che attiene alla sfera della salute e della sicurezza della persona e in cui la norma mira a tutelare il consumatore dall'indebito approfittamento del professionista che intenda speculare sulla percezione del pericolo per la sicurezza personale da parte dell'utente<sup>451</sup>.

Tale pratica mediante la prospettazione di un pericolo immaginario o meno grave di quello che in concreto potrebbe realizzarsi è considerata idonea a falsare il comportamento del consumatore medio inducendolo a scegliere un dato bene o servizio sulla base di “*uno stimolo improprio e irrazionale*”<sup>452</sup>.

Invece, nella truffa realizzata generando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario la vittima viene indotta ad assumere l'atto di disposizione patrimoniale non perché persuasa dal conseguimento di un vantaggio, bensì per evitare gli effetti negativi di un pericolo inesistente paventato dall'autore del delitto.

Questa fattispecie si sfiora con le pratiche commerciali ingannevoli poste in essere da sedicenti maghi o guaritori, nonché con la fattispecie più specifica della citata lett. n) dell'art. 23, dove la vittima temendo un pericolo attinente la salute o la sicurezza della sua persona o dei suo

---

<sup>451</sup> Si pensi alle campagne pubblicitarie che prive di fondamento empirico illustrano scenari di elevato pericolo per la sicurezza dei bambini, o in generale dei membri di una famiglia, connesso all'utilizzo di un determinato prodotto.

<sup>452</sup> A. MANCINI, *sub art. 23, comma 1, lett. n)-bb*, in *Le modiche al codice*, cit., 222.

familiari finisce con il credere che possa essere debellato acquistando un determinato prodotto o pagando una prestazione pseudo curativa.

E, mentre in quest'ultimo caso la pratica è ritenuta sempre ingannevole senza il previo accertamento della sua idoneità in astratto ad incidere sulla libertà di scelta del consumatore<sup>453</sup>, tanto nel caso della truffa aggravata quanto in quello già esaminato nel precedente paragrafo in materia di condotte ingannevoli che integrano il cd. *dolus bonus*, l'interprete è chiamato ad un'indagine *ex post* dell'induzione in errore (e con riferimento alla truffa aggravata anche del danno verificatosi in concreto) condotta tenendo conto della situazione personale, mentale e della sensibilità dei destinatari di condotte rilevanti su piani di responsabilità differenti e concomitanti.

Ed infatti la Corte di Cassazione tende a confermare il principio in base al quale *“è configurabile il reato di truffa nel caso in cui l'imputato, esaltando i suoi poteri divinatori, induca in errore una persona particolarmente indifesa ed esposta, per la propria credulità, a pensare di potersi liberare dei propri mali attraverso l'esorcismo e la magia, in quanto la valutazione dell'induzione in errore deve essere effettuata ex post e la grossolanità del raggio o dell'artificio non esclude la possibilità di successo nei confronti di persona particolarmente vulnerabile”*<sup>454</sup>.

E lo stesso principio è stato affermato, come si è visto nel precedente paragrafo, dall'Autorità Antitrust la quale ha sanzionato alcune pratiche commerciali che pur ricorrendo a messaggi e vanterie grossolani speculavano, abusandone, sulla delicata situazione psico-fisica di consumatori sensibili e maggiormente vulnerabili<sup>455</sup> inducendoli a scelte

---

<sup>453</sup> Si veda il PS2609, provv. n. 20131 del 22 luglio 2009, in Boll. 29/2009 (*SO.VE.DO.-SISTEMA DI SICUREZZA ANTIGAS*), dove l'Autorità Antitrust ha sanzionato come ingannevole la pratica posta in essere da un professionista che aveva formulato affermazioni di fatto inesatte in merito ad eventuali rischi per la salute del consumatore, in caso di mancato acquisto del prodotto.

<sup>454</sup> Così Cass. Pen., sez. II, 28 maggio 2009, n. 33582 (e si veda anche Cass. Pen., sez. VI, 18 giugno 2003, n. 26106).

<sup>455</sup> Si veda il già citato PS 2681 *Sensitiva Adelia Felice* e PS 2860, provv. n. 19912, del 29 maggio 2009, in Boll. 21/2009 (*Stufetta miracolosa*), dove è stata sanzionata una società che promuoveva l'acquisto di una macchinetta, simile ad una stufetta, affermando che il suo utilizzo favorisce la cura di *“cellule tumorali emanando luce, permettendo a sua volta di rilasciare bioinformazioni per le cellule malate, garantendo così di riequilibrare il tutto”* e che *“una persona con tumore al polmone,*

che altrimenti non avrebbero adottato e limitandone così la libertà di autodeterminazione<sup>456</sup>.

## 5. La frode in commercio e la tutela del consumatore.

Il mercato è il luogo degli scambi economici, la sede naturale dell'impresa e delle relazioni che si instaurano tra professionisti nonché tra questi e i consumatori.

Al suo interno possono individuarsi tanti segmenti corrispondenti alle diverse tipologie di beni o servizi scambiati (mercato immobiliare, mercato di capitali, mercato borsistico ecc.) e le aree di maggior interesse sono quelle del mercato finanziario e del mercato delle merci e dei servizi non finanziari.

---

*è riuscita a ridurre con quattro giorni di trattamento, la massa tumorale del 97%”, in quanto la stessa è in grado di “bloccare a 42 gradi i tumori”, che tale prodotto è usato anche per altre patologie quali, ad esempio, la sclerosi multipla e la cervicale, in quanto il suo uso porterebbe “sollievo e benessere per i dolori”. In relazione a tale fattispecie l’AGCM ha riscontrato anche l’integrazione di un’altra pratica appartenente alla lista nera ovvero quella prevista alla lett. s) dell’art. 23 cod. cons., dove si dispone che una pratica è considerata in ogni caso ingannevole quando si “afferma, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni”.*

<sup>456</sup> Peraltro, nell’ambito delle condotte professionali che fanno leva sulle situazioni personali dei consumatori rientrano, a mio parere, quelle pratiche commerciali che generano un indebito condizionamento, una pressione coercitiva del consumatore mediante lo sfruttamento di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto. Si tratta di una delle possibili forme, descritta alla lett. c) dell’art. 25 cod. cons., con cui possono essere realizzate le pratiche commerciali aggressive che ai sensi dell’art. 24 cod. cons., si caratterizzano per limitare, anche solo potenzialmente, la libertà di scelta o il comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e che sono astrattamente idonee all’assunzione di una decisione commerciale che non avrebbe preso mediante l’uso di molestie, coercizione o indebito condizionamento nei riguardi del consumatore. L’aggressività della condotta è data dallo sfruttamento di una circostanza di fatto in cui il consumatore non è nel pieno delle sue facoltà di discernimento in relazione a offerte, messaggi, proposte legati alla fonte del suo stato di maggiore vulnerabilità. E allora si inseriscono in questo filone di pratiche aggressive, che al contempo possono integrare una condotta ingannevole e sfociare nella truffa contrattuale (fino a quella aggravata ai sensi dell’art. 640, comma 2, n. 2, c.p.), quei comportamenti di professionisti o di sedicenti maghi che sfruttano il lutto o una grave malattia al fine di vendere prodotti connessi a quell’evento o a quella particolare situazione di sofferenza. In dottrina, autori come L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Pratiche commerciali*, cit., 287 e ss., ritiene che i fattori indicati alla lett. c) dell’art. 25 per valutare l’indebito condizionamento, dovrebbero confluire nella *black list* delle pratiche commerciali aggressive.

Si tratta di due settori che accanto ad apposite regolamentazioni specifiche costruite sulle rispettive peculiarità sono interessate anche dalla normativa penale<sup>457</sup>.

Il diritto penale distingue tra reati in materia di concorrenza sleale e reati a tutela dei consumatori: si tratta di due facce della stessa medaglia, o meglio, della stessa collettività, composta da imprenditori e utenti, al cui interno la competitività deve garantire l'iniziativa economica rispettandone i limiti, la libertà di concorrenza e la tutela dei consumatori.

Premesso ciò, tra i reati che colpiscono le violazioni della buona fede negli scambi commerciali e che, posti a presidio tanto del pubblico dei consumatori quanto degli stessi produttori e commercianti<sup>458</sup> (nei confronti dei quali la condotta fraudolenta rivolta al consumatore si traduce in un atto di concorrenza sleale<sup>459</sup>), richiamano alcune condotte rilevanti come pratiche commerciali ingannevoli, ricorre, accanto alla truffa, la frode in commercio<sup>460</sup>.

L'art. 515 c.p. punisce con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a euro 2065 *“chiunque nell'esercizio di un'attività commerciale, ovvero in uno spaccio aperto al pubblico, consegna all'acquirente una cosa mobile per un'altra, ovvero una cosa mobile per origine, provenienza, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita”*.

---

<sup>457</sup> Accanto a quelli che da sempre hanno costituito i due poli fondamentali della disciplina penale del mercato delle merci e dei servizi non finanziari, ovvero il divieto di concorrenza sleale e la tutela dei consumatori, negli ultimi anni si sono affiancate altre disposizioni poste a tutela di ulteriori interessi presenti nella struttura del mercato e che concernono la trasparenza, l'accesso al mercato, la lotta contro le attività mafiose, la tutela della privacy, la disciplina del corretto utilizzo dei sistemi informatici e quella dettata in materia di finanziamenti pubblici.

<sup>458</sup> Si tratta dei reati del Titolo VIII del libro II del codice penale denominati “delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio”.

<sup>459</sup> Le disposizioni penali che rilevano nella repressione della concorrenza sleale sono le fattispecie: di agiotaggio (art. 501 c.p.), le manovre speculative su merci (art. 501-bis c.p.), il boicottaggio e il sabotaggio (artt. 507 e 508 c.p.), la turbata libertà dell'industria e del commercio (art. 513 c.p.), l'illecita concorrenza con minaccia o violenza (art. 513-bis c.p.), la diffamazione (art. 595 c.p.), il comparaggio (artt. 170, 171 e 172 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265), l'illecita pubblicità farmaceutica (artt. 11 e 15 d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 541).

<sup>460</sup> Come osserva M. DONA, *L'interesse protetto nel reato di frode in commercio: una rilettura alla luce delle istanze di tutela del consumatore, soggetto acquirente di beni per uso privato*, in [www.consumerlaw.it](http://www.consumerlaw.it), la truffa e la frode in commercio sono i pilastri della tutela penale della buona fede negoziale.



L'interesse tutelato dalla norma in esame comprende la tutela del sistema economico, la cui sussistenza è legata all'onestà e alla correttezza degli scambi, e della pubblica fede nel mercato<sup>461</sup>.

Ma in seguito all'evoluzione degli ultimi decenni attualmente la tutela dei consumatori è dotata di una tale trasversalità, caratteristica peraltro lampante anche nella più specifica disciplina dettata in materia di pratiche commerciali scorrette, da legittimare al suo interno l'ingresso dell'intervento penale.

Questo mediante la previsione di una serie di fattispecie come quella della frode, le quali sono addirittura antecedenti alla normativa prettamente consumerista, rappresenta indubbiamente un alleato fondamentale per la salvaguardia dell'acquirente come soggetto privato e dei diritti fondamentali dei consumatori considerati nel loro complesso.

Il soggetto attivo del reato di frode è chiunque eserciti un'attività commerciale (o uno spaccio aperto al pubblico<sup>462</sup>) e la sua condotta, consistente nella consegna di un bene diverso da quello pattuito, deve essere accompagnata dal dolo generico non rilevando le eventuali ulteriori finalità personali perseguite dal soggetto agente: è sufficiente che la condotta oggettivamente corrispondente a quella richiesta dall'art. 515 c.p. sia sorretta dalla consapevolezza e dalla volontà dell'azione indipendentemente da uno specifico scopo lucrativo.

---

<sup>461</sup> Al riguardo F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., afferma che il reato è «collocato nel capo concernente l'ordine economico, perché esattamente il legislatore ha ravvisato in esso nocimento all'economia nazionale. Infatti, la mancanza di quel minimum di probità e lealtà che è indispensabile nello scambio dei beni, produce sfiducia e rallentamento negli affari e, di conseguenza, ostacola lo sviluppo del commercio non solo nel mercato interno, ma anche nel campo internazionale, specie ai fini della concorrenza. Certamente il fatto, di regola, lede l'interesse patrimoniale del singolo acquirente, tuttavia non si tratta di requisito necessario». In ossequio a tale visione si era espressa inizialmente anche la giurisprudenza la quale individuava l'interesse tutelato in quello dello Stato al leale esercizio del commercio piuttosto che non in quello dei singoli consumatori-acquirenti (in questo senso si veda Cass. Pen., sez. VI, 7 marzo 1984).

<sup>462</sup> Inoltre, la giurisprudenza ha riconosciuto che soggetto attivo del reato di frode possa essere sia chi si trova a compiere un singolo atto di scambio occasionale senza avere la qualità di imprenditore commerciante, sia dei dipendenti di chi riveste tale qualifica ferma restando la responsabilità dell'imprenditore salvo non venga fornita prova contraria della non corrispondenza della loro attività aziendale alle sue direttive (Cass. Pen., 23 gennaio 1976 e Cass. Pen., 22 gennaio 1983).

Per quanto attiene all'elemento oggettivo, questo è composto da una violazione contrattuale alla quale fa seguito la consegna di un bene o la fornitura di un servizio.

Elemento essenziale affinché l'azione rilevi come frode in commercio è l'avvenuta negoziazione tra il reo e la vittima liberamente conclusasi.

Dunque, differentemente dalla truffa qui il vincolo contrattuale, che deve necessariamente sussistere, non è viziato dall'errore del soggetto passivo e il reo non deve ricorrere ad artifici o raggiri che lo inducano in fallo<sup>463</sup>: l'inganno si manifesta nella consegna di una cosa diversa da quella originariamente concordata.

Inoltre, l'illiceità penale della condotta non viene meno laddove il compratore fosse stato in grado di ravvisare la diversità della merce, né tantomeno nell'ipotesi di omessa vigilanza sulla corretta esecuzione del contratto, poiché la potenziale consapevolezza dell'acquirente non esclude la lesione dell'interesse collettivo al leale esercizio del commercio<sup>464</sup>.

L'art. 515 c.p. contempla tre tipologie di frode: la slealtà contrattuale infatti può concentrarsi sull'"origine", la "provenienza" o la "qualità" della merce.

Ora, mentre i concetti di "origine" e "provenienza", generalmente ritenuti coincidenti e usati come sinonimo l'uno dell'altro, individuano due realtà diverse quali, rispettivamente, la località in cui la merce viene prodotta o elaborata e il luogo dell'operatore del mercato (produttore o commerciante che sia) al quale si deve la realizzazione del prodotto, la "qualità" individua ogni altro aspetto dei pregi commerciali di un dato bene diverso dall'origine e dalla provenienza<sup>465</sup>.

---

<sup>463</sup> Ed allora ricorrerà una responsabilità per truffa qualora la vittima acquisti un prodotto privo delle qualità promesse, mentre sarà integrata la frode in commercio laddove si assista ad un'esecuzione sleale del contratto avvenuta mediante la consegna di una cosa diversa da quella pattuita (Cass. Pen., sez. III, 5 febbraio 2003, n. 5438).

<sup>464</sup> Cass. Pen., sez. VI, 26 aprile 1974. Ancora, il consenso dell'acquirente a ricevere una cosa diversa da quella pattuita è irrilevante ai fini dell'esclusione dell'illiceità penale della condotta, quando tale consenso sia intervenuto in un momento successivo alla consegna in quanto dopo di essa il reato è integrato in tutti i suoi elementi e nulla può far venir meno l'antigiuridicità del fatto (in questo senso Cass. Pen., sez. VI, 16 novembre 1977).

<sup>465</sup> Come pone in evidenza C. CORRERA, *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, Giuffrè, 2002, 178, l'accezione ampia del concetto di "qualità" comprende ogni elemento che sia

### **5.1. La slealtà contrattuale avente ad oggetto la genuinità, la provenienza, le qualità dei prodotti alimentari e dei beni industriali.**

Particolarmente vicina alla salvaguardia dei diritti fondamentali dei consumatori si pone la fattispecie della frode sulla genuinità dei prodotti e in particolare dei beni alimentari disciplinata dall'art. 516 c.p. ai sensi del quale *“chiunque pone in vendita o mette altrimenti in commercio come genuine sostanze alimentari non genuine è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a € 1.032”*.

La genuinità è fra le principali qualità che il consumatore si attende dai prodotti acquistati e per quanto riguarda quella “alimentare”, la quale è solitamente ripartita tra genuinità “naturale”<sup>466</sup> e genuinità “formale”, l'attenzione del legislatore nella predisposizione della norma dà prevalenza a quest'ultima accezione (anche detta “legale”) ovvero a quella fissata in apposite normative recanti l'indicazione delle caratteristiche e dei requisiti essenziali per qualificare un determinato tipo di prodotto alimentare<sup>467</sup>.

Tanto la frode in commercio quanto la frode sulla genuinità sono sì poste a presidio della lealtà e della chiarezza dei rapporti commerciali, ma ognuna secondo un'angolazione e uno scopo diverso con la conseguente possibile simultanea applicazione nella medesima vicenda: ciascuna delle due copre un diverso profilo comportamentale.

Dunque, se il soggetto agente mette in vendita o in commercio sostanze non genuine e al contempo tenta di consegnarle o riesce a recapitarle a

---

idoneo a caratterizzare un determinato prodotto e dunque esso tende a ricomprendere anche dati relativi all'origine e alla provenienza i quali sono ugualmente oggetto di valutazione e comparazioni da parte dei consumatori. Ma dato che il legislatore ha predisposto il testo dell'art. 515 c.p. scandendo singolarmente i tre concetti di “origine”, “provenienza” e “qualità”, quest'ultima deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.

<sup>466</sup> E' considerata tale la condizione del prodotto alimentare la cui condizione bio-chimica non sia stata oggetto di intervento da parte dell'uomo e la composizione fisico-chimica è rimasta come quella con cui lo stesso si presenta in natura. Sul punto si vedano V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1987, IX, 250 e C. CORRERA, *La difesa del consumatore*, cit., p. 186-187.

<sup>467</sup> C. CORRERA, *ult. Op.*, cit., 186 e ss..

determinati acquirenti egli risponderà *ex art. 516 c.p.* nonché del delitto tentato o consumato di frode in commercio ai sensi dell'art. 515 c.p.<sup>468</sup>.

In generale, una condotta integrante la cd. "fraudolenza commerciale" integra la consumazione del delitto di cui all'art. 515 c.p., o il delitto tentato laddove non sia stata avviata una specifica trattativa negoziale (oppure nel caso di mera detenzione per la somministrazione del bene<sup>469</sup>), ove riguardi un qualsiasi tipo di prodotto commerciale, mentre laddove lo stesso comportamento abbia ad oggetto sostanze alimentari integrerà il delitto consumato di cui all'art. 516 c.p.<sup>470</sup>.

Quest'ultimo articolo disciplina un illecito di pericolo che si consuma con la mera messa in vendita di un prodotto alimentare la cui genuinità sia venuta meno per azione dell'uomo o a causa di un processo di alterazione naturale, e non è richiesto il requisito della pericolosità delle sostanze non genuine per la salute<sup>471</sup>.

Un altro fattore che contribuisce a rassicurare il consumatore sulla qualità della merce che gli viene offerta è quello della "provenienza" concernente l'individuazione di quale rinomato, affidabile produttore abbia

---

<sup>468</sup> In questo senso la recente dottrina e Cass. Pen., sez. III, 22 novembre 1961. In senso opposto F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 591, il quale contesta la simultanea applicazione delle due norme asserendo che «*se la vendita o il tentativo di vendita ha luogo, si realizza la fattispecie della frode in commercio*», poiché questa assorbirebbe il reato previsto dall'art. 516 c.p. esistendo tra l'uno e l'altro un rapporto di progressione.

<sup>469</sup> In questo senso si era espressa la Corte di Cassazione, sez. VI, con la pronuncia del 24 luglio 1980 n. 9238 dove si affermava che «*il fatto di detenere per la vendita in un ristorante prodotti surgelati non indicati come tali nella lista menù del giorno, costituisce tentativo di frode in commercio*». Ed ancora, con riferimento ai prodotti di genere alimentare la Cassazione ha affermato che «*Nell'ipotesi di esposizione alla vendita di salsicce confezionate con carne mista, mentre il cartellino indicava la composizione con carne di solo suino, non è configurabile il delitto tentato di frode in commercio, di cui agli artt. 56 e 515 c.p., poiché gli atti idonei diretti in modo non equivoco devono concernere un inizio di contrattazione con un acquirente determinato, nè il reato di cui all'art. 13 l. 30 aprile 1962, n. 283, perché attiene ad un bene giuridico diverso (la pubblicità ingannevole) ed il cartellino non assolve a detta funzione. L'ipotesi criminosa sopra indicata appare qualificabile come delitto ex art. 516 c.p. (vendita di sostanze alimentari non genuine), poiché la genuinità è intesa in senso naturale e formale-giuridico e, nella fattispecie, il prodotto non è genuino e si è violata la previsione normativa che stabilisce una presunzione di confezionamento come carne suina*» (Cass. Pen., sez. III, 13 ottobre 1994).

<sup>470</sup> Procedendo in questa direzione la Cassazione ha poi rinvenuto nell'art. 516 c.p. un ruolo "sussidiario" rispetto all'art. 515 c.p. volto a coprire e sanzionare le attività "preparatorie" di una futura frode in commercio e di quelle che nemmeno ne integrano gli estremi del tentativo (così Cass. Pen., sez. III, n. 6667 e n. 7843 del 1998).

<sup>471</sup> Una specifica ipotesi di frode sulla genuinità dei prodotti alimentari è stata disciplinata autonomamente da parte dell'art. 4 d.l. 17 gennaio 1977, n. 3, convertito con modificazioni nella l. 18 marzo 1977, n. 63 concernente la frode in commercio realizzata mediante la vendita come fresca di carne scongelata o ripetutamente scongelata.

realizzato, elaborato o posto in essere l'atto di immissione sul mercato di un certo prodotto.

Come abbiamo già avuto modo di vedere, sul piano penale tale aspetto qualitativo è *in primis* tutelato mediante la previsione della frode in commercio.

Ma accanto all'art. 515 c.p. ricorre l'art. 473 c.p. avente ad oggetto la repressione di quelle condotte fraudolente che precedono la distribuzione commerciale quali la contraffazione, l'alterazione o l'uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali<sup>472</sup>.

Qui il bene tutelato della pubblica fede si estrinseca come affidamento riposto dai consumatori su prodotti industriali, la cui provenienza è garantita da determinati e noti "marchi o segni distintivi"<sup>473</sup>.

Dunque, la norma tutela anche la stessa fiducia che i consumatori nutrono verso i mezzi, simbolici o reali, che hanno la funzione di contraddistinguere e garantire la circolazione dei prodotti industriali.

L'articolo enuclea quali segnali di "provenienza" il marchio e i segni distintivi<sup>474</sup>.

Sebbene il marchio rilevi sotto tre distinte funzioni, ovvero quella distintiva della provenienza del prodotto, una funzione distintiva dei suoi requisiti qualitativi ed una funzione persuasiva o suggestiva, l'art. 473 c.p. mira a preservare il marchio come "indicatore" della "provenienza".

---

<sup>472</sup> Il testo della norma afferma che «*chiunque contraffà o altera i marchi o segni distintivi, nazionali o esteri, delle opere dell'ingegno o dei prodotti industriali, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali marchi o segni contraffatti o alterati, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a euro 2.065. Alla stessa pena soggiace chi contraffà o altera brevetti, disegni o modelli industriali, nazionali o esteri, ovvero, senza essere concorso nella contraffazione o alterazione, fa uso di tali brevetti, disegni o modelli contraffatti o alterati*».

<sup>473</sup> Ambedue le condotte previste dai due commi si configurano come reato di pericolo concreto, posto che non si richiede la lesione della fede pubblica: non è, cioè, necessario un effettivo collegamento tra attività illecita e percezione della stessa da parte dei destinatari, ossia del pubblico. L'integrazione dell'elemento oggettivo richiede invece la specifica attitudine offensiva della condotta, vale a dire l'effettivo rischio di confusione per la generalità dei consumatori.

<sup>474</sup> T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960, 395, raggruppa sotto i segni distintivi "la ditta, l'insegna e il marchio", mentre R. FRANCESCHELLI, *Sui marchi d'impresa*, Giuffrè, 1969, 3, li definisce come «*un insieme di mezzi e strumenti adoperati nello svolgimento dei rapporti di produzione, commercio, distribuzione di beni o di servizi e, più in generale, nello svolgimento di un'attività di impresa per designare, individuare o distinguere gli elementi o i momenti più interessanti o tipici di tale attività*».

Dal punto di vista oggettivo le condotte che integrano il delitto in esame sono: *i*) la «contraffazione», consistente in una pedissequa ed anche solo parziale riproduzione di tutti gli elementi del segno distintivo (o almeno dei suoi elementi essenziali) in modo tale da recare confusione in ordine alla provenienza dei prodotti<sup>475</sup>; *ii*) l'«alterazione», data dalla modificazione di uno o più elementi del marchio genuino<sup>476</sup>; *iii*) l'«uso» di marchi contraffatti o alterati (senza aver contribuito alla loro contraffazione) e quindi tutte le possibili modalità di impiego del marchio falsificato che non siano appositamente previste dall'art. 474 c.p.<sup>477</sup>.

La fattispecie dell'art. 473 c.p. si pone poi in stretto rapporto con un'altra frode ossia quella disciplinata dall'art. 517 c.p.<sup>478</sup> riguardante la vendita di prodotti industriali con segni mendaci.

Anche questo reato a dolo generico costituisce un illecito di pericolo dove non è necessario che l'inganno si realizzi in concreto ma è sufficiente che esso possa essere determinato da una mera imitazione<sup>479</sup>, la cui incriminazione mediante un'apposita previsione legislativa mira a garantire sia la correttezza degli scambi e dei rapporti economici sia la difesa degli interessi dei consumatori.

---

<sup>475</sup> Come osserva A. AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, 2003, 265, la confondibilità è oggetto di un giudizio di fatto che deve tener conto anche delle caratteristiche, della diligenza e dell'accuratezza propria della categoria di consumatori destinatari del prodotto con marchio genuino e del prodotto con marchio contraffatto, in quanto «è evidente l'impossibilità di ipotizzare una figura di consumatore medio, riferibile ad ogni specie di prodotto». Lo stesso Autore osserva come il consumatore, non avendo la contemporanea visione del marchio autentico e di quello contraffatto, non possa che affidarsi alla sua memoria dove sono rimasti impressi gli elementi di maggior risalto che compongono il segno distintivo ed allora dichiara di non condividere l'orientamento giurisprudenziale che richiede che la confondibilità emerga da un esame diretto ed attento.

<sup>476</sup> Il legislatore ha preso in considerazione anche l'alterazione e la contraffazione di disegni, brevetti o modelli industriali.

<sup>477</sup> La norma si pone in un rapporto di sussidiarietà rispetto all'art. 473 c.p. poiché sanziona chiunque, fuori dai casi di contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali, pone in commercio nel territorio nazionale gli stessi prodotti industriali che sono stati alterati o contraffatti nei loro segni distintivi o nei marchi attraverso una precedente attività fraudolenta realizzata all'estero e ad opera di soggetti terzi.

<sup>478</sup> La norma recita «chiunque pone in vendita o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti ad indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a ventimila euro».

<sup>479</sup> Ai sensi dell'art. 517 c.p. non è necessaria un'attività di contraffazione o alterazione del marchio o di altro segno essendo sufficiente la semplice imitazione o qualunque altra attività che generi una mera somiglianza tra i nomi, o i marchi, o i segni distintivi, genuini e mendaci.

Il mendacio fonte del possibile inganno, differentemente dall'art. 473 c.p., può avere ad oggetto oltre ai marchi, compresi quelli non registrati, qualunque altro segno, forma, colore, emblema, dicitura, immagine<sup>480</sup>, o il luogo di fabbricazione<sup>481</sup> che permetta al consumatore di cadere in errore al momento del collegamento mentale con cui associa il prodotto a determinate qualità o ad una determinata provenienza aziendale o origine geografica<sup>482</sup>.

Le condotte che integrano tale delitto sono costituite dalle azioni con cui il prodotto contrassegnato in modo mendace viene messo in vendita o in circolazione: sono dunque sufficienti sia la giacenza dei prodotti nei luoghi di deposito, nei magazzini<sup>483</sup>, sia qualunque altra attività prodromica alla vendita o idonea a mettere in contatto il bene con il pubblico dei consumatori.

---

<sup>480</sup> «*In tema di vendita di prodotti industriali con segni mendaci, la riproduzione di una figura o di un personaggio di fantasia di per sé costituente marchio o segno distintivo del prodotto (cosiddetto marchio figurativo) impone, ai fini della configurabilità del delitto di cui all' art . 517 c.p., che detta raffigurazione sia idonea ad ingenerare in qualche modo confusione nei consumatori in ordine ad una determinata origine, provenienza o qualità della merce risultante dal marchio apposto e regolarmente registrato*» (così Cass. Pen., sez. III, 9 aprile 2008, n. 27986).

<sup>481</sup> Cass. Pen., sez. III, 10 gennaio 2010, n. 15374, afferma che «*in tema di reato di vendita di prodotti industriali con segni mendaci di cui all' art . 517 c.p., l'imprenditore non ha l'obbligo di indicare sull'oggetto quale sia il luogo di fabbricazione dello stesso, ma qualora tale indicazione sia apposta, la falsità della stessa è idonea di per sé sola a trarre in inganno sull'origine del prodotto*».

<sup>482</sup> A differenza dell'art. 473 c.p., dove l'inganno viene realizzato mediante marchi o segni falsi, l'art. 517 c.p. ha ad oggetto marchi non veri, poiché non sono la copia di un marchio registrato altrui, che sono idonei ad ingannare i potenziali acquirenti sulle origine, la provenienza e le qualità dei prodotti.

<sup>483</sup> Cass. Pen., sez. III, 18 dicembre 2008, n. 3479, afferma infatti che «*In tema di delitti contro l'industria e il commercio, il deposito nel magazzino dei prodotti finiti di merce non rispondente per origine, provenienza, qualità o quantità a quella dichiarata o pattuita, è atto idoneo diretto in modo non equivoco a commettere, nel caso di vendita all'ingrosso, il reato di frode nell'esercizio del commercio, in quanto indicativo della successiva immissione nel circolo distributivo di prodotti aventi differenti caratteristiche rispetto a quelle dichiarate o pattuite*».

## **5.2. L'intreccio tra le frodi sulla genuinità e la provenienza dei prodotti, le norme penali a tutela del mercato e le pratiche commerciali ingannevoli.**

Come è stato evidenziato, le fattispecie penali analizzate fin qui sono poste a presidio non solo della correttezza degli scambi commerciali e degli interessi di imprenditori e commercianti concorrenti, ma costituiscono un tassello importante nella predisposizione di una tutela garantista e incisiva dei consumatori contro le condotte connotate da un elevato grado di offensività.

Eppure, come si è avuto modo di osservare con la truffa, anch'essa pilastro della normativa penale posta a garanzia della buona fede negoziale, non è difficile cogliere una discreta somiglianza tra le condotte fin qui descritte e alcuni comportamenti professionali riconosciuti dal codice del consumo come pratiche commerciali ingannevoli.

Mi riferisco innanzitutto ad una serie di pratiche descritte in modo generico, e quindi aperte ad interpretazioni di ampio respiro, dall'art. 21, comma 1, lett. b), cod. cons., il quale dispone che è considerata ingannevole la pratica commerciale che *“contiene informazioni non rispondenti al vero o che, seppur di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più elementi”* relativi alle caratteristiche principali del prodotto quali: (...) la *“composizione”*, (...) il *“metodo e la data di fabbricazione”*, (...) la *“quantità”*, la *“descrizione”* e l'*“origine geografica o commerciale”*<sup>484</sup>.

---

<sup>484</sup> Per quanto riguarda le ipotesi che vedono il consumatore cadere in inganno sull'origine geografica o commerciale del prodotto ad oggi sono numerosi i provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust ai sensi della disciplina dettata dal d.lgs. n. 206/2005 nella versione previgente all'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette. Dunque si tratta di provvedimenti adottati in materia di pubblicità ingannevole. Si veda PI4878, provv. n. 14821 del 26 ottobre 2005, in Boll. 43/2005 (*Salamella calabrese-Fiorucci*), dove si legge che *«Il messaggio è costituito dall'etichetta del prodotto pubblicizzato, recante la dicitura “LE SPECIALITÀ REGIONALI-SALAMELLA CALABRESE PICCANTE - PURO SUINO”. Tale messaggio lascia intendere che il prodotto in questione sia un salume preparato secondo quei parametri qualitativi tipici della tradizione salumiera calabrese. Infatti, la collocazione nel testo del messaggio dell'indicazione “Calabrese” e i caratteri grafici utilizzati risultano idonei ad indurre il consumatore a ritenere che*



Queste fattispecie, esaminate nel precedente capitolo con riferimento alle possibili declinazioni dell'azione ingannevole, vertono proprio su quegli elementi che attengono alla "genuinità", come la composizione, il metodo e la data di fabbricazione e l'origine geografica, alla "provenienza", individuata in funzione dell'origine geografica e dell'origine commerciale, e più in generale alla "qualità", la quale dipende sia dai fattori appena elencati sia dalla descrizione del prodotto resa dal professionista nella fase antecedente o la messa in circolazione del bene o la negoziazione alla quale eventualmente segue la consegna di un bene diverso da quello pattuito (e dunque l'integrazione della frode in commercio *ex art. 515 c.p.*).

Riprendendo il filo di quanto già detto addietro sulle pratiche commerciali articolate in modo da indurre in errore sulla composizione<sup>485</sup>, le caratteristiche del prodotto, mi pare opportuno osservare alcuni passaggi dei provvedimenti adottati sul punto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ad esempio con riferimento al messaggio pubblicitario contenente un'indicazione che utilizza il termine "spumante" quando in realtà le bevande reclamizzate non sono propriamente qualificabili come "vini spumanti", l'Autorità ha riconosciuto l'ingannevolezza del messaggio ai sensi degli artt. 20 e 21, lett. b) cod. cons., il quale integrerebbe una pratica

---

*il prodotto pubblicizzato abbia le stesse qualità e caratteristiche dei salumi che godono del riconoscimento della denominazione di origine protetta, in particolare della "Salsiccia di Calabria" DOP. Il messaggio, pertanto, ingenera confusione nei consumatori tra il prodotto cui si riferisce e i salumi di Calabria qualificati come DOP. Né l'indicazione in etichetta del luogo di produzione e di confezionamento vale ad escludere il carattere ingannevole del messaggio, in quanto detta indicazione viene riportata con caratteri assai più piccoli rispetto al resto del messaggio».*

<sup>485</sup> Si veda, in materia di pubblicità ingannevole ai sensi della disciplina previgente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 146/2007, PI5977, provv. 17473 del 10 ottobre 2007, in Boll. 38/2007 (OMOGENEIZZATO PLASMON ALLA BANANA) e il più recente PS20, provv. 19816 del 29 aprile 2009, in Boll. 19/2009 (Danacol), dove il professionista rafforza l'induzione in errore dei consumatori mediante l'utilizzo nella comunicazione pubblicitaria «del logo relativo ad un'importante associazione di medici accompagnata dalla menzione di iniziative congiunte sulla corretta alimentazione. Tale correlazione, effettuata con il chiaro intento di dare credibilità al prodotto è tale da rafforzare il vanto di efficacia – "scientificamente dimostrata" attribuibile al prodotto alimentare in caso di ipercolesterolemia. In altri termini si induce il consumatore a credere che l'inserimento nella dieta di Danacol quale rimedio per il colesterolo sia suggerito e avallato in ambito medico».

idonea ad indurre in errore sulla composizione, le caratteristiche e il metodo di produzione del prodotto<sup>486</sup>.

Nel caso di specie non solo l'etichettatura, contenente la denominazione "spumante", ma anche altri elementi quali la forma e il colore della bottiglia, la forma dell'etichettatura erano in tutto simili a quelli utilizzati per i vini.

Ecco che allora si inserisce un inevitabile parallelismo con la condotta rilevante come vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.) nonché come tentativo del delitto di frode in commercio (artt. 56 e 515 c.p.), dato che viene a mancare l'atto della consegna materiale del bene ma il messaggio pubblicato su internet e la dicitura sulla bottiglia completano la fase prodromica alla negoziazione.

Ancora, il T.A.R. Lazio ha confermato l'ingannevolezza ai sensi dell'art. 21, lett. b), cod. cons., della commercializzazione di prodotti alimentari realizzata mediante l'apposizione della dicitura "approvato FIMP", in quanto tale sigla alludendo ad un'approvazione della Federazione dei medici pediatri, in realtà non rilasciata, appariva idonea ad influenzare le scelte dei consumatori che, in ragione della fiducia riposta

---

<sup>486</sup> Si tratta del PS2807, provv. n. 20235 26 agosto 2009, in Boll. 35/2009 (*Verdi spumante-composizione prodotto*), dove si legge che «Le pratiche commerciali contestate alla società Bosca consistono nell'utilizzo del termine "spumante" ai fini della denominazione e commercializzazione di due prodotti, (...), non propriamente qualificabili come "vini spumanti". Più in particolare, detto vocabolo si trova sull'etichetta e nelle pagine relative del sito (...): tale sito, nello specifico, oltre ad utilizzare immagini di entrambe le bevande in cui risulta visibile il termine "spumante", fa più volte uso dello stesso termine nella descrittiva dei due prodotti. Da quanto emerso anche dalle informazioni rese dal Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali si evince in primo luogo che la legislazione di settore vieta l'utilizzo del termine "vino spumante" per bevande prive dei requisiti stabiliti normativamente». L'AGCM sostiene che «per chiunque ponga in vendita prodotti lato sensu confondibili con il vino spumante, uno specifico obbligo di un comportamento attivo di distinzione del proprio prodotto dai vini spumanti. Tale obbligo di corretta informazione è riconducibile a quanto altresì previsto dal Codice del Consumo. In particolare, l'articolo 21 del Codice considera ingannevole, e dunque vietata, ogni "pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio". Tali errori possono avere come possibile oggetto una serie di elementi, fra i quali, nel caso di specie, rilevano la natura, la composizione ed il metodo di fabbricazione del prodotto. Ed allora i professionisti hanno violato tale obbligo di corretta informazione. Inoltre a favorire l'induzione in errore, in termini del tutto simili a quelli della vendita di prodotti con segni mendaci, ricorre l'ulteriore osservazione fatta dall'Autorità in merito al fatto che «A rafforzare l'impressione della scorrettezza delle pratiche si deve considerare che Bosca è un operatore noto prevalentemente nel settore dei vini spumanti; evidentemente dunque il consumatore medio, a fronte dell'utilizzo del termine "spumante" nei prodotti sopra descritti, tende ad associare i prodotti Verdi e Toselli ai vini spumanti prodotti da Bosca».

nella categoria di professionisti interessata, attribuivano ai prodotti caratteristiche di particolare affidabilità e genuinità<sup>487</sup>.

L'Antitrust ha sanzionato come pratica commerciale ingannevole i messaggi pubblicitari diffusi da diverse case produttrici per promuovere l'acquisto di accappatoi che facevano leva sulla loro composizione in 100% microfibra la quale costituisce un termine solitamente associato dai consumatori a prodotti di particolare consistenza e qualità<sup>488</sup>.

Nella vicenda in questione, da un lato, non vi era corrispondenza tra il *claim* principale, in virtù del quale i consumatori decidevano di acquistare il prodotto, e la reale composizione del bene e, dall'altro, il professionista non aveva fornito una serie di informazioni dettagliate e complete sulla composizione delle fibre (come ad esempio quale sia la definizione dal punto di vista chimico e tessile di "microfibra"). Le argomentazioni dell'AGCM sono state condivise e ribadite nella sentenza dell'11 marzo

---

<sup>487</sup> TAR Lazio, sez. I, 25 marzo 2009, n. 3124.

<sup>488</sup> Si tratta del PS857, provv. n. 18782 del 21 agosto 2008, in Boll. 32/2008 (*Cottonjoy accappatoio in microfibra*) e del successivo PS3461, provv. n. 20270 del 3 settembre 2009, in Boll. 35/2009 (*G.I.L.-GENERAL INTERNATIONAL LAISONS - ACCAPPATOIO IN MICROFIBRA*). In entrambi i provvedimenti si legge che «La pratica commerciale (...) è rappresentata dalla diffusione di un messaggio pubblicitario, su varie testate giornalistiche nonché sulla confezione esterna del prodotto stesso, volto a promuovere l'accappatoio (...). Il suddetto messaggio pubblicitario lascia intendere ai consumatori che il prodotto in questione sia stato interamente realizzato in microfibra. Tuttavia, come risulta evidente dalle risultanze istruttorie ed, in particolar modo, dalla stessa etichetta interna, l'accappatoio (...) è composto, in prevalenza, da poliestere. Il consumatore, dunque, solo dopo aver acquistato l'accappatoio e aver aperto la confezione, può verificare l'esatta composizione dello stesso leggendo l'etichetta interna, che riporta la dicitura "100% Polyester". Occorre al riguardo precisare che l'indicazione "microfibra" riportata nel messaggio pubblicitario, nonché nel marchio stampato sulla confezione, non fornisce al consumatore alcuna informazione relativamente alla composizione e, in generale, alla materia prima impiegata per realizzare il tessuto(...). In ragione delle diverse possibili caratteristiche, composizioni e destinazioni d'uso che un prodotto in microfibra può avere, affinché il consumatore possa essere sufficientemente ed adeguatamente informato relativamente alle proprietà di un prodotto, ed in particolare relativamente alla composizione del tessuto, appare necessario che vengano indicate, in modo chiaro ed evidente, le fibre di cui la "microfibra" è composta. (...) la generica indicazione di "tessuto in microfibra" (...) non si ritiene essere sufficiente a far comprendere ad un consumatore medio quale materiale sia stato utilizzato per fabbricare l'accappatoio. (...) Si ritiene che, proprio in assenza di una specifica definizione legislativa o regolamentare della definizione di "microfibra", né delle caratteristiche tecniche di tale prodotto, ed altresì in assenza di una prassi univoca e consolidata, il termine microfibra, (...) non si possa ritenere esaustivo e sufficiente. (...) Pertanto, anche in rapporto all'enfasi data nel messaggio e nel marchio alla composizione del prodotto, essendo proprio ciò che maggiormente caratterizza l'accappatoio stesso (in quanto ne comporta il poco ingombro e la buona capacità di assorbimento), sarebbero risultate essenziali delle precisazioni sulle fibre utilizzate, al fine di permettere ai consumatori di valutare l'effettiva composizione e convenienza del bene. È ormai consolidato l'orientamento dell'Autorità secondo il quale il messaggio pubblicitario deve dare delle avvertenze che in qualche modo limitino le aspettative suscitate con il claim principale, un rilievo ed un posizionamento nel contesto complessivo della comunicazione, tali da rendere ragionevolmente certo che il pubblico le percepisca e le valuti.(...)».

2009, n. 4138 con cui il T.A.R. Lazio ha respinto il ricorso del professionista per l'annullamento del provvedimento ed ha affermato che «(...)la completezza e la veridicità di un messaggio pubblicitario va verificata nell'ambito dello stesso contesto di comunicazione commerciale e non già sulla base di ulteriori informazioni che l'operatore pubblicitario renda disponibili solo a "contatto", e quindi ad effetto promozionale, già avvenuto»<sup>489</sup>.

Da ultimo, è opportuno segnalare come un ulteriore passo avanti a beneficio della trasparenza sull'origine dei prodotti alimentari sia stato realizzato con il recente Disegno di legge sulla competitività del settore agroalimentare che prevede, per la prima volta, un netto segnale di arresto delle pratiche commerciali scorrette realizzate nella presentazione degli alimenti e aventi ad oggetto la reale origine geografica degli ingredienti utilizzati<sup>490</sup>.

Per quanto attiene alla "quantità" sono assai diffuse le pratiche commerciali riconosciute ingannevoli per la divergenza tra la quantità del bene indicato nel messaggio promozionale o nell'offerta di acquisto e quella effettivamente acquistata dal consumatore. In questi casi, la condotta del professionista potenzialmente idonea ad indurre il consumatore in errore sulla quantità del prodotto e ad adottare una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe posto in essere, e dunque ingannevole ai sensi degli

---

<sup>489</sup> La sentenza prosegue affermando che «Così, nel caso di specie, è innegabile che l'effetto promozionale è riconducibile alla dicitura apposta sulla confezione, e al claim utilizzato nella pubblicità, laddove, invece, la consultazione dell'etichetta da parte del consumatore, prima dell'acquisto, è una circostanza del tutto eventuale(...) E neppure può condividersi l'assunto secondo cui, data la sintesi che caratterizza il linguaggio pubblicitario, non si potrebbe fornire al consumatore una informazione esaustiva e, al tempo stesso, scientificamente corretta, a tanto non essendo sufficiente l'aggiunta del nome del tessuto di cui si compone la microfibra. (...) è proprio l'assenza di una definizione univoca e di una prassi consolidata, a richiedere la massima completezza informativa compatibile con la formulazione della comunicazione pubblicitaria, e, a tal fine, appare sicuramente utile l'accorgimento, non particolarmente oneroso, prescritto dall'Autorità.»

<sup>490</sup> Il Ddl approvato dalla Camera dei deputati il 7 ottobre 2010 stabilisce che l'origine degli alimenti dovrà essere prevista obbligatoriamente in etichetta e che non potrà essere omessa nella comunicazione commerciale per non indurre in errore il consumatore. Viene così ribadito il diritto del cittadino di conoscere gli elementi essenziali che compongono i prodotti in osservanza del codice di consumo, nonché il diritto dei consumatori ad adottare scelte consapevoli. Inoltre, è indubbio come il testo sarà funzionale per una maggior tutela e la valorizzazione del Made in Italy.

artt. 20 e 21, comma 1, lett. b) cod. cons.<sup>491</sup>, integra quella che costituisce una delle più semplici condotte penalmente rilevanti come frode in commercio *ex art. 515 c.p.* .

E la convivenza nel medesimo fatto di un messaggio ingannevole ai sensi del codice del consumo e di una condotta fraudolenta penalmente rilevante viene confermata dalla Corte di Cassazione che ha affermato come *«in tema di frode nell'esercizio del commercio, nella nozione di dichiarazione di cui all'art. 515 c.p. rientrano anche le indicazioni circa origine, provenienza, qualità o quantità della merce contenute nell'eventuale messaggio pubblicitario che abbia preceduto la materiale offerta di vendita della stessa, essendo tale pubblicità idonea a trarre in inganno l'acquirente che riceve l'"aliud pro alio">>*<sup>492</sup>.

Inoltre, accanto al reato della vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.), anche il delitto dell'uso di marchi o segni distintivi alterati, contraffatti ad opera di soggetti terzi (prevista nella seconda parte dei commi 1 e 2 dell'art. 473 c.p.) tende a sovrapporsi ad un'altra pratica commerciale ingannevole prevista dall'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., la quale ricorre laddove una pratica, idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di carattere commerciale che altrimenti non avrebbe preso, *“comporti una qualsivoglia attività di commercializzazione del prodotto che ingenera confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente, ivi compresa la pubblicità comparativa illecita”*.

Nel precedente capitolo questa pratica commerciale è stata analizzata in prospettiva del suo stretto rapporto con la disciplina della concorrenza sleale.

---

<sup>491</sup> Si vedano a titolo esemplificativo: PS725, provv. n. 19516 del 11 febbraio 2009, in Boll. 6/2009 (*SUPERBASKO DI GENOVA-MANCANZA DI 0,350 LITRI DI DETERSIVO*) dove era stata fornita nelle comunicazioni pubblicitarie un'erronea indicazione della quantità del prodotto contenuta nella confezione posta in vendita nell'ambito di un'offerta promozionale: la pratica è stata idonea ad indurre il consumatore medio in errore con riguardo a una delle caratteristiche principali del prodotto, la quantità del prodotto, e quindi sulla natura e convenienza dell'offerta stessa, in modo tale da indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

<sup>492</sup> Cass. Pen., sez. III, 22 maggio 2008, n. 27105.

In questa sede, invece, si fornisce un'ulteriore chiave di lettura dei possibili risvolti che la medesima condotta del professionista può assumere.

Infatti, tale pratica può essere integrata qualora il professionista nell'ambito di un'attività di commercializzazione<sup>493</sup> di un bene o servizio ricorra all'uso di un marchio o altro segno distintivo "alterato"<sup>494</sup>, ed allora in questo caso ricorrerebbe il delitto previsto dall'art. 473, comma 1, seconda parte.

Oppure laddove impieghi marchi o segni distintivi "non veri"<sup>495</sup>, come accade nella vendita di prodotti industriali con segni mendaci, i quali per determinate caratteristiche (le dimensioni, il colore, il carattere ecc.) generano nella mente del consumatore uno stato di confusione tale da indurlo a confonderli con i marchi o i segni genuini di altri professionisti e, in conseguenza di ciò, ad adottare una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Ancora, l'art. 473 c.p. nella forma che assume quando il produttore pone in essere un'azione di contraffazione o alterazione di marchi, segni distintivi (comma 1), o brevetti, disegni (comma 2) richiama una pratica commerciale ingannevole della *black list*, ovvero quella descritta alla lett. o) dell'art. 23 cod. cons., dove il professionista promuove "*un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente (e quindi vi sarebbe un agire doloso di pari intensità al dolo richiesto dall'art. 473 c.p.) il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore*"<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> L'art. 21, comma 2, lett. a), cod. cons., concerne una pratica commerciale che si risolva nelle sole attività di commercializzazione del prodotto le quali sono composte dalle comunicazioni commerciali per la promozione, la vendita e la fornitura di un bene e dalle tecniche di negoziazione finalizzate all'immissione nel mercato finale ed alla conservazione del prodotto.

<sup>494</sup> Ricordando come l'alterazione consista nell'azione di mera modificazione di anche un solo elemento del marchio genuino.

<sup>495</sup> E quindi segni distintivi che non sono stati né alterati né contraffatti.

<sup>496</sup> Questa fattispecie, analoga all'imitazione servile, è realizzata solo da quelle condotte idonee a indurre il consumatore in uno stato di confusione tale da portarlo a credere che quel prodotto, il suo marchio, il logo che lo contraddistingue siano proprio quelli appartenenti ad un altro produttore più noto. Simili pratiche per produrre tale effetto, dove indubbiamente ricorre uno sfruttamento della notorietà di altri marchi o segni distintivi già affermati, potrebbero integrare la "contraffazione" o la condotta di "alterazione" rilevanti ai sensi dell'art. 473 c.p.. Ed allora l'interprete dovrà di volta in

**6. Il delitto di circonvenzione di persone incapaci e le pratiche commerciali ingannevoli: quando la condotta può raggiungere consumatori “deboli” particolarmente vulnerabili.**

L'art. 643 c.p. individua il delitto di circonvenzione di incapaci<sup>497</sup> nella condotta di *“chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato di infermità o di deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso”*<sup>498</sup>.

Si tratta di un delle forme più insidiose di attacco al patrimonio altrui ma differentemente dal reato di truffa contrattuale, dove, quantomeno inizialmente, le parti si trovano su un piano di sostanziale parità che poi va scemando a causa degli artifici e raggiri che inducono la controparte in errore menomandone il bagaglio informativo, qui i soggetti sono fin da subito parti di un rapporto diseguale.

Infatti, il soggetto agente è la parte “forte” che abusa, mediante un comportamento fraudolento, della particolare vulnerabilità, e della conseguente minore lucidità, della vittima.

La fattispecie ha tra i suoi elementi essenziali le peculiari caratteristiche dei soggetti passivi che sono: i minori di età<sup>499</sup>, gli infermi<sup>500</sup> e i deficienti psichici<sup>501</sup>.

---

volta verificare gli estremi della pratica e valutare se questa si spinge o meno oltre i confini del penalmente irrilevante segnati proprio dalla definizione ormai riconosciuta di “contraffazione” e “alterazione” del marchio.

<sup>497</sup> Questa ipotesi di reato si sostanzia in una speciale figura di frode ed ha rappresentato il punto di arrivo di una lunga evoluzione le cui origini risalgono al *Code Napoléon* del 1810 il quale prevedeva un reato di abuso del contratto configurabile, però solo nei riguardi dei minori. Per una puntuale ricostruzione storica della fattispecie si veda D. DAWAN, *La circonvenzione di persone incapaci*, Cedam, 2003, 3 e ss..

<sup>498</sup> Tale reato è punito con la reclusione da 2 a 6 anni e con la multa da 206,00 euro fino a 2.065,00 euro.

<sup>499</sup> Ovvero i soggetti infradiciottenni, anche se ai sensi del codice civile l'incapacità del minore può subire delle eccezioni come nel caso dei minori emancipati *ex* 390 c.c. .

<sup>500</sup> Con riferimento agli infermi si tratta di quei soggetti che presentano una sufficiente diminuzione della capacità di intendere e di volere, quale effetto di una condizione anche non patologica in senso

Esaminando tale delitto in raffronto con quelle pratiche commerciali che fanno leva sullo stato di menomata capacità di discernimento o attenzione di consumatori cd. “deboli”, viene in rilievo la circonvenzione ai danni dei minori e dei deficienti psichici.

Procedendo con ordine ai fini dell’inquadramento del reato, la condotta incriminata dall’art. 643 c.p. si compone del concorso di più elementi.

In primo luogo, l’agente deve adottare un comportamento che si sostanzia nell’abuso dei bisogni, delle passioni e dell’inesperienza del minore, o dello stato di deficienza psichica del soggetto passivo, dove per “abuso” si intende l’approfittamento o lo sfruttamento - realizzato con ogni mezzo idoneo - del particolare status o delle condizioni della vittima finalizzato a carpirne un consenso che in situazioni normali non sarebbe prestato<sup>502</sup>.

A questa prima fase deve seguire, in modo diretto e consequenziale<sup>503</sup>, l’induzione, mediante persuasione o suggestione, della vittima a compiere un atto<sup>504</sup> che deve determinare una seconda conseguenza, ovvero un effetto

---

prettamente clinico. Inoltre, per l’integrazione del reato di circonvenzione di incapaci non è richiesto uno stato di infermità abituale. Dubbi sono sorti sulla configurabilità del delitto in esame nell’ipotesi di un soggetto passivo totalmente incapace. L’orientamento negativo, che ha tra i suoi fautori F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 375 e G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 208, poggia sull’osservazione secondo cui l’opera di circuizione, adescamento o di abbindolamento presuppone che il soggetto passivo abbia un *minimum* di capacità psicologiche. Per una maggiore disamina sullo stato di infermità nell’ambito dell’art. 643 c.p. si veda D. DAWAN, *La circonvenzione*, cit., 37 e ss..

<sup>501</sup> Sono soggetti non affetti da un’infermità in senso stretto, ma da uno stato di generica menomazione che, sebbene possa lasciare in tutto o parzialmente impregiudicata la capacità di intendere e di volere, rende il soggetto una facile vittima di allettamenti. Solitamente tale condizione dovuta a diverse cause, quali l’età, la cultura, la capacità mentale, gli stati emotivi e passionali, si manifesta con un minore potere di critica, una menomazione dell’attenzione che vanno a riflettersi su una condotta “anomala”.

<sup>502</sup> Il soggetto agente deve esercitare una pressione psicologica (mediante attività di suggestione, eccitamento, stimolo) che sia “apprezzabile” e che dunque non è integrata da una semplice richiesta o da un mero approfittamento della menomazione della vittima. Proprio per questo la giurisprudenza (Cass. Pen., 19 giugno 1999 e Cass. Pen., 24 giugno 1985) tende a escludere che una condotta omissiva possa integrare l’induzione della circonvenzione di incapaci.

<sup>503</sup> Tra l’abuso e l’induzione a compiere un atto ricorre un nesso di causalità psicologica e la giurisprudenza sostiene, secondo un’interpretazione estensiva, che il reato sia configurabile anche qualora l’attività del reo si limiti a rafforzare una precedente decisione dagli effetti pregiudizievoli per la vittima, ad esempio impedendo dei ripensamenti (Cass. Pen., 23 novembre 1987)-

<sup>504</sup> L’atto deve essere inteso come sinonimo di ogni comportamento umano idoneo a produrre effetti giuridici. Può essere verbale o scritto e non avere necessariamente natura patrimoniale. Per quanto riguarda i vizi che inficiano l’atto viene generalmente escluso (in questo senso G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op.*, cit., 211 e M. SINISCALCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, 52) che possano derivare dalla condizione personale del soggetto passivo: se l’atto è affetto da nullità sanabile o annullabile il reato è configurabile, mentre non lo è laddove l’atto oggetto dell’induzione sia inesistente o inficiato da nullità insanabile.



dannoso per lo stesso soggetto passivo o per altri: dunque è un reato contraddistinto dalla cooperazione della stessa vittima.

La circonvenzione di incapaci è un reato doloso ed è integrato dal concorso tra dolo generico, inteso come coscienza e volontà del fatto tipico - il reo deve agire con la consapevolezza della condizione di infermità, minorità o deficienza psichica della soggetto passivo<sup>505</sup> - e dolo specifico, ovvero lo scopo ulteriore di procurare a sé o ad altri un profitto<sup>506</sup>.

In merito all'individuazione del momento consumativo del delitto di circonvenzione di incapaci, si ritiene che questo sia un reato a consumazione anticipata<sup>507</sup>, poiché si perfeziona non al momento della realizzazione del profitto verso cui è diretta l'azione criminosa dell'agente, ma in quello che vede il soggetto passivo compiere l'atto potenzialmente idoneo a produrre effetti giuridici dannosi.

Si tratta di un illecito di pericolo ai fini della cui consumazione è sufficiente che si siano verificati i «*presupposti tipici di un danno di "giuridica attualità"*»<sup>508</sup>, mentre la concretizzazione del pregiudizio economico è meramente eventuale e non necessaria<sup>509</sup>.

---

<sup>505</sup> Qualora l'agente sia ragionevolmente convinto della piena capacità della sua controparte è esclusa l'integrazione dell'art. 643 c.p..

<sup>506</sup> In merito al requisito del profitto, nel silenzio della norma, giurisprudenza (Cass. Pen., 4 maggio 1983) e dottrina (A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Jovene, 1950, 181 e ss.) ritengono debba avere natura ingiusta. Invece, per quanto attiene alla sua patrimonialità, l'opinione maggioritaria esclude che un profitto privo del carattere patrimoniale integri il delitto di circonvenzione, poiché che se la norma avesse voluto tutelare in via primaria la libertà individuale dell'incapace alla libera contrattazione, ponendo in secondo piano la tutela del patrimonio, il legislatore non avrebbe considerato nello schema della norma la dannosità dell'atto dell'incapace per soggetti terzi, non assumendo quest'ultimo aspetto alcun rilievo ai fini della garanzia della libertà negoziale dell'infermo o del minore. In questo senso G. FIANDACA-E. MUSCO, ult. *Op.*, cit., 212 e D. DAWAN, ult. *Op.*, cit., 126 e ss.. *Contra*, M. SINISCALCO, *Circonvenzione*, cit., 53, il quale nega la natura patrimoniale del profitto ricostruendo il reato come lesivo della libertà di autodeterminazione dell'incapace.

<sup>507</sup> Così A. DE MARSICO, *Delitti contro patrimonio*, cit., 181.

<sup>508</sup> Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 213. Nello stesso senso F. MANTOVANI, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 190 e D. DAWAN, ult. *Op.*, cit., 83 e ss..

<sup>509</sup> In questo senso Cass. Pen., sez. II, 13 aprile 2000, la quale afferma che per la «*configurabilità della circonvenzione, non occorre che l'effetto dannoso consegua all'atto indotto come conseguenza giuridica immediata (...) ma è sufficiente che l'atto, determinato dal dolo o dalla frode dell'agente, sia idoneo ad integrare un pregiudizio o un pericolo di pregiudizio per il soggetto passivo che l'ha posto in essere o per altri*». Nello stesso senso Cass. Pen., sez. IV, 23 aprile 2008, n. 27412. E dunque, come sottolinea D. DAWAN, cit., ai fini del perfezionamento del reato in esame non è necessaria la contestualità tra il compimento dell'atto da parte della vittima e l'effetto dannoso e quest'ultimo consiste in quell'effetto produttivo, anche solo potenzialmente, di un danno patrimoniale.

Venendo ora alle pratiche commerciali ingannevoli suscettibili di arrecare pregiudizio a consumatori particolarmente deboli, i riflettori sono puntati immediatamente su quelle fattispecie in cui i professionisti promuovono determinati prodotti mediante un'attività idonea ad indurre in errore il consumatore sui risultati che si possono attendere dall'uso di un dato bene (art. 21, comma 1, lett. *b*) cod. cons.) o, più nello specifico, quelle pratiche dove l'imprenditore afferma, contrariamente, al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni (art. 23, comma 1, lett. *s*), cod. cons.).

Si tratta, invero, di ipotesi in parte esaminate nell'ambito del parallelismo tra pratiche commerciali ingannevoli e la truffa contrattuale aggravata prevista dall'art. 640, comma 2, n. 2, c.p..

Ma, è opportuno evidenziare il ricorrere di una serie di note che segnano la linea di demarcazione tra la truffa vessatoria e la circonvenzione di incapaci<sup>510</sup>.

Prima fra tutti rileva l'«induzione»: differentemente dall'ipotesi dell'art. 640 c.p. l'induzione della circonvenzione di incapaci non è una induzione in errore, bensì una forma di suggestione, di persuasione che fa leva su un abuso del preesistente stato di vulnerabilità della vittima.

Dunque non costituisce requisito di fattispecie l'inganno truffaldino<sup>511</sup>.

Nella truffa non sussiste una situazione di disparità sul piano fisico-psichico tra i soggetti e quindi non vi sono i presupposti per l'integrazione di un abuso: il soggetto attivo pone in essere artifici o raggiri con cui si limita ad incidere sulla rappresentazione della realtà e sulla conseguentemente formazione della volontà del soggetto passivo il quale

---

<sup>510</sup> La circonvenzione non è un reato a forma vincolata come la truffa e la condotta rileva *ex art.* 643 c.p. solo ove diretta nei confronti di soggetti specifici individuati dalla stessa disposizione codicistica.

<sup>511</sup> Nella circonvenzione il soggetto passivo compie l'atto per debolezza e non per errore. Questo e gli artifici o raggiri non devono necessariamente ricorrere perché la fattispecie sia integrata. Come osserva G. MARINI, voce *Incapaci (circonvenzione di)*, in *Dig. disc.pen.*, VI, Torino, 1992, 319, «*la condotta di circonvenzione non è causalmente ricollegata al verificarsi di un errore nel suo destinatario, ben potendo essere l'errore preesistente al e fatto solo oggetti di sfruttamento da parte dell'agente (...); la condotta di truffa, invece, deve essere idonea a provocare l'errore, non potendo consistere nel mero sfruttamento dell'errore preesistente*».

decide comunque autonomamente (seppure sulla base di un erroneo convincimento).

La volontà dell'incapace, invece, non si forma autonomamente ma è il frutto di una suggestione e quindi finisce con l'essere predisposta, più o meno indirettamente, dall'approfittamento dell'agente<sup>512</sup>.

Definiti i tratti differenziali tra i due delitti contro il patrimonio, è evidente come la condotta del professionista che abusa della condizione di deficienza psichica ai sensi dell'art. 643 c.p. possa al contempo integrare una pratica ritenuta di per se ingannevole quale quelle descritta dalla lett. s) dell'art. 23 cod. cons..

La deficienza psichica, infatti, non è una situazione clinicamente o tecnicamente patologica, ma è ormai riconosciuta come un concetto giuridico che individua una zona grigia a metà tra l'infermità vera e propria e la sanità mentale.

Essa deve essere *«intesa i senso ampio, comprensivo di qualsiasi minorazione, anche temporanea, della sfera intellettuale, volitiva o affettiva del soggetto passivo e può quindi derivare dalla fragilità del carattere, dalla vecchiezza e, in genere, da ogni altra analoga situazione che si presti agli abusi (...)»*<sup>513</sup>.

Ancora, *«lo stato di infermità o deficienza psichica del soggetto passivo non deve necessariamente consistere in una vera e propria malattia mentale, ma può sostanziarsi in tutte le forme in cui vi siano un'incisiva menomazione delle facoltà di discernimento o di determinazione volitiva, un abbassamento intellettuale e delle capacità di critica, tali da diminuire i poteri di difesa contro le insinuazioni e le insidie e da rendere possibile l'intervento suggestivo dell'agente; deve cioè essere esclusa la capacità del circonvvenuto di avere oculata cura dei propri interessi»*<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> Ovviamente, nulla esclude che nell'ambito della fungibilità dei mezzi impiegati per realizzare l'abuso il soggetto agente ponga in atto degli artifici o raggiri ai fini della realizzazione della condotta di circonvenzione.

<sup>513</sup> Cass. Pen., sez. V, 14 dicembre 1977.

<sup>514</sup> Cass. Pen., sez. II, 4 ottobre 2006, n. 40383. Nello stesso senso: Cass. Pen., sez. II, 1 dicembre 2005, n. 3458 e Cass. Pen., sez. II, 11 novembre 2005, n. 41600.

E proprio simile ampliamento della nozione di deficienza psichica riflette l'evoluzione del delitto *de quo* che estendendone la sfera dei soggetti tutelati e quella degli atti costitutivi dell'evento sembra ormai incentrare l'offesa sul momento dell'abuso dello stato di inferiorità della vittima piuttosto che sul danno patrimoniale.

Quindi, come avviene per la finalità primaria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, il reato in esame parrebbe maggiormente legato alla tutela della libertà di determinazione della persona che non dei suoi interessi patrimoniali<sup>515</sup>.

Ora, la menomazione delle facoltà di discernimento o di determinazione volitiva, la diminuzione intellettuale delle capacità di critica sono proprio le condizioni in cui solitamente versano i consumatori cd. deboli contemplati dalla lett. s) dell'art. 23 cod. cons., nonché quelli vittima delle pratiche contenenti informazioni errate o false sui risultati derivanti dall'uso di un prodotto, in quanto il professionista per concludere contratti di vendita aventi ad oggetto prestazioni terapeutiche, prodotti, macchinari in grado di curare determinate patologie, disfunzioni o meri difetti estetici, si rivolge proprio a quei consumatori particolarmente "sensibili" all'argomento, alla malattia interessata dall'uso del prodotto, i quali sono facilmente indotti a credere e affidarsi alle promesse di guarigione e di un futuro migliore paventate dai messaggi commerciali<sup>516</sup>.

Come nella circonvenzione, l'autore della pratica commerciale abusa dello status di deficienza psichica inducendo il consumatore ad assumere una decisione commerciale (che concretizza l'atto di cui all'art. 643 c.p.) che in condizioni di lucidità, nonché in assenza dell'approfittamento e delle suggestioni, non avrebbe altrimenti assunto<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> M. RONCO, *Circonvenzione di incapaci*, in *Enc. Treccani*, VI, 1988, 8.

<sup>516</sup> L'Autorità Antitrust ha adottato diversi provvedimenti in cui riconduce in questa categoria di soggetti vulnerabili tutti i casi di consumatori in sovrappeso che si affidano ai messaggi pubblicitari che associano all'assunzione di un prodotto prodigiosi cali ponderali senza dover svolgere attività fisica o adottare un corretto regime alimentare controllato.

<sup>517</sup> Sul punto si vedano i provvedimenti dell'Autorità Antitrust, precedentemente citati, in materia di truffa contrattuale PS2681 (*Sensitiva Adelia Felice*) e PS 2860 (*Stufetta miracolosa*).

Infine, può rientrare nell'ambito della definizione giurisprudenziale di deficienza psichica, anche la maggiore sensibilità e vulnerabilità verso le suggestioni, la naturale credulità e l'inesperienza dei bambini e degli adolescenti contemplati quale particolare categoria di consumatori tutelati dalla previsione del comma 4 dell'art. 21 cod. cons.<sup>518</sup>.

Dunque, ben potrebbe sussistere una pratica commerciale integrante, oltre un'ipotesi di ingannevolezza ai sensi dell'art. 21, comma 4, la circonvenzione di soggetti minori.

### **6.1. Il contratto concluso dalla vittima del reato di circonvenzione di incapaci. Cenni.**

Come in materia di truffa contrattuale, anche il delitto di circonvenzione di incapaci ha suscitato due interrogativi relativi al rapporto contratto-fattispecie penale.

Per quanto concerne la configurabilità del delitto nelle ipotesi di invalidità del negozio posto in essere dalla vittima, è opportuno prendere le mosse dal dato letterale dell'art. 643 c.p. che parla di "*atto che importi qualsiasi effetto giuridico*".

L'espressione allude a qualunque atto al quale l'ordinamento riconosce l'idoneità a produrre effetti giuridici della creazione, modifica e perdita di un diritto.

Nel caso in cui il contratto sia annullabile *nulla quaestio*.

Infatti l'annullabilità non opera di diritto e dunque fin quando non interviene la sentenza del giudice l'atto annullabile produce gli effetti dannosi per la vittima stessa o per soggetti terzi ai sensi dell'art. 643 c.p..

---

<sup>518</sup> Tanto l'art. 643 c.p. quanto l'art. 21, comma 4, parlano di "inesperienza" come incompiuta formazione del patrimonio di conoscenze del minore il quale essendo impreparato al momento della valutazione dei messaggi e delle condotte persuasive di cui è destinatario finisce con compiere scelte inadeguate. E, in entrambe le fattispecie, il professionista fa leva sulle passioni, ovvero il minor controllo emotivo, e i bisogni, che nei minori sono spesso ingigantiti e avvertiti indipendentemente da ogni rilevanza sociale, economica o morale.

Inoltre, una volta intervenuto l'annullamento, nonostante la sua retroattività, l'atto fino al momento della sentenza ha prodotto i suoi effetti ed il delitto è ugualmente integrato poiché prescinde dalla pronuncia giudiziale che priva di efficacia giuridica il negozio.

Invece, laddove il contratto sia nullo ricorrono maggiori incertezze.

Messo da parte l'orientamento che escludeva la possibile integrazione del reato nel caso di nullità assoluta dell'atto<sup>519</sup>, è stata abbracciata la soluzione positiva basata sulla natura del delitto e sull'individuazione del suo momento consumativo.

La circonvenzione di incapaci è un reato di pericolo e quindi ai fini della sua integrazione non rileva la realizzazione dell'oggetto dell'obbligazione derivante dall'atto: il reato si perfeziona nel momento in cui l'incapace pone in essere l'atto in quanto è sufficiente la sua idoneità, anche meramente potenziale, a generare effetti giuridici dannosi<sup>520</sup>.

Venendo ora alla sorte del contratto concluso dalla vittima del reato di circonvenzione, anche qui, come in materia di truffa, la questione ruota attorno all'art. 1418 c.c. ed alla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.

Ma con riferimento al delitto in esame la Suprema Corte di Cassazione ha adottato un orientamento che accoglie la tesi della nullità del contratto concluso dall'incapace a seguito della circonvenzione.

Ciò in quanto, pur essendo la circonvenzione di incapace un'ipotesi di reato in contratto, se la stipulazione del contratto è l'effetto della consumazione del reato previsto dall'art. 643 c.p., sussiste la violazione di

---

<sup>519</sup> Così A. SANDULLI, *Circonvenzione di persone incapaci*, 1936. O, ancora, A. DE MARSICO, *Delitti contro patrimonio*, cit., p. 180-181, afferma che se l'atto dovesse essere privo delle forme richieste *ad substantiam* o *ad probationem* e al tempo stesso non potesse assumere nemmeno il valore di un atto dagli effetti giuridici minori, come con la conversione del negozio nullo, ricorrerebbe un reato senza oggetto e dunque un'ipotesi di reato impossibile.

<sup>520</sup> E' sufficiente che il soggetto passivo adotti un qualunque atto negoziale, ad esempio conclude un contratto, perché la fattispecie penale sia realizzata e ciò a prescindere dall'eventuale nullità dell'atto che assume rilievo esclusivamente in termini di mancata concretizzazione degli effetti dannosi.

una norma di ordine pubblico e dunque l'atto deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. per contrasto a norme imperative<sup>521</sup>.

La *ratio* della nullità del contratto deve essere rinvenuta nella primaria esigenza di tutelare l'autonomia privata e la libera estrinsecazione dell'attività negoziale delle persone deboli affette da stati di deficienza psichica o di minorazione, e non la sola integrità del patrimonio.

E proprio tale esigenza suggerisce il riconoscimento dell'art. 643 c.p. come norma imperativa la cui violazione determina la nullità del contratto *ex art. 1418 c.c.*<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> Così Cass. Civ., sez. II, 7 febbraio 2010, n. 2860 e Cass. Civ., sez. IV, 23 aprile 2008, n. 27412. Così sentenziando, la Corte ha ritenuto che anche per le fattispecie caratterizzate da un'evidente connotazione in senso patrimoniale del bene protetto, occorre guardare alla *ratio* ultima dell'incriminazione penale. E, dunque, essendo questa riconducibile all'esigenza di tutela di interessi collettivi di carattere generale – espressione di principi di ordine pubblico – il rimedio azionabile sarebbe la nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c., in luogo dell'annullabilità che, invece, sarebbe posta a presidio dei soli interessi patrimoniali-individualistici. Sempre in questo senso P. SILVESTRI, *Circonvenzione di incapace, invalidità del contratto e potere del giudice penale di disporre la restituzione alla parte civile del bene trasferito*, in *Cass. Pen.*, 2009, 9, 3502.

<sup>522</sup> Le prime pronunce della Corte di Cassazione orientate a favore della nullità del contratto hanno articolato tale risultato partendo dall'analisi comparativa della disciplina dettata dal codice civile sull'incapacità naturale e della disciplina penale sulla circonvenzione di incapaci raffrontando il contratto contrario a norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. e quello oggetto del combinato disposto degli artt. 428 c.c. (atti compiuti da persona incapace d'intendere o di volere) e 1425 c.c. (annullabilità del contratto concluso dall'incapace). L'orientamento in questione, nonostante la disomogeneità delle fattispecie degli artt. 428 c.c. e 643 c.p. (dove la prima dà rilievo solo alle situazioni di incapacità di intendere e di volere mentre la seconda individua quale soggetto passivo anche chi è affetto da un temporaneo momento di scarsa lucidità, da uno stato di minorazione psichica che ne affievolisce il potere di critica accentuandone la vulnerabilità ad esser vittima di accattivanti suggestioni) al fine di garantire l'effettività della tutela predisposta dalla norma penale riconosce la nullità *ex art. 1418 c.c.*. In senso opposto, si esprime il pensiero di M. RABITTI, *Contratto illecito*, cit., 212 e ss., la quale sottolinea come l'annullabilità del contratto strumentale al reato di circonvenzione di incapaci non può essere affermata in via assoluta essendo necessario raffrontare il caso concreto con gli elementi della fattispecie dell'art. 428 c.c.. È rilevato come lo stato di incapacità richiesto dall'art. 643 c.p. non rientri sempre ed automaticamente nello schema dell'art. 428 c.c., poiché dottrina e giurisprudenza concordano con il ricondurre allo *status* di deficienza psichica il mero indebolimento del potere volitivo, di critica e discernimento, ne consegue che in alcuni casi in concreto non ricorrono le condizioni necessarie dell'annullabilità del contratto lesivo della libertà negoziale. Ed allora in tale ipotesi alla commissione del delitto non seguirebbe l'annullabilità del contratto che rimarrebbe valido, ma potrebbe al massimo ricorrere una responsabilità per danni del soggetto agente. L'Autrice, sposando la tesi di M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*», cit., 261 e ss., definisce queste ipotesi come le cd. «incapacità deboli» le quali «*pur ponendosi al di sotto della soglia dell'incapacità di intendere e di volere, e perciò non integrando i presupposti della fattispecie rilevante ai fini dell'annullamento, possono essere prese in considerazione dall'ordinamento sul piano risarcitorio*». Sul punto ritengo interessante il passaggio successivo che pare perfettamente calzante con quella che è la sostanza del comportamento canonico delle pratiche commerciali scorrette e che poi può, ove ne ricorrano gli elementi essenziali, integrare la circonvenzione di incapaci. L'Autrice, infatti, afferma come tali ipotesi delle incapacità deboli siano valutate dall'ordinamento come «*quel contegno sleale e scorretto del contraente che, conoscendo lo stato di fragilità dell'altra parte (e in caso di circonvenzione di incapace abusando di tale situazione al fine di indurlo a concludere il contratto) approfitti della situazione per concludere il contratto a condizioni più vantaggiose*». E prosegue riconoscendo come simili fattispecie di temporaneo indebolimento psichico, che ricadono nella

## CAPITOLO IV

### DALL’*HOMO OECOMICUS* AL CONSUMATORE-PERSONA NEL MERCATO GLOBALIZZATO TRA TUTELA CIVILE PENALE E AMMINISTRATIVA

#### 1. IL CONSUMATORE DIVIENE “PERSONA” DEL MERCATO GLOBALE.

La tutela della persona nell’ambito socio-economico è aspetto delicato e controverso in virtù del rapporto che intercorre tra la persona titolare, ai sensi dell’art. 2 Cost., di diritti e doveri inviolabili ed è parte integrante della realtà economica dei mercati e la persona che agisce assumendo la peculiare veste di “consumatore”.

Da sempre la persona è stata posta al centro dei meccanismi di tutela privatistici. L’autonomia privata sancita dall’art. 1322 c.c. è il principio ispiratore della disciplina contrattualistica e dei relativi rimedi.

Successivamente, l’evoluzione dei rapporti negoziali, dei sistemi di circolazione della ricchezza e l’ampliamento dei mercati hanno innescato i primi cambiamenti.

---

fattispecie della circonvenzione di incapaci, possano rilevare come vizi incompleti del contratto. Ed allora secondo M. RABITTI ecco che il contratto mediante il quale viene realizzato il delitto previsto dall’art. 643 c.p. potrà essere annullabile, ove ne ricorreranno le condizioni previste dalla legge, oppure essere fonte di responsabilità risarcitoria per il soggetto attivo, ma non sarà mai nullo. Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26724 in materia di intermediari finanziari) afferma che l’indirizzo giurisprudenziale che sostiene la nullità del contratto stipulato dal soggetto circonvenuto andrebbe rimediato. Ed allora, G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. Civ.*, 2008, 5, 1189, ha affermato che (pur basandosi su presupposti diversi) tra l’art. 643 c.p. e l’art. 428 c.c. sussisterebbe un rapporto di specialità, sostiene che parlare di nullità virtuale ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c. del contratto concluso dal circonvenuto presupporrebbe che la norma penale avesse ad oggetto la stipulazione stessa del contratto e non il comportamento dell’agente in sede di formazione del contratto. L’Autore, però, non condivide la tesi secondo la quale l’art. 643 c.p. vieterebbe sia la condotta che il contratto stesso e ritiene che la nullità del contratto posto in essere dall’incapace circonvenuto sia in realtà una nullità strutturale ai sensi del comma 2 dell’art. 1418 c.c.. *«quando il comportamento di abusiva induzione dell’incapace alla stipulazione faccia venir meno la possibilità stessa di configurare un accordo (...) In questi termini, la nullità del contratto è in funzione delle concrete modalità di realizzazione della circonvenzione, e non è conseguenza necessaria di questa (...)»*.



Ad esempio con gli artt. 1341 e 1342 c.c. relativi alle condizioni generali del contratto si è assistito ad una tutela che pur apparentemente nata nell'interesse del contraente "debole" che si appresta a concludere contratti predisposti unilateralmente dal contraente "forte" ha poi finito per legittimarne l'uso<sup>523</sup>.

In seguito, si è addirittura riconosciuto il Codice Civile come l'espressione del potere dell'impresa a discapito del singolo individuo.

Non solo. La globalizzazione della società ha condotto ad uno scenario economico pervaso da incessanti, talvolta anche invasivi, flussi internazionali di capitali, beni, servizi e tecnologia, in cui il singolo individuo è suo malgrado continuamente esposto alla possibilità di essere la vittima di condotte, decisioni, assetti economici lesivi dei suoi interessi e dei suoi diritti.

Dunque, la "persona", non solo quella qualificabile come consumatore, è soggetta ad incessanti pressioni create dal mercato globale.

Questo è segnato da dinamiche produttive, distributive e da rapporti transnazionali improntati ai valori della concorrenza, della competitività e del maggior profitto.

In un tale contesto, caratterizzato dalla diffusione e dall'evoluzione delle pratiche commerciali che intessono le fitte maglie delle relazioni tra le imprese, il confronto, gli scambi, le alleanze tra i centri economici si autoregolano in quanto governati dalla *lex mercatoria* degli schemi contrattuali uniformi: il contratto è plasmabile e si presta ad assumere nuove forme che rispondano alle nuove esigenze del mercato globalizzato<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> F. BILANCIA, *Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica* - Relazione al Convegno "Diritti dell'individuo e diritti del consumatore", Milano 14 dicembre 2007, 13.

<sup>524</sup> La globalizzazione ha determinato una presenza del contratto sempre più ingombrante e decisiva nell'ambito dei rapporti economici al punto che F. BILANCIA, *Statuto del consumatore*, cit., 16, ha parlato di "contratto al posto della legge", in quanto l'istituto da strumento dell'autonomia privata è divenuto il *deus ex machina* del mercato e del suo andamento. Infatti, il contratto non è solo la nuova fonte normativa delle relazioni finanziarie e commerciali che animano l'economia globale. Esso da strumento di circolazione è divenuto strumento di creazione di nuovi prodotti, nuove ricchezze che il più delle volte non hanno nulla di materiale. Ad oggi le realtà commerciali, industriali e finanziarie poggiano sulla dematerializzazione dei prodotti attraverso l'uso di contratti atipici, nuovi, in continuo mutamento.

Nell'odierna società transnazionale caratterizzata dalla produzione e dalla distribuzione di massa si afferma, su scala mondiale, la contrattazione in serie caratterizzata dalla circolazione di modelli contrattuali atipici spesso frutto delle *law firms* americane.

E' evidente, quindi, il bisogno di assicurare una tutela della persona che sia in grado di preservarne gli interessi economici ed i diritti fondamentali, tra cui la libertà economica e l'autonomia negoziale, e che vada ben oltre la tutela della persona intesa nelle fattezze del mero consumatore.

L'improcrastinabilità dell'attuazione di una tutela della persona che superi i profili esclusivamente economici, abbandonando la subordinazione degli interessi individuali dei consumatori, dei lavoratori, dei datori di lavoro e degli imprenditori, ovvero degli interessi della "persona" universalmente intesa, all'interesse della "produzione", è approdata ad una presa di posizione orientata a favore della persona colta nel momento in cui agisce o è destinataria di condotte di terzi nella veste di "consumatore".

Prima il d.lgs. n. 206/2005 che ha introdotto nell'ordinamento italiano il codice del consumo, poco più tardi il d.lgs. n. 146/2007, attuativo della direttiva n. 2005/29/Ce, che ha introdotto nel codice del consumo la disciplina delle pratiche commerciali scorrette poste in essere nei rapporti tra consumatori e imprese, hanno delineato una regolamentazione delle attività imprenditoriali e commerciali in cui all'obiettivo di garantire un mercato unico e concorrenziale si è unito con vigore quello di garantire il maggior grado di protezione dei consumatori.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette è principalmente, se non esclusivamente, volta a colmare il gap informativo e la diversa forza economico-contrattuale che contraddistinguono i tratti del rapporto professionista-consumatore.

E' una difesa del cittadino-consumatore di carattere preventivo-sanzionatorio che si inserisce in quello che è altro non è che un microcosmo della più vasta e multiforme realtà economica del mercato.

E all'interno di tale microcosmo, che si erige su quell'insieme di pratiche commerciali rivolte ad un determinato consumatore (o gruppo di

consumatori) che, nella moltitudine delle forme assunte, possono sfociare nella stipula di un contratto, viene ad essere garantita prima di tutto l'autonomia delle scelte del consumatore, la sua libertà di autodeterminarsi e di decidere in modo consapevole.

Ma accanto alla tutela predisposta dal codice civile ricorre l'intervento garantista di matrice penale che, attraverso una precisa serie di disposizioni, persegue la salvaguardia tanto degli interessi generali della persona fisica quanto del mercato globale<sup>525</sup>.

Infine, la disciplina dettata dal codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette prevede un *tertium genus* di tutela, di natura amministrativa, del consumatore che si concreta nell'opera dell'Autorità Antitrust in prima istanza ed in seconda battuta nel giudizio del T.A.R. e, eventualmente, del Consiglio di Stato.

## **2. La tutela predisposta dal codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette.**

L'art. 11 della direttiva 2005/29/Ce ha rimesso alla discrezionalità dei singoli Stati membri la scelta relativa all'individuazione delle funzioni di *enforcement* finalizzate al controllo ed alla repressione delle pratiche commerciali scorrette<sup>526</sup>.

---

<sup>525</sup> Una tutela diretta della persona, intesa anche, e non solo, come consumatore, è quella prevista da una serie di reati come quelli analizzati nel precedente capitolo, ovvero la truffa (art. 640 c.p.), la frode in commercio e le sue varie specificazioni (artt. 515, 516, 517 c.p.), la circonvenzione di incapaci (art. 643 c.p.). Inoltre, ricorre, sia in favore del mercato che, indirettamente, a beneficio dei consumatori-persone, la tutela predisposta contro il delitto di contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi, di opere dell'ingegno o di prodotti industriali (art. 473 c.p.). Si pensi, ancora, al Titolo VIII, Capo I, del codice penale, dedicato ai delitti contro l'economia pubblica: distruzione di materie prime o di prodotti agricoli o industriali ovvero di mezzi di produzione (art. 499 c.p.), il reato di aggio di cui all'art. 501 c.p., alle manovre speculative su merci (art. 501-bis c.p.).

<sup>526</sup> L'art. 11 recita «*Gli Stati membri assicurano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori. Tali mezzi includono disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali, inclusi i concorrenti, possono: a) promuovere un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o b) sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria. Spetta a ciascuno Stato membro decidere a quali di questi mezzi si debba ricorrere e se sia opportuno che l'organo*

Il legislatore italiano ha quindi scelto di attribuire tali competenze all’Autorità garante della concorrenza e del mercato in modo pieno ed esclusivo<sup>527</sup> come dispone l’art. 27 cod. cons. in materia di tutela amministrativa e giurisdizionale.

Si tratta di una scelta che riflette la presa di coscienza, ormai da anni radicata in paesi come gli Stati Uniti, il Regno Unito e l’Australia<sup>528</sup>, della complementarità e delle reciproche tensioni tra il diritto della concorrenza e la tutela dei consumatori come chiave imprescindibile per la realizzazione di un mercato efficiente ed al contempo effettivamente libero<sup>529</sup>.

Rispetto ai poteri che erano precedentemente riconosciuti all’Autorità Antitrust in materia di pubblicità ingannevole, il nuovo art. 27 cod. cons. ha previsto una serie di novità di particolare rilievo: *i*) la procedibilità d’ufficio da parte dell’Antitrust; *ii*) la possibilità di condurre verifiche ispettive; *iii*) l’istituto degli “impegni”; *iv*) l’aumento delle sanzioni amministrative pecuniarie.

---

*giurisdizionale o amministrativo possa esigere che si ricorra in via preliminare ad altri mezzi previsti per risolvere le controversie, compresi quelli di cui all’articolo 10. Il ricorso a tali mezzi è indipendente dal fatto che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro. Spetta a ciascuno Stato membro decidere: a) se le azioni giudiziarie possano essere promosse singolarmente o congiuntamente contro più professionisti dello stesso settore economico, e b) se possano essere promosse nei confronti del responsabile del codice allorché il codice in questione incoraggia a non rispettare i requisiti di legge».* La scelta di designare quale Autorità competente in materia di pratiche commerciali scorrette è poi ricaduta sull’AGCM in considerazione di una serie di esigenze quali la conoscibilità e la pubblicità delle decisioni, l’imparzialità dell’Autorità amministrativa indipendente e lo sviluppo di una maggiore reazione dei consumatori contro le pratiche commerciali scorrette possibile proprio grazie alla possibilità di inviare all’Autorità la segnalazione a costo zero.

<sup>527</sup> A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 385-386, ritiene che alla base di tale attribuzione esclusiva concorra anche la natura sovra-individuale degli interessi presi in considerazione dalla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

<sup>528</sup> Negli U.S.A la *Federal Trade Commission (FTC)* è responsabile dell’applicazione del diritto antitrust e della tutela del consumatore. Nel Regno Unito l’Autorità preposta alla vigilanza di questi due settori è l’*Office of Fair Trading* (la quale è stata investita di un significativo ampliamento e rafforzamento dei suoi poteri in materia di tutela dei consumatori con l’adozione dell’*Enterprise Act* del 2002), mentre in Australia l’*Australian Competition and Consumer Commission* promuove la libera concorrenza e le pratiche corrette sul mercato a beneficio e nell’interesse di consumatori e imprese.

<sup>529</sup> La disciplina delle pratiche commerciali scorrette coinvolge tanto i rapporti tra professionisti e consumatori quanto i rapporti tra soli professionisti: ne consegue un inevitabile coinvolgimento, accanto alle norme poste a tutela dei consumatori, delle norme dettate in materia di concorrenza. Sulla positività del ruolo centrale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato si vedano A. GENOVESE, *L’enforcement e le tutele*, in *I decreti*, cit., 210 e A. PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 4/2008, 515 e ss..

## 2.1. La tutela conciliativa, stragiudiziale e collettiva del consumatore. Cenni.

Prima di esaminare nello specifico il procedimento che si svolge dinnanzi all'Autorità Garante, è opportuno inquadrare le ulteriori strade che il codice del consumo offre al consumatore contro la minaccia delle insidie messe in atto dalle pratiche commerciali scorrette.

Gli artt. 27-*bis* e 27-*ter* cod. cons., contemplano la via dell'autodisciplina incentrata sulla figura dei codici di condotta.

Dinnanzi a consumatori sempre più esigenti che sono incessantemente nel mirino di condotte scorrette, le imprese devono porre alla base delle loro attività e della loro organizzazione l'elemento della fiducia il quale, a sua volta, rinvia ai canoni della qualità, della trasparenza, dell'efficienza e dell'autenticità.

Proprio alla luce di questo insieme di scopi intermedi e strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale, i professionisti sono indotti ad adottare forme di *governance* e di regolamentazione mediante le quali coniugare le esigenze più egoistiche dell'impresa con quelle altruistiche e garantiste imposte dal mercato e dal pubblico dei fruitori di beni e servizi.

Questi meccanismi di *governance* altro non sono che i codici di condotta che affiancano, senza alcuna pretesa sostitutiva, le leggi e le altre fonti normative in vigore, tanto che oggi, come si è già avuto modo di constatare in materia di pratiche commerciali ingannevoli ai sensi degli artt. 21, comma 2, lett. *b*) e 23, lett. *a*) e *c*) cod. cons., sono espressamente riconosciuti come lo strumento che permette alle imprese e alle associazioni dei consumatori di auto responsabilizzarsi e realizzare così le cd. *best practises*<sup>530</sup>.

---

<sup>530</sup> L'ingresso dei codici di condotta, in Italia come in altri Stati membri, ha risentito fortemente delle norme comunitarie ed in particolare della disciplina dettata dal legislatore comunitario a tutela dei consumatori. Infatti già la Raccomandazione della Commissione del 7 aprile 1992, n. 295 aveva ad oggetto i codici di condotta in materia di contratti negoziati a distanza disciplinati dalla direttiva 92/295/CEE. E ancora, i *Considerando* nn. 18 e 19 della direttiva 97/7/Ce in materia di contratti a distanza e successivamente il *Considerando* n. 49 e gli artt. 8, 16, 17 e 19 della direttiva 2000/31/Ce

I codici di condotta si pongono come strumenti alternativi alle azioni civili o amministrative in un'ottica deflattiva della tradizionale risoluzione giudiziaria delle controversie che coinvolgono i consumatori, gli utenti e i concorrenti.

Ancora, il combinato disposto degli artt. 139 e 140 cod. cons., disciplina una tutela collettiva di carattere inibitorio fondata sulla legittimazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti (iscritte in un apposito elenco ai sensi dell'art. 137 cod. cons.) ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale: *i*) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi collettivi di consumatori e utenti; *ii*) di adottare le misure idonee ad eliminare o correggere le conseguenze dannose scaturite dalle condotte scorrette; e, infine, *iii*) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani nazionali o locali.

Ma si tratta di una tutela inibitoria che ricorre solo laddove la condotta del professionista, contrastante vuoi con una delle disposizioni del codice del consumo vuoi con le disposizioni contenute in altri provvedimenti legislativi extra-codice, sia in concreto lesiva di uno dei diritti fondamentali dei consumatori elencati all'art. 2 cod. cons.<sup>531</sup> .

---

Il commercio elettronico prevedevano la possibilità per gli Stati membri di completare le disposizioni recepite ricorrendo a regole di autodisciplina professionale e ai codici di condotta. Venendo alle pratiche commerciali scorrette, qui è stata ulteriormente ribadita la necessaria adozione, di natura preventiva e utile ai fini dell'autotutela, dei codici così come statuito dal *Considerando* n. 20 della direttiva 2005/29/Ce, il quale afferma che “È opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici. Nei settori in cui vi siano obblighi tassativi specifici che disciplinano il comportamento dei professionisti, è opportuno che questi forniscano altresì prove riguardo agli obblighi di diligenza professionale in tale settore. Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato. Le organizzazioni dei consumatori potrebbero essere informate e coinvolte nella formulazione di codici di condotta, al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori”. Come osserva U. TROIANI, *sub art. 27-bis*, in *Le modifiche al codice*, cit., 299, il riferimento del *Considerando* alla diligenza professionale parrebbe suggerire come all'interno dei codici di condotta debba farsi riferimento agli obblighi di diligenza professionale ogni qual volta siano adottati nell'ambito dei settori in cui sussistano obblighi specifici, come nel caso delle professioni regolamentate, in relazione ai quali l'art. 3, par. 8, della direttiva 2005/29/Ce prevede che gli Stati membri possano imporre l'adozione di appositi codici di condotta.

<sup>531</sup> In questo senso G. DE CRISTOFARO, *Il «cantiere aperto» del codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d.legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium Iuris*, 2008, 273, afferma che l'inciso “oltre a quanto disposto dall'art. 2”, «(...) parrebbe doversi intendere nel senso che le associazioni possono reputarsi legittimate ad instaurare i procedimenti di cui all'art.

Inoltre, l'art. 140, comma 2, specifica come le associazioni, prima del ricorso al giudice, possano optare per la procedura di conciliazione agendo sia davanti alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio *ex art. 2, comma 4, della legge n. 580/1993*, sia dinnanzi agli altri organismi di composizione extragiudiziale secondo quanto previsto dall'art. 141 cod. cons.<sup>532</sup>, concernente la soluzione stragiudiziale, anche per via telematica, delle controversie tra professionisti e consumatori aventi ad oggetto le materie di consumo.

Infine, il legislatore ha introdotto nel codice del consumo l'art. 140-*bis* recante al disciplina italiana dell'azione di classe.

Si tratta dell'atto finale frutto di un lungo rimaneggiamento, talvolta tortuoso, del testo della norma.

Il primo tentativo di azione collettiva risarcitoria, infatti, compiuto dal legislatore italiano con la Legge finanziaria per il 2008<sup>533</sup>, è confluito in una prima versione dell'art. 140-*bis* che lasciava insoddisfatta la platea dei potenziali fruitori dell'azione e le speranze dei consumatori dando luogo a non poche critiche.

Conseguentemente, in un clima di malcontento generale segnato da ben due proroghe dell'entrata in vigore della norma e da una serie di ulteriori modifiche, solo con l'art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99 è stata introdotta la versione ultima dell'art. 140-*bis* che costituisce un vero e

---

14° nei confronti di professionisti che tengano comportamenti (a rilevanza collettiva) suscettibili di essere considerati lesivi di uno dei diritti riconosciuti ai consumatori come "fondamentali" dall'art. 2 cod. cons. a prescindere dalla circostanza che tali comportamenti integrino la violazione di specifiche disposizioni del codice del consumo o di altri provvedimenti di tutela del consumatore».

<sup>532</sup> La norma è stata oggetto di modifiche minimali ad opera del d.lgs. n. 221 del 2007. Sul significato del comma 2 dell'art. 141 cod. cons., relativo alla formazione dell'elenco degli organi di composizione extragiudiziale, si veda P. BARTOLOMUCCI, *sub art. 141*, in *Le modifiche al codice*, cit., 599 e ss..

<sup>533</sup> L. 24 dicembre 2007, n. 224, commi 445-449. Vi è chi come S. L. BENVENUTO, "Class action" statunitense e italiana a confronto, in *Dir. prat. soc.*, 2008, 12, 20 e ss., aveva definito l'introduzione dell'azione di classe nella legge finanziaria come un "in gens monstrum" poiché la norma era stata il risultato del maldestro stralcio di quelli che, all'epoca, erano i disegni di legge in discussione.

proprio “*unicum nel nostro universo processuale*”<sup>534</sup> in vigore dal 1 gennaio 2010<sup>535</sup>.

L’attuale azione di classe attribuisce ai soggetti qualificabili come consumatori o utenti la possibilità di agire a tutela di diritti individuali ed omogenei propri e di altri soggetti contro le imprese.

Attenendoci strettamente alla connessione tra la tutela predisposta mediante l’azione di classe e le pratiche commerciali scorrette, la lett. c) del comma 2 dell’art. 140-*bis* cod. cons., si limita a statuire che l’azione tutela “*i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*”.

Dunque, ricorre soltanto una generica menzione delle pratiche commerciali illecite priva di ogni specificazione in merito all’individuazione del tipo di lesione che può essere cagionata al consumatore nonché al danno che ne possa conseguire.

Tale circostanza implica che gli artt. 20-26 cod. cons., costituiscono il dato normativo fondamentale per determinare le diverse manifestazioni dei danni subiti dal consumatore vittima di un’azione o omissione ingannevole o di una pratica aggressiva. Ed infatti si va dal danno per falsa rappresentazione della realtà che induce il consumatore medio a concludere un rapporto contrattuale per l’acquisto del prodotto o del servizio oggetto dell’iniziativa imprenditoriale, limitando la sua libertà contrattuale, fino a quelli che, per le modalità con cui sono poste in essere le pratiche, sfociano, ad esempio, nella violazione della privacy.

Dunque, il danno derivante da una pratica commerciale scorretta che è stato posto alla base del legittimo esercizio dell’azione collettiva risarcitoria potrà essere sia patrimoniale sia non patrimoniale in funzione della natura dell’interesse leso<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> Così G. ALPA, *L’art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 16 febbraio 2010, il quale puntualizza come il ricorso alla formula *class action* altro non sia che una mera convenzione linguistica.

<sup>535</sup> Inoltre è previsto che l’azione possa essere esperita solo per i fatti verificatisi dopo il 16 agosto 2009.

<sup>536</sup> Così G. ALPA, *ult. Op. cit.* .



### **3. Il *fil rouge* tra la tutela della concorrenza e la tutela del consumatore.**

Come accennato nelle pagine addietro, l'assetto del codice del consumo nella parte dedicata alla tutela preventivo-sanzionatoria delle pratiche commerciali scorrette che insinuano la sicurezza e la libertà di scelta del consumatore ha assunto dei lineamenti che rendono ineluttabile quello che, ormai, è un punto fermo della legislazione degli ultimi anni: la tendenza verso una reciproca influenza tra la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza.

Ed è evidente come negli ultimi decenni, a livello nazionale e comunitario, si sia attuata una evoluzione del diritto della concorrenza e delle competenze dell'Autorità Antitrust di stampo "*pro-consumeristico*"<sup>537</sup>.

E, in particolare, i rapporti tra professionisti e consumatori, e dunque il fenomeno delle pratiche *BtoC*, nonché le relazioni tra professionisti e cioè le cd. pratiche *BtoB*, risentono e a loro volta influiscono sulle regole della *competiton law* emanate a tutela del mercato e degli attori che ne dettando i

---

<sup>537</sup> L. FIORENTINO, *Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori*, intervento in "Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario" – VIII Convegno, Treviso, 22/23 maggio 2008, 7. L'Autore ripercorre le tappe dell'evoluzione di una centralità del consumatore all'interno del mercato via via maggiore, ricordando come, con riferimento all'ordinamento interno, il primo riconoscimento del consumatore come attore del mercato, con la conseguente attribuzione all'Autorità Garante di competenze funzionali alla sua tutela, non sia stata poi così recente. Infatti, solo nel 1992 il d.lgs. 25 gennaio n. 74 conferiva all'Autorità le competenze in materia di pubblicità ingannevole, ovvero dopo poco più di un anno dall'entrata in vigore della Legge n. 287/90. E all'epoca, evidenzia l'Autore, ricorreva un «contesto di sistema imperniato sulla logica codicistica (e decisamente corporativa) della concorrenza sleale e pressoché privo di strumenti di tutela pubblicitistici per il consumatore. Il presupposto di una simile attribuzione – niente affatto scontata, tanto che all'epoca suscitò vive perplessità tra molti commentatori – era che un'autorità di concorrenza può assumere un doppio ruolo: di garante del corretto funzionamento del mercato e di garante dell'interesse pubblico alla correttezza e veridicità delle informazioni commerciali, allo scopo di preservare scelte libere e consapevoli da parte dei consumatori acquirenti. Obiettivo, se si pensa, non molto diverso da quello sotteso alla disciplina antitrust. A ben vedere, del resto, è evidente che, da un lato, la pubblicità costituisce essa stessa una "leva" concorrenziale, dall'altro, la deviazione della libertà e della consapevolezza nelle scelte del consumatore ha di per sé un effetto sulle dinamiche competitive del mercato». Il passo successivo verso la convergenza tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori si registrò con il decreto sulla pubblicità comparativa (d.lgs. n. 67/2000) dove il legislatore, individuando nella pubblicità comparativa il *trait d'union* tra concorrenza e pubblicità ingannevole, ebbe una felice intuizione.

ritmi operando per scopi principalmente egoistici e lucrativi evidenziando così la forte correlazione tra le due aree<sup>538</sup>.

Indubbiamente, le due discipline nascono perseguendo due obiettivi primari diversi.

Infatti, mentre il diritto posto a tutela dei consumatori vieta il compimento delle pratiche scorrette dei professionisti così limitando la libertà di agire delle imprese, il diritto della concorrenza si muove lungo i binari dell'efficienza economica e della costituzione di una società welferista senza soffermarsi sulla distinzione dei suoi componenti in più categorie dalle esigenze diverse e mira a impedire che le imprese limitino la propria libertà e quella delle altre concorrenti<sup>539</sup>.

La finalità della politica della concorrenza è, in via primaria, quella di “*mantenere un processo dinamico virtuoso*”<sup>540</sup>, i cui si combinano elementi di rigidità e di complessità derivanti da una pluralità di fattori, nell'interesse sia dello sviluppo economico sia del benessere della collettività.

Ciò nonostante, però, la sola efficienza economica non è l'unico mezzo finalizzato alla realizzazione ed al mantenimento della libera concorrenza. Infatti, è assodato come questa, mediante le norme che la governano e la rafforzano, produca effetti sulla sfera dei consumatori.

Ma, la maggiore competizione assicurata dalla tutela della concorrenza, pur apportando alcuni benefici economici propri del funzionamento corretto ed efficiente del mercato, può portare con sé anche dei risvolti negativi<sup>541</sup>.

---

<sup>538</sup> Al riguardo, è emblematica la contiguità logica e fattuale delle fattispecie riscontrate nei casi di concorrenza A/390 (*Enel distribuzione/attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità progressive*), 18 ottobre 2007, in Boll. n. 39/2007 e A/398 (*Morosità progressive Telecom*), 13 dicembre 2007, in Boll. n. 47/2007, rispetto al caso delle pratiche commerciali scorrette PS/24 (*Telecom-fatturazione per chiamate satellitari e/o a numerazioni speciali*) 16 febbraio 2008 e 6 marzo 2008, in Boll. n. 6/2008 e Boll. n. 9/2008, in occasione dei quali l'Autorità ha adottato misure cautelari.

<sup>539</sup> In questo senso F. DENOZZA, contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, n. 2/2009, 389.

<sup>540</sup> M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, relazione al Convegno “*Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*”, Roma 29 gennaio 2010, 2. L'Autore ripercorre l'evoluzione del significato attribuito nel corso degli anni alla tutela della concorrenza e conclude che nella realtà odierna questa non coincide più con la tutela del libero commercio ed ha assunto il significato di “concorrenza effettiva”, ovvero è la tutela dell'efficienza dei mercati e persegue gli obiettivi dell'efficienza «i) allocativa, ii) produttiva iii) dinamica dei mercati».

<sup>541</sup> G. BRUZZONE e M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, relazione del Convegno “*Il diritto*

In particolare, un mercato competitivo può determinare l'esigenza di un'informazione maggiore, con un aumento e uno spostamento dei relativi costi dal produttore al consumatore, in quanto il diritto della concorrenza non persegue una maggiore quantità e qualità delle informazioni funzionali al livello di trasparenza di cui i consumatori hanno bisogno.

Ed infatti, i provvedimenti legislativi o normativi garanti dello sviluppo informativo non hanno effetti positivi sul mercato poiché una maggiore informazione implica una serie di costi a carico dei professionisti che possono paralizzarne l'attività, o quanto meno rallentare il dinamismo economico-produttivo, con il rischio di un mercato congestionato<sup>542</sup>.

Dunque, nonostante la concorrenza e la protezione del consumatore sembrano avere obiettivi finali coincidenti, nei fatti, spesso, i singoli obiettivi e gli strumenti attraverso i quali realizzarli mantengono fisionomie ben differenti.

Ed allora, è necessario fare in modo che la complementarità e la tensione tra diritto dei consumatori e diritto della concorrenza divengano le corsie di un'unica strada per il raggiungimento di un mercato competitivo efficiente, libero da pratiche abusive e scorrette, dove i consumatori possano accedere ad una vasta gamma di beni e servizi a prezzi competitivi e decidere in modo libero e consapevole<sup>543</sup>.

---

*dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*", cit., focalizzano il nodo del rapporto tra concorrenza e tutela del consumatore nell'interrogativo circa il loro dover essere considerati come strumenti per la realizzazione dello stesso fine, «da utilizzare come succedanei in relazione alle caratteristiche del singolo caso», o piuttosto come due normative autonome che esigono una ferma separazione dei rispettivi "paradigmi applicativi".

<sup>542</sup> In questo senso A. PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit. p. 509-510. L'Autrice, inoltre, ripercorre un'analisi che va a sostegno del fallimento dell'applicazione della disciplina della concorrenza alla maggior tutela del consumatore. La ragione di tale risultato risiederebbe nella cd. "Chicago Trap", una nozione di analisi economica del diritto elaborata dalla scuola "Law and Economics" di Chicago. La *Chicago Trap* consiste nella differenza tra una nozione ampia di consumatore, che viene utilizzata in materia di concorrenza, ed una nozione di consumatore restrittiva impiegata dalle teorie prettamente consumeristiche. Alla luce di ciò, ne deriva che seppure lo scopo finale delle regole antitrust dovesse essere il benessere del consumatore, queste possono garantirne gli interessi solo in parte dato che la nozione/presupposto da cui trae origine la normativa sono diverse. Ed allora, le regole di *competition law*, pur avendo tra i loro obiettivi la tutela degli interessi dei consumatori, «hanno solo per caso a che fare con il benessere del consumatore finale» poiché il loro scopo finale «non sono gli stessi della tutela del consumatore in senso stretto».

<sup>543</sup> Infatti, da tempo le istituzioni comunitarie hanno compreso la necessità di avvicinare le regole poste a presidio della concorrenza ai cittadini e con il Trattato di Maastricht sono state inserite nel Trattato CE le disposizioni sui consumatori che sono poi divenute il substrato per tutte le successive iniziative comunitarie in favore del consumatore e, dunque, anche per la direttiva delle pratiche

Premesso come il mercato non viva al di fuori della legge bensì la presupponga e vi si conformi<sup>544</sup>, oggi un mercato competitivo è realmente efficiente quando a monte sono efficienti sia le imprese che i consumatori e questi ultimi sono tali quando posseggono il «*gusto della libertà, la voglia di cercare e informarsi, di confrontare e quindi di scegliere; non quella di essere protetti, il che in più casi finisce per significare essere protetti dalle proprie scelte*»<sup>545</sup>.

Questo è il traguardo finale delle due discipline come, del resto, emerge già da qualche anno dalle comunicazioni della Commissione europea che ha chiarito come l'obiettivo delle regole comunitarie antitrust sia «*tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'efficiente allocazione delle risorse*»<sup>546</sup>.

Ed in materia di abuso di posizione dominante, la stessa ha precisato che per verificare se una condotta escludente sia anche anticoncorrenziale è necessario esaminare se questa possa produrre un pregiudizio per i consumatori, in termini di prezzi più elevati di quelli che sarebbero stati applicati oppure in termini di minor qualità o libertà di scelta del consumatore<sup>547</sup>.

---

commerciali sleali. Ed ancora, l'attuale articolo 169 TFUE (già articolo 153, paragrafi 1, 3, 4 e 5 TCE) prevede che, al fine di promuovere gli interessi dei consumatori e assicurare loro un livello elevato di protezione, l'Unione europea contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi, sia con misure adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno sia con misure di sostegno, integrazione e controllo della politica svolta dagli Stati membri. Mentre l'articolo 12 TFUE (già articolo 153, paragrafo 2, TCE) dispone che nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori.

<sup>544</sup> Così L. FIORENTINO, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Un primo bilancio*, intervento in «*Jean Monnet Programme-La tutela del consumatore e della concorrenza. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*», Università Europea di Roma, 26 marzo 2010, 2.

<sup>545</sup> G. AMATO, in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, 383. L'Autore, dunque, riconosce come la tutela del consumatore non debba travalicare il limite ultimo oltre il quale sarebbe controproducente, ovvero quello di essere costruita sullo stereotipo del consumatore sprovvisto poiché così procedendo il consumatore sarebbe disincentivato ad essere maggiormente responsabile e reattivo.

<sup>546</sup> Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate*, 2004/C101/08, paragrafo 33.

<sup>547</sup> Così la Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* 2009/C45/02, paragrafo 19.

Da ultimo, in questa direzione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>548</sup> hanno riconosciuto che la legge antitrust non è solo la legge degli imprenditori, ma è la legge dei soggetti del mercato, ossia di tutti coloro che hanno un interesse processualmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter addurre uno specifico pregiudizio conseguente alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata.

Ebbene, in parte anche grazie alla spinta derivata dalla normativa comunitaria delle pratiche commerciali sleali, nata proprio per introdurre nel mercato interno un livello elevato della libertà di scelta degli individui/consumatori, destinatari e motori della concorrenza, che si combini con i meccanismi concorrenziali in modo funzionale all'efficienza del mercato<sup>549</sup>, oggi anche nell'ordinamento italiano è in atto il processo di convergenza tra queste due discipline complementari.

Infatti, la direttiva n. 29/2005/Ce, dettando un insieme di regole che hanno ad oggetto fenomeni economici quali le condotte e le strategie delle imprese, è permeata da una reciproca influenza tra la realtà economica e le norme giuridiche in virtù della quale gli attori del mercato agiscono e orientano scelte, capitali e prodotti in funzione degli incentivi o dei disincentivi offerti dal contesto giuridico<sup>550</sup>.

Sicuramente, la tutela della concorrenza e quella delle pratiche commerciali scorrette, per il momento, non hanno lo stesso obiettivo primario ed ognuna è articolata su paradigmi applicativi propri che ne consentono un uso complementare<sup>551</sup>, e non come succedanei, ed il

---

<sup>548</sup> Sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2207.

<sup>549</sup> In questo senso, A. SACCO GINEVRINI, *La direttiva 2005/29/Ce e la disciplina della concorrenza*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Op. cit., 96 e ss., e P. IANNUCELLI, *Il private enforcement nel diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?*, in *Riv. Soc.*, 2006, 4, 771.

<sup>550</sup> G. BRUZZONE e M. BOCCACCIO, *Il rapporto*, cit., 2.

<sup>551</sup> Il rapporto di complementarità tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori all'interno del sistema era già chiaro a un eminente giurista italiano nel 1973, T. RAVA' *Diritto industriale*, vol. I, Torino, Utet, 1973, paragrafo 95, 147, il quale scriveva che la «*lotta concorrenziale, delle armi di cui si serve, degli accordi cui dà luogo, il pubblico può giovare; ma può anche essere vittima, poiché, in quanto consumatore ed in quanto fornitore dei mezzi di produzione, esso è la posta ultima dei contendenti. Vi sarebbe così un terzo interesse da considerare. Questo, tuttavia, in sede di concorrenza gode d'una protezione secondaria e riflessa (...)*». Ed ancora, lo stesso Autore, al paragrafo 122, 208, sosteneva come la tutela contro la concorrenza restrittiva colpisse i tentativi

benessere dei consumatori<sup>552</sup> viene garantito dalle norme antitrust solo indirettamente<sup>553</sup>.

In ogni caso, va detto che la complementarità<sup>554</sup> tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, indissolubilmente legate da un *fil rouge*, interessa da vicino il profilo delle *policies* di quegli ordinamenti, come gli Stati Uniti, il Canada, l'Australia e il Regno Unito, dove

---

di «*svincolarsi dalla concorrenza*», cioè dalla pressione concorrenziale, attraverso atti e comportamenti in contrasto con «*le naturali tendenze delle forze economiche (...) le spontanee preferenze del mercato*». Dunque, secondo la visione di T. RAVA' la tutela della concorrenza non deve intervenire nelle scelte che riguardano le dimensioni d'impresa, i soggetti con i quali contrattare, le condizioni alle quali contrattare, e così via, a meno che queste, come detto poc'anzi, non contrastino con «*le naturali tendenze delle forze economiche (...), le spontanee preferenze del mercato*».

<sup>552</sup> Per una puntuale disamina in chiave propositiva del concetto di "benessere dei consumatori" si veda F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, relazione "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive di tutela" - Convegno, cit..

<sup>553</sup> Eppure, anche se nel diritto antitrust la tutela del consumatore è prevalentemente indiretta, va detto come alcune disposizioni, come quella in materia di abuso di posizione dominante, o di autorizzazione in deroga delle intese restrittive della concorrenza, implicino una sua rilevanza più immediata e diretta. Si pensi, infatti, all'art. 3, lett. b), della legge n. 287/1990, che considera abusiva la condotta consistente nell'impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo o il progresso tecnologico a danno dei consumatori. O, ancora, la lett. a) dello stesso articolo, in applicazione della quale l'Autorità ha avviato una serie di casi di abuso per posizione dominante (primo fra tutti il procedimento A382 "Autostrade/Carta prepagata Viacard", aperto con il Prov. n. 16761, 8 maggio 2007, in Boll. 17/2007 e conclusosi con il Prov. n. 16909 di accettazione degli impegni, 14 giugno 2007, pubblicato sul sito [www.agcm.it](http://www.agcm.it)) posti in essere da imprese monopoliste legali che applicavano condizioni ingiustificatamente gravose nei rapporti con i consumatori, rifiutandosi, ad esempio, di riconoscergli il credito residuo contenuto nelle carte di pagamento in scadenza o scadute. E, nella prospettiva inversa, la tutela diretta del consumatore in materia di pubblicità ingannevole e comparativa è pur sempre legata alla tutela della concorrenza, in quanto tutti i comportamenti che incidono sulla libertà di scelta del consumatore alterano il funzionamento del mercato sottraendo in modo illecito clienti ai professionisti concorrenti.

<sup>554</sup> Per completezza dell'orientamento maggioritario a favore della complementarità tra la tutela della concorrenza e quella dei consumatori si veda A. NICITA, in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, cit., 398 e ss., abbraccia questa soluzione sulla base di tre principi generali. Il primo sarebbe quello denominato *consumer empowerment* dove l'attivismo del consumatore è uno strumento fondamentale per il buon funzionamento della concorrenza: la libertà di scelta dal lato della domanda disciplina le condotte opportuniste, da un lato, e stimola l'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, dall'altro. Dunque, secondo tale principio la tutela del consumatore sarebbe garanzia dell'esercizio dell'effettiva libertà di scelta in ogni momento. Il secondo, invece, sarebbe l'esatto opposto del primo consistendo nell'utilizzo dell'azione antitrust come strumento per conseguire il benessere dei consumatori. Tale impostazione poggia, ammette l'A., sulla nozione di *consumer welfare* dalla difficile definizione operativa. Ed allora, l'A. la identifica come «*la dimensione della dead weight loss, ovvero dell'area di scambi potenzialmente efficienti inibita dall'esercizio di un potere di mercato*» ed afferma che tale concetto va applicato nella prospettiva dinamica del confronto tra successive generazioni di consumatori «*(...) perché il benessere di una generazione può dipendere dal costo aggiuntivo sopportato da una generazione precedente e si pone il problema di quali pesi attribuire alle diverse generazioni*». Infine, il terzo principio individuato dall'Autore richiama il caso degli *after-markets* ovvero quello dei «*contesti competitivi nei quali si può esercitare uno sfruttamento oggettivo di un potere di mercato rilevante di riferimento o una intesa restrittiva*». Si tratterebbe di quei casi in cui, ad esempio, attraverso l'operatività di norme a tutela del consumatore l'Antitrust è in grado di condannare un gruppo di imprese in un contesto competitivo oligopolistico nel quale è molto difficile provare l'esistenza di una pratica concordata alla stregua della sola *competition law*.

l'applicazione delle due normative viene affidata alla stessa autorità amministrativa<sup>555</sup>.

Simile scelta porta con se una serie di utili sinergie<sup>556</sup>, dovute alla complementarità della tutela della concorrenza e di quella del consumatore, e permette un approccio omnicomprensivo del mercato e delle sue diverse sfaccettature, le diverse esigenze ed i conflitti che lo percorrono.

Ecco che allora, la soluzione di affidare le due discipline alla stessa autorità amministrativa è una scelta particolarmente vantaggiosa proprio con riferimento alle pratiche commerciali scorrette.

Infatti, esse interessano i rapporti tra consumatori e professionisti: i primi sono tutelati direttamente dalle disposizioni della direttiva 2005/29/Ce che a loro volta tutelano indirettamente i professionisti dagli atti scorretti dei loro concorrenti.

L'istituzione di un'unica autorità competente in diritto antitrust e protezione dei consumatori è un approccio efficiente per risolvere problemi che coinvolgono entrambe le due aree in quanto l'analisi delle dinamiche e

---

<sup>555</sup> L'affidamento ad un'unica istituzione dell'effettività e dell'efficacia della libera concorrenza e della protezione dei consumatori ha come precursori la *Federal Trade Commission* americana la quale è un'autorità amministrativa con due mandati concorrenti: uno consistente nella vigilanza del mercato in materia di pratiche concorrenziali sleali e l'altro volto alla prevenzione degli atti scorretti o delle pratiche ingannevoli che possano ledere la salute, la sicurezza, l'informazione del consumatore. Ancora, in Inghilterra la concentrazione delle due tutele è nei poteri dell'*Office of Fair Trading*, poteri che sono stati oggetto di un recente rafforzamento sia in materia di concorrenza che in ambito consumeristico: oltre ai poteri in materia di concentrazioni e cartelli tra imprese, le sue competenze per la tutela del consumatore sono aumentate attraverso l'attribuzione di nuovi poteri di investigazione sul mercato mediante la cd. *Market and Policy Initiatives Division* che supporta le altre divisioni coinvolte nell'*enforcement* delle previsioni normative in materia di consumatori ed assiste il Ministro competente a mantenere un approccio ampio e coerente finalizzato al mantenimento di un mercato efficiente nell'interesse dei consumatori, indicando le aree in cui intervenire laddove questi siano violati o privi di una tutela effettiva. L'*OFT* adotta provvedimenti inibitori nei confronti delle condotte di imprese e professionisti lesivi dei diritti del consumatore e la relativa procedura è contenuta nello *Stop Now Order Regulations* del 2002-2003 che ha modificato la Parte III del *Fair Trading Act*.

<sup>556</sup> Ovviamente, il riconoscimento all'Autorità Antitrust di un compito centrale nella tutela del consumatore non è estraneo a conseguenze, anche solo potenzialmente, negative ed infatti, come illustra E. FRENI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., 278, tale attribuzione di poteri potrebbe piegare l'esercizio della funzione antitrust «a logiche consumeristiche, che mal si conciliano con la sua natura e con gli obiettivi da essa perseguiti». Ma tale rischio, come osserva la stessa A., è decisamente remoto in considerazione sia della chiara distinzione delle due discipline e dei loro presupposti sia della separazione, a livello organizzativo, delle strutture deputate alla loro applicazione.

dei fenomeni di una possono offrire le linee guida per affrontare le questioni dell'altra e viceversa.

Quindi, da un lato la *competition law*, garantendo un mercato competitivo, proteggerebbe l'offerta delle scelte del consumatore da fallimenti del mercato a lui esterni e derivanti da condotte anticoncorrenziali.

Dall'altro, il diritto dei consumatori, agendo sui fallimenti interni del mercato che minano la libertà di scelta del consumatore, gli assicura la possibilità di adottare scelte consapevoli ed efficienti dinnanzi alle varie alternative offerte dal mercato.

Mediante il combinato di queste due tutele si vuole realizzare una garanzia effettiva del consumatore affinché lo stesso possa agire nel mercato globale contribuendo anche ad una maggiore concorrenza<sup>557</sup>.

#### **4. Il ruolo e i poteri dell'Autorità Antitrust.**

Alla luce di quanto sin qui detto, il legislatore italiano ha riconosciuto nell'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali il momento maturo per l'affidamento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della tutela dei consumatori incisi dalle pratiche commerciali scorrette, dato che queste condizionano l'assetto concorrenziale del mercato<sup>558</sup>.

---

<sup>557</sup> Tale risultato è quello auspicato dalla teoria del cd. *consumer sovereignty* che si fonda sull'unificazione della tutele dei consumatori e la tutela antitrust e che fa capo a Lande-Averitt, *Consumer Sovereignty: a Unified Theory of Antitrust and Competition Protection Law*, in *Antitrust Law Journal*, 1997, p. 713 e ss.

<sup>558</sup> Ed infatti, l'art. 11 della direttiva n. 2009/25/Ce demandava ai legislatori nazionali l'adozione di «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali al fine di garantire l'osservanza delle disposizioni della presente direttiva nell'interesse dei consumatori» attraverso «disposizioni giuridiche ai sensi delle quali le persone o le organizzazioni che secondo la legislazione nazionale hanno un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali». Tali previsioni dovevano consentire la promozione di «un'azione giudiziaria contro tali pratiche commerciali sleali, e/o sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria».



I vantaggi di tale soluzione risiedono, in primo luogo, nella possibilità per tutti i cittadini di attivare la tutela dell’Autorità in modo semplice senza costi<sup>559</sup> nonché nella rapidità delle decisioni e nel conseguente sviluppo di un “*know-how specialistico*”<sup>560</sup> nella gestione delle diverse fattispecie, destinato al consolidamento di linee guida che possano orientare il comportamento degli operatori economici assicurandone così un maggiore rispetto della normativa.

Dunque, l’AGCM è l’unico organismo deputato a predisporre ed applicare l’*enforcement* amministrativo della disciplina delle pratiche commerciali scorrette<sup>561</sup>, incardinato su quattro novità: *i*) il potere d’iniziativa d’ufficio dell’Autorità Antitrust, *ii*) l’attribuzione di poteri inquisitori maggiori, *iii*) l’attribuzione di nuovi poteri di definizione transattiva/patteggiata del procedimento attraverso l’istituto degli impegni e *iv*) l’inasprimento delle sanzioni pecuniarie.

#### **4.1. L’*enforcement* e l’effettività della tutela amministrativa.**

I decreti attuativi della direttiva n. 2005/29/Ce hanno riportato in auge il ruolo dell’*enforcement* amministrativo nell’ambito della tutela del consumatore.

L’ordinamento italiano si caratterizza da sempre per un *enforcement* centralizzato di natura pubblica ed infatti la legge n. 287/90 ha attribuito esclusivamente all’Autorità Antitrust la vigilanza sul rispetto del diritto

---

<sup>559</sup> Sul punto, D. STALLIBRASS, contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, cit., 397, afferma che concentrare la tutela della concorrenza e quella del consumatore sotto i poteri della medesima autorità è «*molto importante, semplicemente perché esse sono sia self-enforcing, ma anche in tensione, quindi in teoria, se venissero separate in diverse agenzie, il risultato finale probabilmente porterebbe ad un sottoutilizzo delle sinergie (derivanti da un’unica amministrazione)*».

<sup>560</sup> G. BRUZZONE e M. BOCCACCIO, *Il rapporto*, cit., 16.

<sup>561</sup> Ora, anche se in linea di principio gli Stati membri sono sempre liberi di decidere come applicare il diritto comunitario purché ne sia garantito l’effetto e resa effettiva la tutela delle parti e nonostante le norme dei Trattati non attribuiscano alla Comunità la competenza ad adottare normazione secondaria, come, appunto, quella dell’*enforcement*, la Commissione, ormai da qualche anno, è ricorsa all’art. 114 TFUE (*ex art. 95 del TCE*) per inserire nella regolazione anche le disposizioni in materia di *enforcement*. Eh ha proceduto nella medesima direzione anche per la disciplina delle pratiche commerciali sleali.

della concorrenza attraverso una pluralità di strumenti sanzionatori diretti nei confronti delle imprese.

Con l'introduzione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle pratiche scorrette tra professionisti, sono stati introdotti dei meccanismi di *enforcement* di varia natura (extragiudiziali, privati, pubblici, collettivi ed individuali) che non sono coordinati tra di loro, salvo due eccezioni.

La prima la ritroviamo nell'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 145/2007 e nell'art. 27-ter, comma 3, cod. cons., e rifacendosi all'abrogata disciplina del vecchio art. 27 del codice del consumo, concerne il rapporto fra autodisciplina e controllo amministrativo: *“iniziata la procedura davanti ad un organismo di autodisciplina, le parti possono convenire di astenersi dall'adire l'Autorità fino alla pronuncia definitiva, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina. L'Autorità, valutate tutte le circostanze, può disporre la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a trenta giorni”*<sup>562</sup>.

L'altra eccezione investe il rapporto fra la tutela amministrativa e la tutela risarcitoria collettiva dei consumatori ai sensi dell'art. 140-bis cod. cons., dove il giudice può differire la decisione sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto sia in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente, fino alla chiusura dell'istruttoria stessa.

Messe da parte queste due ipotesi, non è prevista alcuna forma di coordinamento fra gli altri meccanismi di *enforcement* e, dunque, ci si può imbattere in procedimenti paralleli o successivi davanti l'Antitrust o il T.A.R. e davanti il Giudice Ordinario, con la possibilità di giudicati contrastanti.

---

<sup>562</sup> Vedi *supra* § 2.1, Cap. IV.

Ma, le eventuali perplessità per l'assenza di un coordinamento soccombono di fronte al riconoscimento della prevalenza dei benefici derivanti dall'unione dell'*enforcement* pubblico all'*enforcement* privato<sup>563</sup>.

Rimanendo sul versante del *public enforcement*, l'Autorità Antitrust italiana ha ormai fatto propria la filosofia comunitaria, più volte rimarcata e suggerita dal Commissario Kroes affermando che: “*modern competition policy is not ideological (...). It works best when it is pragmatic, such as with our cartel leniency programme*”<sup>564</sup>, ed ha riconosciuto una serie di poteri la cui dinamicità ed efficienza risalta proprio nel procedimento disciplinato dal codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette.

Il codice del consumo, apre il Capo III con l'art. 27 dedicato alla tutela amministrativa e giurisdizionale del consumatore.

Ebbene, ai sensi dell'art. 27, comma 2, cod. cons.<sup>565</sup>, nonché dell'art. 5 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette<sup>566</sup>, è legittimato a ricorrere dinnanzi l'Autorità “*ogni soggetto o organizzazione*” che ne abbia l'interesse, fornendo gli elementi idonei ad una precisa identificazione della pratica commerciale e del

---

<sup>563</sup> Crede nella prevalenza dei benefici su potenziali inconvenienti A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti*, cit., 216. Diversamente, G. ROSSI, *Illecito Antitrust e tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009, 119, ritiene che in Italia l'*enforcement* amministrativo e quello giudiziario diano vita a sistemi di tutela e sistemi di selezione degli interessi tutelati tendenzialmente scissi e che, proprio in quanto tali, il timore latente di decidere in modo incoerente rispetto alla discrezionalità dell'organo amministrativo potrebbe divenire un impaccio per l'attività del giudice ordinario quale titolare di poteri e strumenti operativi poco idonei all'applicazione del diritto antitrust. L'A. teme forzature nell'interpretazione delle regole antitrust e, conseguentemente, intravede il pericolo di vuoti di tutela.

<sup>564</sup> N. KROES, *Competitiveness – the common goal of competition and industrial policies*, Parigi, 18 aprile 2008, discorso all'Aspen Institute.

<sup>565</sup> Il comma 2 dell'art. 27, cod. cons., inoltre, stabilisce che l'AGCM è competente anche per l'applicazione del Regolamento n. 2006/2004/Ce del 27 ottobre 2004, in materia di cooperazione tra le Autorità designate dai singoli Stati membri per la tutela dei consumatori contro le infrazioni transfrontaliere, ovvero con effetti intracomunitari. Sul punto, nella Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità Antitrust nel 2009, 15 giugno 2010, 220, si legge che «*Per la prima volta, inoltre, in applicazione del Regolamento n. 2006/04 sulla cooperazione tra le autorità nazionali, l'Autorità, su richiesta della Germania e dell'Ungheria, ha vietato l'ulteriore diffusione delle comunicazioni oggetto delle misure esecutive decise dai due Stati membri*».

<sup>566</sup> Regolamento adottato con provvedimento dell'AGCM n. 17589 del 15 novembre 2007 al fine di garantire alle parti interessate il contraddittorio e la piena cognizione degli atti.

professionista che l'ha posta in essere nonché ogni altro elemento utile per la valutazione dell'Autorità<sup>567</sup>.

Inoltre, e qui risiede il primo tassello delle novità dell'*enforcement* pubblico, la stessa norma introduce l'auspicata<sup>568</sup> attribuzione all'Autorità del potere di iniziativa d'ufficio del procedimento avverso le pratiche commerciali scorrette, in virtù del quale, da un lato, l'Antitrust potrà intervenire ed assicurare una tutela degli interessi dei consumatori anche laddove non vi sia stata una denuncia e, dall'altro, potrà scegliere la direzione della propria azione in funzione dell'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato ed orientare le sue risorse sui casi più gravi o insidiosi che, spesso, possono sfuggire alla platea dei consumatori e delle imprese concorrenti palesandosi loro solo dopo aver messo a segno le finalità scorrette<sup>569</sup>.

In corrispondenza dell'iniziativa d'ufficio, il Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette riconosce all'Autorità un ampio margine di discrezionalità prevedendo che la stessa possa archiviare i procedimenti qualora *“ritenga, sulla base degli elementi prodotti con la richiesta di intervento o altrimenti acquisiti dal*

---

<sup>567</sup> Inoltre, a differenza di quanto previsto in materia antitrust, in tale sede non è previsto l'impiego di un apposito formulario predisposto dall'AGCM, la quale dal 12 novembre 2007 ha attivato un numero verde gratuito intermante dedicato alla raccolta di tutte le segnalazioni dei consumatori aventi ad oggetto presunte pratiche commerciali scorrette.

<sup>568</sup> Il Presidente dell'Autorità Antitrust, A. CATRICALA', in *AGCM Relazione annuale*, 26 giugno 2007, aveva evidenziato come la disciplina dettata dalla legge n. 287/1990 non consentisse all'Autorità un intervento efficiente nei confronti degli abusi e delle scorrettezze che, pur danneggiando i consumatori e i concorrenti, non erano realizzati da imprese in posizione dominante. Ed allora, il Presidente, nell'ottica del traguardo di un nuovo diritto antitrust, auspicava che l'attuazione della direttiva n. 2005/29/Ce potesse divenire l'occasione per il definitivo riconoscimento in capo all'AGCM di poteri e competenze in questo settore.

<sup>569</sup> Diversamente, critica l'attribuzione del potere dell'iniziativa d'ufficio A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela*, cit., p. 388-389, il quale sostiene che l'ufficiosità dell'azione dell'AGCM possa minare la credibilità del suo operato compromettendone l'imparzialità. Ma, l'ingresso del potere di intervento *ex officio* è stato accolto prevalentemente in senso positivo, sul punto si veda M. SIRAGUSA e F. CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, relazione al Convegno *“Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela”*, cit., p. 6-7; A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, cit., p. 231-234; E. FRENI, *Pratiche commerciali*, cit., 274 e la stessa Autorità che nella Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2008, 23, ha affermato che essa non è più chiamata a valutare i soli casi segnalati con le richieste di intervento, ma può *«integrare tali sollecitazioni sulla base di una propria attività di monitoraggio del mercato»*, assicurando così *«la sistematicità dell'intervento dell'Autorità»* ed evitando di causare *«alterazioni del gioco concorrenziale»*, che potevano verificarsi con la precedente normativa *«qualora le richieste di intervento riguardassero solo alcuni degli operatori che adottavano una determinata pratica commerciale»*.

*responsabile del procedimento (...), che non vi siano i presupposti per un approfondimento istruttorio*<sup>570</sup>.

Il secondo baluardo del *public enforcement* si rinviene nell'ambito dell'attività pre-istruttoria attraverso la *moral suasion*.

Prima che il procedimento sia aperto il responsabile dello stesso, salvo i casi di particolare gravità e previa informativa del Collegio dell'Autorità, ha il potere di invitare per iscritto il professionista a rimuovere i possibili profili di scorrettezza della sua condotta ove ritenga che essi siano fondati<sup>571</sup>.

Tale soluzione, volta a promuovere il ravvedimento operoso da parte del professionista prima dell'avvio del procedimento, *“da un lato, garantisce immediatezza e proporzionalità dell'intervento, dall'altro esonera il professionista dalla sanzione”* e dalle conseguenze negative derivanti dall'apertura di un'istruttoria a suo carico<sup>572</sup>.

Sempre in nome della “nuova alba” dell'*enforcement*, sono stati ampliati i poteri inquisitori dell'Autorità Antitrust la quale ora, come accade in materia di concorrenza, può: i) rivolgersi a chiunque ne sia in possesso, soggetto pubblico o privato che sia, per l'acquisizione di

---

<sup>570</sup> L'art. 5, comma 3, del regolamento adottato dall'AGCM con delibera del 15 novembre 2007, n. 17589 come modificato con la delibera del 29 luglio 2009, n. 2022.

<sup>571</sup> Art. 4, comma 2, del Regolamento adottato con provvedimento dell'AGCM n. 17589/2007, cit., e art. 4, comma 3 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita adottato con delibera del 15 novembre 2007, n. 17590.

<sup>572</sup> Così si è espressa l'Autorità Antitrust nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2009, 30 aprile 2009, p. 260, e la stessa ha osservato che pur avendo limitato l'applicazione di tale istituto *«ai soli casi nei quali sussistesse attualmente la possibilità per i professionisti di eliminare i profili di scorrettezza, restandone esclusa l'utilizzabilità (...) qualora la pratica commerciale si fosse già esaurita (ipotesi di norma ricorrente nell'ambito delle campagne pubblicitarie)»*, la *moral suasion* ha consentito di archiviare il caso ancor prima del formale avvio del procedimento in un numero significativo di occasioni. Nella *Relazione annuale dell'AGCM sull'attività svolta nel 2009*, 15 giugno 2010, si legge che la *moral suasion* ha interessato il 4% dei casi pervenuti all'Autorità e che tale strumento *«è stato utilizzato in particolare per le comunicazioni diffuse attraverso Internet, per le quali un richiamo al professionista a fornire una corretta ed esaustiva informazione ha consentito di ottenere i medesimi risultati conseguibili con un provvedimento di accertamento dell'illecito, con beneficio dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa»* e altresì con riferimento ai casi che hanno interessato il *«settore turistico-alberghiero e di quello dei servizi idrici, nell'ambito dei quali gli operatori sono stati invitati a precisare meglio le informazioni riportate sul sito Internet e a descrivere in maniera più chiara i meccanismi di calcolo delle tariffe applicate»*. Sulla previsione della *moral suasion* M. SIRAGUSA e F. CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori*, cit., 8, evidenziano una lacuna data dalla circostanza che vede l'introduzione di tale istituto dissuasivo priva dell'attribuzione di corrispondenti diritti di difesa in capo ai professionisti invitati per iscritto a porre fine alla pratica oggetto di indagine, quali, ad esempio, il diritto di accesso agli elementi informativi in possesso dell'Autorità.

informazioni e documenti rilevanti ai fini dell'accertamento (applicando sanzioni pecuniarie in caso di inottemperanza), *ii*) autorizzare ispezioni presso “*chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria*” (con esclusione dei luoghi di residenza o domicilio che sono estranei all'esercizio dell'attività oggetto del procedimento), *iii*) nonché avvalersi della collaborazione di un apposito Nucleo della Guardia di Finanza.

Inoltre, ai sensi dell'art. 27, comma 5, cod. cons., è prevista un'inversione dell'onere della prova ed in ragione del criterio della prossimità che riconosce l'onere probatorio in capo al soggetto che, date le circostanze, può meglio assolverlo, l'Autorità<sup>573</sup> può “*disporre che il professionista fornisca prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale se, tenuto conto dei diritti o degli interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico. Se tale prova è omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono considerati inesatti*”.

E, inoltre, “*incombe in ogni caso, al professionista l'onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'articolo 20, comma 3*”<sup>574</sup>.

---

<sup>573</sup> Il responsabile del procedimento comunica tale incombente istruttorio alle parti, indicando gli elementi di prova richiesti, la motivazione di tale richiesta ed il termine entro cui la prova deve essere presentata.

<sup>574</sup> Ovviamente, la raccolta delle prove nell'ambito della lotta contro gli illeciti economici ha le sue peculiarità ed un momento estremamente delicato in quanto si tratta di un settore permeato da esigenze di riservatezza funzionali alle attività commerciali e, dunque, come scrive A. GENOVESE, ult. Op., cit., 236, è caratterizzato da «*fluidità e inafferrabilità degli accadimenti economici*».

#### 4.1.1. *Segue. L'istituto degli impegni.*

Indubbiamente, quando si pensa alla “virata” in favore del *public enforcement* in sede di attuazione della disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali, una delle novità fondamentali per tale sterzata si è avuta con l'introduzione degli impegni<sup>575</sup>.

Questi altro non sono che la possibilità di ottenere decisioni transattive o patteggiate<sup>576</sup> alla stregua del modello delineato dall'art. 14-ter della legge n. 287/1990, ma, diversamente dagli impegni adottati in materia di illeciti antitrust, l'art. 27, comma 7, cod. cons., esclude simile definizione del procedimento qualora la pratica commerciale risulti manifestamente grave o scorretta<sup>577</sup>.

Nello specifico<sup>578</sup>, il professionista, entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio dell'istruttoria<sup>579</sup>, ha la facoltà di presentare

---

<sup>575</sup> Art. 27, comma 7, cod. cons. e art 9 del d.lgs. n. 145/2007. La direttiva n. 2005/29/Ce non contemplava tale istituto ma la sua adozione è ugualmente in linea con i principi comunitari in materia di *public enforcement* considerando che gli impegni sono contemplati a livello comunitario in materia di diritto antitrust e previsti espressamente dal citato Regolamento 2006/2004/Ce sulla cooperazione delle autorità nazionali responsabili della tutela dei consumatori.

<sup>576</sup> Sugli impegni in materia di tutela della concorrenza, si veda M. LIBERTINI, *Le decisioni «patteggiate» nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1287 e ss..

<sup>577</sup> Il legislatore ha circoscritto il ricorso alla chiusura patteggiata del procedimento senza l'accertamento dell'infrazione al fine di evitare un abuso dell'istituto che intacchi la deterrenza dell'*enforcement*. In questo senso si è espresso anche il TAR Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8394 in relazione al provvedimento Antitrust PS1 (*Prezzi bloccati elettricità*).

<sup>578</sup> Nella Relazione annuale sull'attività svolta nel 2009, 15 giugno 2010, 220, si legge che in materia di pratiche commerciali scorrette «in 13 dei 272 casi esaminati, l'Autorità ha accertato che non vi era stata una violazione della disciplina rilevante, mentre 6 istruttorie si sono concluse con l'accettazione degli impegni offerti dalle parti, in quanto ritenuti idonei a rimuovere i profili di illegittimità della pratica», e che gli stessi professionisti «hanno mostrato una maggiore disponibilità all'utilizzo di strumenti che la normativa mette a loro disposizione per evitare l'accertamento dell'infrazione, proponendo all'Autorità, in diversi procedimenti condotti nel settore delle telecomunicazioni l'assunzione di impegni ex articolo 27, comma 7, del Codice del consumo. Talvolta, gli impegni sono stati considerati inammissibili poiché le condotte contestate erano riconducibili a pratiche connotate da una particolare gravità oppure presentavano esigenze di tutela rafforzata per categorie particolarmente vulnerabili di consumatori, quali adolescenti e minori. In tali casi, l'Autorità ha comunque valorizzato, in termini di riduzione della sanzione, lo sforzo e la condotta del professionista, purché basata su forme di fattiva e documentata collaborazione a vantaggio dei consumatori».

<sup>579</sup> Il TAR Lazio, sez. I, 14 settembre 2009, n. 8673, ha chiarito che tale termine ha “chiara natura perentoria e risponde all'evidente fine di consentire una rapida definizione della procedura con la più sollecita e tempestiva eliminazione della pratica e dei suoi effetti e implica che l'operatore professionale formuli in modo chiaro ed esaustivo gli impegni che intende sottoporre all'Autorità”. Sul punto, M. SIRAGUSA E F. CARONNA, ult. *Op. cit.*, criticano tale soluzione e prendendo atto della prassi dell'AGCM, che talvolta ha accolto proposte di impegni presentate anche diversi mesi dopo la data di avvio del procedimento, come nel caso PS3291, provv. n. 20351, in Boll. 39/2009 (*Scheda Takitime-Mancata Restituzione Credito Residuo*), dove il procedimento è stato aperto il 9 marzo e gli impegni sono stati presentati il 7 maggio 2009, ben oltre il termine dei trenta giorni, e si

in forma scritta impegni in grado di far venire meno l'illegittimità della pratica commerciale oggetto del procedimento<sup>580</sup>.

Ove siano presentati, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento delle procedure istruttorie adottato con la delibera n. 1750/2007, l'Autorità Antitrust deve valutarne l'idoneità e al termine di tale giudizio può: i) accettare e rendere obbligatori per il professionista gli impegni che ha ritenuto idonei chiudendo il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione<sup>581</sup>; ii) invitare il professionista ad integrare, entro un dato termine, gli impegni che sono solo parzialmente idonei; iii) rigettare gli impegni che reputa inidonei a far venire meno l'illegittimità della pratica o quelli presentati per una pratica particolarmente grave e manifestamente scorretta.

Il giudizio di idoneità deve necessariamente tener conto, tra i vari fattori, dell'orizzonte temporale che sarà investito dagli effetti degli impegni.

Dunque, mentre gli impegni proposti da professionisti autori di pratiche commerciali scorrette ancora in corso, laddove accettati dall'Autorità, hanno efficacia *ex nunc*, e dunque rimuovono i profili di illegittimità e rendono corretta la condotta del professionista guardando al futuro, nel caso

---

è chiuso con la loro accettazione il 1 ottobre 2009, propendono per una natura "sollecitatoria" del termine di presentazione degli impegni. Diversamente, l'art. 14-ter della legge antitrust stabilisce che il professionista debba presentare gli impegni "tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria" entro il termine di 3 mesi dall'apertura del procedimento.<sup>580</sup> Come affermato dal TAR Lazio, sez. I, 15 giugno 2009, n. 5626, con la pronuncia relativa al procedimento PS348-Nespresso sconto di 50 euro, la "concretezza ed efficacia" costituiscono requisiti ontologici degli impegni ai fini della loro accettazione. E, invece, con riguardo all'ipotesi degli impegni modificati dal professionista nel corso del procedimento, il TAR Lazio, nella citata sentenza n. 8673/2009, ha stabilito che incombe: "all'operatore professionale che sia "seriamente" intenzionato a porre riparo alla pratica commerciale scorretta l'onere di formulare tempestivamente proposte che siano esattamente calibrate sui profili d'illegittimità della pratica commerciale scorretta contestata, come reso evidente dal breve termine ("entro e non oltre trenta giorni dal ricevimento della comunicazione d'avvio del procedimento") stabilito dall'articolo 8 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali e scorrette". Pertanto, l'Autorità non è tenuta né "ad un "riesame" diuturno di impegni già valutati e considerati a giusta ragione inidonei in funzione di una scelta dell'operatore di assumere impegni per così dire "al ribasso", salvo poi accrescerne volta a volta il contenuto", né "a sostituirsi" all'operatore professionale nell'indicazione di ulteriori correttivi.

<sup>581</sup> Negli ultimi due anni c'è stata una crescita dei casi denunciati all'AGCM conclusi con accettazione degli impegni. Ad esempio: PS3317, provv. n. 21661, del 6 ottobre 2010, in Boll. 39/2010 (ENEL Energia-Gestione Reclami Consumi); PS2180, provv. n. 21454, del 5 agosto 2010, in Boll. 31/2010 (Euronics-Prodotti in Garanzia); PS5220, provv. n. 21625, del 30 settembre 2010, in Boll. 38/2010 (Tele2-Sollecitazioni Telefoniche non Richieste).



di pratiche commerciali cessate o spontaneamente interrotte dal professionista prima dell'avvio dell'istruttoria ricorre un'efficacia *ex tunc* in quanto l'Autorità, sulla scia dei giudizi del giudice amministrativo in materia di impegni antitrust<sup>582</sup>, riconosce idonei ai sensi dell'art. 27, comma 7, cod. cons., quegli impegni che “*consentono una riparazione con effetti retroattivi della condotta a suo tempo posta in essere*”<sup>583</sup>.

Una volta accettati gli impegni, l'Autorità adotta un provvedimento che li rende obbligatori e definisce il procedimento<sup>584</sup>, ma tale conclusione non ne preclude la riapertura d'ufficio laddove il professionista non abbia dato attuazione agli impegni assunti, oppure nel caso di mutamento della situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui si fonda la decisione di accettazione degli impegni o, ancora, qualora l'accoglimento dell'impegno sia avvenuto sulla base di informazioni trasmesse dalle parti che sono inesatte, incomplete o fuorvianti.

La decisione dell'Autorità di rifiutare gli impegni o di proporne al professionista di nuovi ha carattere discrezionale ed è soggetta al sindacato del giudice amministrativo<sup>585</sup>.

In particolare, osservando l'ormai consolidata prassi degli impegni ricorrenti nell'ambito della tutela antitrust<sup>586</sup>, il Consiglio di Stato<sup>587</sup>, in

---

<sup>582</sup> TAR Lazio, sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157, afferma che «*al fine di evitare che la presentazione di impegni non abbia apprezzabili risultati concreti, (...) ma sia indirizzata essenzialmente ad evitare l'accertamento della violazione antitrust e la conseguente irrogazione della sanzione, l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere. Diversamente verrebbe disattesa la ratio della norma in quanto gli impegni devono essere tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, finalità che nel caso di intesa non più attuale può essere realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto ex tunc dei comportamenti concorrenziali adottati*».

<sup>583</sup> Così in PI6402, provv. n. 18324, del 24 aprile 2008, in Boll. 16/2008 (*Scooter Piaggio Cruiser-Bauetto 38 litri*).

<sup>584</sup> Con lo stesso provvedimento l'Autorità può disporre la misura accessoria della pubblicazione dell'impegno assunto a spese del professionista determinando il mezzo, le modalità, il termine entro cui tale adempimento deve essere compiuto, e il professionista dovrà trasmetterle immediata copia dell'avvenuta pubblicazione degli impegni.

<sup>585</sup> L'art. 27, commi 13 e 14, cod. cons., riconosce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i ricorsi avverso: *i*) le decisioni dell'AGCM con cui si dichiara la scorrettezza della pratica, *ii*) i provvedimenti di chiusura del procedimento con accettazione degli impegni o *iii*) di riapertura *ex officio* ai sensi dell'art. 8, comma 3 del regolamento sulle procedure istruttorie, *iv*) la decisione che rifiuta la proposta di impegni.

<sup>586</sup> La possibilità di attingere dalla figura degli impegni adottati in materia di diritto della concorrenza è espressamente riconosciuta dal giudice amministrativo. Infatti, il TAR Lazio, nella citata sentenza n. 8673/2009, ha ricordato che l'istituto previsto degli impegni previsto dall'articolo 27, comma 7, cod. cons., è “*per certi versi esemplato, nella sua struttura e nelle sue finalità, sugli*

occasione di una pronuncia sulla legittimità di un procedimento antitrust concluso con l'accettazione di impegni, ha fissato tre punti cardine affermando che: *i*) l'art. 14-*ter* è espressione di un potere discrezionale dell'Autorità Antitrust che si estrinseca nella possibilità di accettare o rigettare gli impegni e che non permette alla medesima Autorità di modificarli senza il consenso della parte, né di rendere obbligatori impegni che si pongono in contraddizione con le intenzioni manifestate con altri atti e documenti presentati dall'impresa proponente; *ii*) l'istituto degli impegni deve mantenere un ruolo marginale affinché la funzione di accertamento e quella deterrente di irrogazione della sanzione non vengano meno; e che *iii*) la proposta degli impegni e la loro accettazione non integrano un accordo bilaterale tra impresa e Autorità Antitrust e non sono, altresì, assimilabili ad un accordo sostitutivo di un provvedimento amministrativo.

E' opportuno precisare che l'archiviazione del procedimento descritto dall'art. 27 del codice del consumo, con assunzione degli impegni da parte dell'impresa rappresenta un modello non propriamente repressivo-sanzionatorio bensì orientato alla realizzazione del buon funzionamento del mercato attraverso un'azione amministrativa efficiente, incentrata su una tecnica procedurale ispirata ai principi di semplificazione ed economicità amministrativa e ciò potrebbe limitare lo scopo della deterrenza<sup>588</sup>.

Ed allora è auspicabile che il ricorso alla chiusura del procedimento mediante tale istituto avvenga con moderazione affinché la deterrenza e l'adequatezza del sistema rimediabile predisposto dal legislatore non vengano meno.

---

*impegni noti alla legislazione antitrust comunitaria*", già disciplinati dall'articolo 3 del Regolamento n. 17/62 e quindi dall'articolo 9 del successivo Regolamento del Consiglio n. 1/2003.

<sup>587</sup> Consiglio Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307. Per un approfondimento sulla pronuncia si veda il commento di C. Leone, *Gli impegni al vaglio del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 5, 1093.

<sup>588</sup> E proprio in ragione di tale effetto, la stessa Autorità Antitrust, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008*, 24, riconosceva espressamente che, a poco più di un anno dall'entrata in vigore della disciplina contro le pratiche commerciali scorrette, l'atteggiamento di sostanziale chiusura nei confronti degli impegni assunto dall'AGCM voleva evitare un eventuale depotenziamento della deterrenza dei divieti delle condotte ingannevoli e/o aggressive dato che, rispetto a tali «*pratiche particolarmente gravi, il legislatore ha senz'altro ritenuto prevalente l'obiettivo della deterrenza*».

Proprio per scongiurare un simile effetto, è funzionale all'adozione di tale istituto nonché all'efficienza dell'*enforcement* amministrativo la previsione della sospensione cautelare<sup>589</sup>.

L'Autorità, ai sensi dell'art. 27, comma 3, cod. cons., immediatamente dopo aver comunicato l'apertura dell'istruttoria<sup>590</sup> può, laddove ritenga che la fattispecie denunciata sia particolarmente urgente o delicata, adottare un provvedimento motivato con cui dispone la sospensione provvisoria della pratica commerciale per arrestarne gli effetti ed evitare ulteriori conseguenze negative per i consumatori e il mercato durante le more della definizione del procedimento.

L'efficacia inibitoria della sospensione, che cesserà soltanto in caso di archiviazione con accettazione degli impegni, garantisce che non vi sia un vuoto di tutela tra il momento in cui il professionista comunica l'assunzione degli impegni, la loro valutazione di idoneità e la successiva attuazione delle obbligazioni che, ove siano stati resi vincolanti, l'impresa deve osservare.

Infine, il comma 12 dell'art. 27, stabilisce che in caso di inottemperanza ai provvedimenti di urgenza o inibitori e nell'ipotesi di mancato rispetto degli impegni resi vincolanti, con conseguente riapertura del procedimento, l'Autorità può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie<sup>591</sup> - particolarmente severe - per distogliere il professionista dall'intento di "*dilazionare la durata del procedimento*"<sup>592</sup> mediante l'assunzione di obblighi che in realtà non intende rispettare al solo scopo di prendere tempo e permettere la diffusione della pratica commerciale ai danni dei consumatori.

---

<sup>589</sup> Questa previsione è indubbiamente un altro tassello del percorso di *enforcement* da tempo auspicato, infatti G. ROSSI, *La persuasione pubblicitaria tra diritto ed etica: uno sguardo comparatistico*, in *Dir. informatica*, 2002, 3, 427, rilevava come «*la discrasia tra la durata media di una campagna pubblicitaria, ed i ben più lunghi tempi di decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in materia di pubblicità ingannevole, accompagnati da un assai parco uso del potere di sospensione provvisoria della diffusione del messaggio, rappresentino un limite rispetto all'effettività del divieto di pubblicità ingannevole*».

<sup>590</sup> TAR Lazio, sez. I, 3 luglio 2009, n. 6446, ha riconosciuto legittimo un atto di avvio del procedimento piuttosto generico, purché ad esso si accompagni un progressivo, maggior grado di dettaglio nella definizione delle imputazioni, nel corso del procedimento.

<sup>591</sup> Il cui valore, al momento, va da un minimo di 10.000 euro ad un massimo di 150.000 euro.

<sup>592</sup> A. CIATTI, *Gli strumenti*, cit., 394.

#### **4.1.2. *Segue.* Uno sguardo d'insieme al procedimento antitrust in materia di pratiche commerciali ai sensi dei Regolamenti adottati dall'AGCM.**

Alla luce dei tratti salienti della tutela amministrativa dettata dall'art. 27 del codice del consumo, è appena il caso di scorrere brevemente gli altri aspetti caratterizzanti il procedimento istruttorio affidato all'Autorità Antitrust a garanzia degli interessi dei consumatori nel caos delle pratiche commerciali scorrette.

Come è stato anticipato nel corso della trattazione, l'Autorità garante delle concorrenza e del mercato ha approvato il 15 novembre 2007, con i provvedimenti n. 17589 e n. 17590, i Regolamenti che rendono operative le disposizioni contenute nei Decreti legislativi n. 145 e 146 del 2 agosto 2007 e che dettano la disciplina delle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette<sup>593</sup>.

I Regolamenti, reciprocamente autonomi ed in vigore dal 6 dicembre 2007, hanno sancito la fine dell'applicazione del D.P.R. 11 luglio 2003, n. 284, relativo alle procedure istruttorie dell'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, e, come illustrato in parte nelle pagine addietro, hanno attuato una serie di novità dalle quali è scaturito in capo all'Autorità Antitrust un importante rafforzamento della propria attività di vigilanza e di intervento per la tutela della concorrenza e dei consumatori.

Entrambi i Regolamenti esordiscono con l'attribuzione in capo al “*responsabile del procedimento*”, individuato nel dirigente dell'unità organizzativa competente per materia, istituita ai sensi dell'art. 10, comma

---

<sup>593</sup> I due regolamenti sulle procedure istruttorie in materia pratiche *BtoC* (provvedimento n. 17589) e *BtoB* (provvedimento n. 17590) sono stati adottati sulla base, rispettivamente, dell'articolo 8, comma 11, del D.lgs. n. 145/2007, e dell'articolo 27, comma 11, del D.lgs. n. 146/2007, i quali stabiliscono che l'Autorità Antitrust disciplini con proprio regolamento le procedure istruttorie, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione. Si tratta di provvedimenti formalmente identici che stabiliscono la disciplina procedurale dell'Antitrust su due ambiti distinti, realizzando al contempo una sorta di gemellaggio fra le due aree della pubblicità ingannevole e comparativa e delle pratiche commerciali scorrette.

6, della legge n. 287/1990, o in un altro funzionario, del compito di provvedere all'avvio dello stesso.

Il responsabile del procedimento dispone gli adempimenti necessari per lo svolgimento dell'attività pre-istruttoria, ovvero all'acquisizione di elementi utili per la valutazione della fattispecie, anche attraverso la richiesta di informazioni e documenti a soggetti pubblici o privati.

E' in questa fase che il responsabile del procedimento, salvo non si incorra in un caso di particolare gravità o vi siano motivi fondati per ritenere che la pratica commerciale è scorretta, pone in essere la preziosa opera, sopra menzionata, di *moral suasion* invitando, una volta informato il Collegio, il professionista a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza, illiceità, o scorrettezza.

Ove l'invito non raggiunga un tale epilogo, il responsabile provvede all'avvio dell'attività istruttoria e pone in essere quanto necessario sino alla sua chiusura<sup>594</sup>.

I Regolamenti hanno reso più celere l'attività istruttoria dell'Autorità. Questa infatti ora è in grado di sospendere, inibire la continuazione, o eliminare gli effetti della pubblicità o pratica commerciale illegittima d'ufficio, e con atto motivato, in via del tutto autonoma senza dover attendere la segnalazione dei soggetti interessati.

Inoltre, il Collegio può disporre la sospensione provvisoria del messaggio pubblicitario o della pratica commerciale anche senza la previa acquisizione delle memorie delle parti, quando le esigenze siano tali da rendere improcrastinabile l'intervento.

Entro il termine di sette giorni dal ricevimento del provvedimento recante la misura cautelare provvisoria, il professionista può presentare

---

<sup>594</sup> Il termine per la conclusione del procedimento è di centoventi giorni, che decorrono dalla data di protocollo della comunicazione di avvio. Mentre è di centocinquanta laddove l'Autorità Antitrust si avvalga della facoltà di richiedere il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Lo stesso termine può essere di centottanta giorni (e di duecentodieci quando si debba ricorrere alla richiesta di parere all'AGCOM) nell'ipotesi in cui il professionista sia residente, domiciliato o abbia sede all'estero, con decorrenza dal giorno in cui viene protocollata la comunicazione di avvio del procedimento. Mediante provvedimento motivato del Collegio il termine può essere prorogato per un massimo di trenta giorni, ove ricorrano particolari esigenze istruttorie, o di sessanta, qualora il professionista presenti degli impegni.

memorie scritte e documenti, sulla base dei quali il Collegio valuta se confermare o meno la sospensione provvisoria.

La decisione con cui l'Autorità sospende la pubblicità o la pratica commerciale affetta da illegittimità deve essere immediatamente eseguita da parte del professionista, il quale, entro cinque giorni dalla ricezione della comunicazione relativa alla decisione stessa, deve comunicarne all'Autorità l'avvenuta esecuzione.

Nell'ambito delle indagini, gli articoli 12 e 13 dei Regolamenti concernono, rispettivamente, la richiesta di informazioni ed audizioni, e le perizie.

Per quanto attiene alle prime, ove sia necessario per l'integrazione del materiale istruttorio o per la sua corretta valutazione, si prevede che anche i soggetti interessati possano richiedere al responsabile del procedimento che le parti siano sentite in apposite audizioni che si svolgono all'insegna del principio del contraddittorio e dove le parti possono farsi rappresentare da un difensore.

In riferimento alle perizie, l'Antitrust deve comunicare alle parti del procedimento le perizie, le analisi o le consulenze di esperti autorizzate dal Collegio dell'Autorità su proposta degli uffici.

Al riguardo, è stata introdotta la possibilità per i soggetti ai quali è stato comunicato l'avvio del procedimento e che sono intervenuti di nominare, dandone comunicazione al responsabile, un perito di loro fiducia che affiancherà quello dell'Autorità<sup>595</sup>.

Sulla base della nuova disciplina dettata dai decreti legislativi in vigore dal 21 settembre 2007, i Regolamenti hanno rafforzato i poteri investigativi dell'Antitrust.

Tra questi ricorre la possibilità di accedere a qualsiasi documento pertinente e di richiedere informazioni e materiale aziendale utile ai fini dell'indagine a chiunque ne sia in possesso. In caso di rifiuto, omissione o

---

<sup>595</sup> Il consulente nominato dalle parti le potrà assistere nel corso delle ispezioni, senza che ciò comporti una sospensione dell'attività investigativa, e potrà presentare documenti e scritti contenenti le proprie osservazioni sui risvolti delle indagini tecniche.

ritardo, senza giustificato motivo, di fornire l'informazione ed esibire documenti richiesti nel corso dell'ispezione, o, ancora, laddove le informazioni e la documentazione esibite non siano veritiere, seguirà l'applicazione di sanzioni.

I funzionari dell'Autorità incaricati dal responsabile del procedimento di procedere alle ispezioni possono realizzarle *in loco*<sup>596</sup>.

Nell'ambito dell'attività ispettivo-repressiva delle pratiche commerciali scorrette o dei messaggi pubblicitari illegittimi è importante il principio di coordinamento stabilito dall'art. 27, comma 14, cod. cons., ai sensi del quale il responsabile del procedimento, qualora ritenga sufficientemente istruita la pratica, ma la stessa si caratterizzi per avere ad oggetto una pubblicità o una pratica commerciale che è stata o deve essere diffusa mediante la stampa periodica o quotidiana, o ricorrendo al mezzo radiofonico, televisivo, o altro mezzo di telecomunicazione, prima di rimettere gli atti al Collegio per l'adozione della decisione finale, può richiedere un parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Il parere, obbligatorio ma non vincolante per le decisioni dell'Antitrust, deve essere comunicato dall'AGCOM entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta, salvo la stessa presenti a sua volta ulteriori esigenze istruttorie<sup>597</sup>.

Mentre, qualora l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni lasci decorrere il termine senza fornire alcun parere o formulare richieste istruttorie, l'Autorità Antitrust procederà prescindendo dall'acquisizione del parere e rimetterà gli atti al Collegio affinché venga adottato il provvedimento finale.

---

<sup>596</sup> Possono accedere a tutti i terreni, i locali e i mezzi di trasporto del soggetto nei cui confronti si svolge l'ispezione, ad eccezione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale su cui verte l'indagine, e sono, altresì, legittimati a controllare e prendere copia dei documenti e richiedere informazioni orali. In particolare, con il termine "documento" viene intesa ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni ed informali, formati e utilizzati ai fini dell'attività dell'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, nonché ogni documento prodotto o contenuto su supporto informatico.

<sup>597</sup> In tal caso il termine per la conclusione del procedimento viene sospeso per un periodo massimo di trenta giorni, il quale decorre dalla data in cui l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha ricevuto le notizie e i documenti richiesti per far fronte alle proprie esigenze istruttorie, sino alla data in cui la stessa invierà il relativo parere all'Antitrust.

Inoltre, le pratiche commerciali, proprio per la loro eterogeneità, possono determinare l'intervento di più Autorità<sup>598</sup>, ciascuna in applicazione di una specifica normativa e delle proprie competenze settoriali, determinando, così, un problema di coordinamento o sovrapposizione con l'azione dell'Antitrust.

La questione del coordinamento tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, titolare della competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette, e le altre Autorità di settore deputate a competenze più specifiche è soltanto sfiorata dall'art. 27, comma 14, cod. cons..

Indubbiamente, la mancata previsione di un criterio generale di ripartizione preventiva delle competenze è una lacuna significativa che favorisce, e favorirà, potenziali conflitti fra le Autorità di settore e, forse, solo il tempo e una loro collaborazione proficua potranno scongiurare situazioni controproducenti di attrito<sup>599</sup>.

A riprova di tale considerazione, è di questi giorni la sottoscrizione da parte dell'Autorità Antitrust e della Banca d'Italia del Protocollo d'intesa in merito all'esercizio dei rispettivi poteri in materia di contrasto alle pratiche commerciali scorrette e di trasparenza e correttezza nei rapporti tra intermediari e clienti, recante l'obiettivo di i) assicurare un'efficace tutela

---

<sup>598</sup> Si pensi alla Consob e alla Banca d'Italia con riferimento alle pratiche commerciali aventi ad oggetto gli strumenti finanziari, o all'AGCOM per le pratiche costruite, veicolate e diffuse mediante i mezzi di comunicazione a distanza. Ed ancora, all'Autorità Garante della Privacy che può intervenire soprattutto con riferimento alle pratiche aggressive e in materia di fornitura non richiesta.

<sup>599</sup> Su tale questione, con riferimento specifico ai messaggi pubblicitari e le pratiche commerciali realizzati nell'ambito del settore finanziario, si è espressa la Prima sezione del Consiglio di Stato, con il parere del 3 dicembre 2008, n. 3999, reso in materia di ripartizione delle competenze tra l'Autorità Antitrust e la Consob, dove è stato affermato che «*la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l'AGCM, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla Consob*». E, proprio sulla base del parere del Consiglio di Stato L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio*, cit., non nasconde una certa perplessità in merito alla soluzione del Giudice amministrativo di riconoscere la Consob come competente per tutto ciò che concerne la figura del consumatore di servizi finanziari motivata sulla base del fatto che sussiste «*una compiuta ed organica disciplina della materia che dà luogo ad un rapporto di specialità*». Sulla ripartizione delle competenze tra l'Antitrust e le altre Autorità di settore si vedano M. SANDULLI e D. SPAGNUOLO, *L'attribuzione delle competenze in tema di tutela dei consumatori tra l'AGCM e le altre Autorità indipendenti*, in *Consumerism: Rapporto 2009*, 80, [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it) e L. MINERVINI, *Il coordinamento tra la competenza generale della autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette e la competenza delle autorità di settore: i primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa*, in *Consumerism 2010. Terzo Rapporto annuale*, [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it).



del consumatore, *ii*) l'efficienza e la coerenza dell'azione amministrativa di controllo ed *iii*) il contenimento dei costi a carico degli intermediari bancari e finanziari<sup>600</sup>.

#### **4.1.3. Segue. Il regime sanzionatorio e la conclusione del procedimento.**

Qualora il procedimento si concluda con l'accertamento della ingannevolezza, o della aggressività, della pratica commerciale, l'Autorità Antitrust adotta un provvedimento che ne vieta la diffusione, o la continuazione qualora questa fosse già iniziata e, sempre ai sensi dell'art. 27, comma 8, può disporre, a cura e spese del professionista responsabile della pratica illegittima, la pubblicazione della propria delibera "*anche per estratto*", oppure di una dichiarazione rettificativa che, rendendo nota nelle forme più appropriate la scorrettezza della condotta professionale, impedisca il perpetrarsi degli effetti negativi sino a quel momento prodotti.

Accanto agli effetti inibitori della decisione, ricorre l'irrogazione di una sanzione pecuniaria che ai sensi del comma 9 dell'art. 27, può oscillare tra i 5.000,00 euro e i 500.000,00 euro<sup>601</sup> e la quantificazione specifica della sanzione viene rimessa alla discrezionalità del Garante alla luce di parametri della gravità e della durata della violazione accertata<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> In base al Protocollo, sottoscritto il 23 febbraio 2011, l'AGCM e la Banca d'Italia hanno convenuto: *i*) il dovere di informarsi reciprocamente e tempestivamente dell'avvio dei procedimenti amministrativi di propria competenza nei confronti degli intermediari; inoltre *ii*) ciascuna Autorità, ricevuta la comunicazione dell'altra, può formulare osservazioni; e *iii*) sono inoltre previsti incontri periodici e la possibilità di costituire gruppi di lavoro congiunti per affrontare tematiche di comune interesse. Il Protocollo è stato pubblicato su [www.agcm.it](http://www.agcm.it) e [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

<sup>601</sup> Ma con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli previste dall'art. 21, commi 3 e 4, cod. cons., ovvero quelle fattispecie previste dal legislatore per tutelare la sicurezza dei consumatori e quelle categorie particolarmente vulnerabili come i bambini e gli adolescenti, soggetti privi di una libertà di scelta matura e pienamente autonoma, è previsto che la sanzione pecuniaria minima non possa essere inferiore a 50.000,00 euro.

<sup>602</sup> Il *quantum* della sanzione viene determinato, stando al rinvio previsto nel comma 13 dell'art. 27 cod. cons., tenendo conto dei criteri previsti dalla legge n. 689/1981 e dunque sulla base della violazione, dell'attività posta in essere dall'agente per porre fine o attenuare le conseguenze della violazione, della personalità dell'agente e delle sue condizioni economiche. Ma i provvedimenti adottati sino ad oggi dall'Autorità sono soliti quantificare la sanzione anche alla luce dei parametri precedentemente utilizzati in materia di pubblicità comparativa ed ingannevole, quali ad esempio: l'importanza dell'operatore pubblicitario (sia dal punto di vista economico sia come posizione consolidata nel mercato); la capacità del mezzo utilizzato di diffondere il messaggio in modo più o meno penetrante; la debolezza o la particolare sensibilità dei destinatari del messaggio pubblicitario;

Ma vi è di più. La deterrenza del *public enforcement* contro le pratiche commerciali scorrette è articolata non solo su un inasprimento delle sanzioni, in verità non del tutto soddisfacente dato il numero ancora elevato delle denunce e dei relativi procedimenti che accertano la scorrettezza dei comportamenti delle imprese ai sensi del codice del consumo, irrogate al termine del procedimento<sup>603</sup>.

Infatti, il ruolo della sanzione amministrativa pecuniaria attraversa l'intero iter procedimentale sin dalla fase istruttoria.

L'art. 27, comma 4, cod. cons., prevede un apposito trattamento sanzionatorio nelle ipotesi dell'ingiustificato rifiuto da parte del professionista, o di chi per lui, di fornire informazioni e/o documenti all'Autorità nella fase investigativa nonché nel caso siano fornite informazioni non veritiere<sup>604</sup>.

Inoltre, come si è avuto modo di vedere, laddove il professionista non ottemperi al provvedimento emanato d'urgenza ai sensi del comma 3 dell'art. 27, cod. cons., oppure non rispetti gli impegni assunti, o, ancora, eluda il provvedimento inibitorio o di rimozione degli effetti negativi della

---

l'entità del danno economico patito dal consumatore. Infine, rileva anche l'asimmetria informativa che di volta in volta varia in base alle caratteristiche dei soggetti del rapporto e del settore in cui la pratica commerciale viene posta in essere nonché la circostanza che la stessa rientri o meno nella *black list*. Sul punto, TAR Lazio, sez. I, 26 maggio 2009, n. 5249, ha confermato la rilevanza della dimensione economica dell'impresa quale parametro di cui tener conto in sede di quantificazione dell'ammenda, in quanto elemento idoneo ad evidenziare l'affermazione commerciale della società sanzionata. Ciò in ragione di due fattori: il richiamo al suddetto elemento da parte dell'articolo 11 della legge n. 689/81 a fini di deterrenza della sanzione e il fatto che la dimensione economica del professionista è "*idonea di per sé a rendere più efficace la comunicazione pubblicitaria e ad aggravarne la valenza lesiva*" (in senso conforme si veda TAR Lazio, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 13023; TAR Lazio, sez. I, 8 settembre 2009, n. 8395; TAR Lazio, sez. I, 15 giugno 2009, n. 5625).

<sup>603</sup> Purtroppo ancora troppo spesso irrogazione delle sanzioni pare sortire un'efficacia deterrente minima, ciò in quanto le imprese non di rado decidono di attuare pratiche collusive a seguito di un attento bilanciamento tra i costi - nei quali vengono incluse le eventuali sanzioni amministrative (*public enforcement*) e le possibili condanne di risarcimento danni (*private enforcement*) - e i benefici derivanti dalla condotta anticompetitiva. E tale ponderazione di valori, proprio in ragione dell'esigua entità delle sanzioni che le medesime imprese subirebbero, tende a chiudersi con una netta prevalenza dei vantaggi sulle spese, dando così luogo ad una sorta di "sottodeterrenza" della sanzione. Ed infatti, lo stesso Presidente dell'autorità Antitrust, A. CATRICALA', in occasione dell'apertura del Seminario "*La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*", 19 marzo 2010, Roma, ha denunciato l'insoddisfazione per una deterrenza ancora troppo scarsa poiché legata alla previsione di sanzioni irrisorie rispetto ai danni cagionati, rispettivamente, dalle imprese e dai professionisti ai concorrenti, ai consumatori e, nel complesso, al mercato, la quale, a sua volta, si ripercuote su condanne di risarcimento non proporzionate al valore dei danni cagionati e dei profitti conseguiti dalle imprese

<sup>604</sup> Nel primo caso la sanzione va da un minimo di 2.000,00 euro ad un massimo di 20.000,00 euro mentre nella seconda ipotesi va da 4.000,00 euro fino ad un massimo di 40.000,00 euro.

pratica commerciale, l'Autorità applicherà un'ulteriore sanzione pecuniaria compresa tra i 10.000,00 e i 150.000,00 euro.

Nella prassi, l'Autorità ha sposato il principio del cumulo materiale delle sanzioni in tutti i casi di procedimenti che hanno ad oggetto più pratiche commerciali integranti autonome fattispecie realizzate con condotte complesse<sup>605</sup>.

E, a completare il quadro afflittivo, nei casi di reiterata inottemperanza ai suddetti provvedimenti sanzionatori ed inibitori, l'Antitrust può disporre di un'ultima arma, particolarmente afflittiva, per i professionisti imprenditori, ovvero la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.<sup>606</sup>

Al riguardo, i giudici amministrativi hanno sancito che la determinazione dell'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria in materia di pratiche commerciali scorrette, indubbiamente frutto di una valutazione discrezionale, dev'essere adeguatamente motivata sul piano della gravità oggettiva e soggettiva del comportamento<sup>607</sup>.

Ecco che allora, alla stregua di tale puntualizzazione, le prime pronunce giurisprudenziali hanno censurato l'insufficiente motivazione della decisione nel punto relativo alla gravità dell'infrazione<sup>608</sup>.

In particolare, vi è stato un forte ammonimento dell'Autorità, in merito all'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 27 cod. cons. .

Infatti, il T.A.R. ha anzitutto osservato che, in mancanza di un espresso richiamo nell'art. 27, comma 13, cod. cons., dell'art. 23, l. 689/81 - che attribuisce al giudice un potere riduttivo dell'ammontare delle sanzioni amministrative pecuniarie - il giudice non può entrare nel merito della misura della sanzione irrogata dall'Autorità e ridurne l'ammontare.

Ma, pur in assenza del potere riduttivo del giudice e, quindi, del suo potere di valutare nel merito il provvedimento di determinazione della

---

<sup>605</sup> Tale principio è stato confermato dalla Prima sezione del TAR Lazio con la sentenza n. 3722/2009.

<sup>606</sup> Art. 27, comma 12, cod. cons..

<sup>607</sup> TAR Lazio, sez. I, 14 aprile 2009, n. 3778.

<sup>608</sup> TAR Lazio, sez. I, 20 novembre 2008, n. 10465.

sanzione, si è ritenuto che la motivazione circa la gravità del comportamento illecito, necessaria per giungere alla legittima irrogazione di una sanzione superiore al minimo edittale, debba essere analitica ed accurata<sup>609</sup>.

Ora, sulla base di questo precedente, la mancata attribuzione al giudice del potere riduttivo rischia di tradursi in un incentivo all'annullamento dell'intero provvedimento, nella parte sanzionatoria, in quanto il giudice, che è solito valutare nel merito l'ammontare della sanzione amministrativa, potrebbe essere indotto a ravvisare con maggiore frequenza il vizio di motivazione insufficiente<sup>610</sup>.

Proseguendo nell'analisi del procedimento, è previsto che entro venti giorni dall'adozione, del provvedimento che chiude il procedimento e sanziona la condotta del professionista lo stesso viene comunicato alle parti e ai soggetti eventualmente intervenuti nel corso del procedimento ai sensi dell'art. 10 del Regolamento delle procedure istruttorie nonché pubblicato nel bollettino dell'Autorità Antitrust.

Alla luce del primo triennio di piena operatività dei regolamenti, si deve segnalare che il giudice amministrativo ha riconosciuto la legittimità del regolamento di procedura in materia di pratiche commerciali scorrette, che non prevede - a differenza del regolamento sulle procedure per illeciti antitrust - una formale comunicazione delle risultanze istruttorie, a conclusione dell'istruttoria medesima<sup>611</sup> e prima dell'adozione del provvedimento finale.

---

<sup>609</sup> TAR Lazio, sez. I, 19 giugno 2009, n. 5807. Qui il giudice amministrativo ha poi proceduto ad una valutazione di illegittimità di una serie di sanzioni irrogate contro Trenitalia, contestando puntualmente le valutazioni dell'Autorità in ordine alla "gravità" o alla "particolare gravità" dei comportamenti imputati all'impresa, ed ha quindi annullato i provvedimenti nella parte relativa alla determinazione dell'ammontare della sanzione.

<sup>610</sup> Sul punto, M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, 5 agosto 2009, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it), osserva come simile scenario possa avere effetti virtuosi sulla prassi applicativa delle norme in materia di concorrenza, in particolare nel suggerire all'Autorità di non qualificare sempre, e quasi come per presunzione di legge, "gravi" tutti gli illeciti concorrenziali. L'Autore, allora, auspica che ciò «*si traduca in un maggior rigore argomentativo anche nella parallela materia delle sanzioni antitrust: sarebbe infatti paradossale se la prassi si evolvesse nel senso di richiedere motivazioni particolarmente analitiche per le sanzioni in materia di p.c.s. (che sono, per legge, di ammontare non particolarmente elevato, e quindi di limitato effetto deterrente, almeno per le imprese più grandi) e più sommarie per le sanzioni antitrust*».

<sup>611</sup> TAR Lazio, sez. I, 19 giugno 2009, n. 5807; TAR Lazio, sez. I, 3 luglio 2009, n. 6446.

Infatti, il T.A.R. ha giustamente rilevato che questa formale garanzia, non richiesta dalle norme generali sul procedimento amministrativo, trova la sua *ratio* nella complessità istruttoria dei procedimenti antitrust, sicché può ritenersi ragionevole che, in materia di pratiche commerciali scorrette, a fronte di istruttorie di norma molto più semplici, tale garanzia non sia stata prevista, fermo restando l'imprescindibile pieno rispetto del diritto di difesa in ogni fase del procedimento.

Il procedimento, così come delineato dai due Regolamenti, è strutturato in maniera tale da garantire un ampio contraddittorio, mediante l'accesso e la partecipazione, e mira ad assicurare all'*homo oeconomicus* una "giustizia dell'amministrazione".

Inoltre, rispetto al procedimento antitrust i regolamenti hanno attuato un procedimento in cui la fase istruttoria, di competenza degli Uffici, è nettamente separata dal momento decisorio di competenza del Collegio.

## **5. *L'homo oeconomicus tra public enforcement e private enforcement.***

Come avevo accennato nell'introduzione della precedente sezione, l'architettura della tutela dei consumatori in materia di pratiche commerciali scorrette poggia su un sistema sfaccettato costruito su diversi meccanismi di *enforcement*.

Tali procedimenti sono essenzialmente autonomi, salvo l'inevitabile interazione che subentra tra la vigilanza amministrativa e l'autodisciplina, da un lato, e fra la vigilanza amministrativa e la tutela risarcitoria collettiva, dall'altro.

In ordine alla prima ipotesi, ai sensi dell'art. 27-ter cod. cons., le parti interessate, quali i consumatori o i concorrenti<sup>612</sup>, anche attraverso il ricorso alle loro associazioni o organizzazioni, possono ricorrere ad organismi di

---

<sup>612</sup> I concorrenti possono percorrere la strada dell'autodisciplina solo con riferimento alle pratiche commerciali scorrette che interessano i rapporti tra professionisti e consumatori.

autodisciplina<sup>613</sup> convenendo “con il professionista di adire preventivamente, il soggetto responsabile o l’organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta”.

L’autodisciplina oggi è divenuta parte integrante dei codici di condotta adottati dalle associazioni o organizzazioni imprenditoriali e professionali ai sensi dell’art. 27-bis cod. cons.<sup>614</sup> ed è stata strutturata come un’azione di natura necessariamente preventiva rispetto al ricorso all’Autorità Antitrust.

Si tratta di una scelta volontaria che, in virtù del principio di “non preclusione” previsto al comma 2 dell’art. 27-ter, cod. cons., non pregiudica il diritto del consumatore di adire, successivamente, l’Autorità Antitrust o il giudice competente<sup>615</sup>.

Inoltre, ai sensi dell’art. 27-ter, comma 3, laddove le parti abbiano convenuto il ricorso ad un organismo di autodisciplina, possono chiedere la sospensione del procedimento avviato davanti l’Antitrust - intrapreso da una delle parti in violazione dell’accordo di ricorrere alla soluzione conciliativa o da soggetti terzi all’accordo legittimati ad agire - con un’apposita istanza che provi l’esistenza e fornisca i dati per l’individuazione tanto dell’organismo dinnanzi al quale è in corso il procedimento quanto del procedimento stesso.

In tale ipotesi l’Autorità non è obbligata bensì può decidere<sup>616</sup> di sospendere il procedimento per un periodo non superiore ai trenta giorni.

---

<sup>613</sup> La norma contiene delle disposizioni che la discostano dall’originaria formulazione dell’art. 8, d.lgs. n. 74 del 1992, recante l’attuazione della direttiva 84/450/Ce in materia di pubblicità ingannevole e dal successivo art. 27 della’originaria versione del codice del consumo del 2006.

<sup>614</sup> Vedi *supra* § 2.1.

<sup>615</sup> Tale principio, derivante dalla Raccomandazione della Commissione europea n. 257 del 1998, rimanda, a sua volta, al principio del libero accesso alla giustizia degli artt. 24 e 25 Cost., che viene inoltre ribadito all’art. 141, comma 5, cod. cons. in materia di procedura di composizione extragiudiziale

<sup>616</sup> Ai sensi dell’art. 20 del regolamento sulle procedure istruttorie, il responsabile del procedimento, ricevuta l’istanza di sospensione, ne darà comunicazione alle parti. Successivamente comunicherà loro la pronuncia del Collegio sull’istanza e provvederà alla futura tempestiva comunicazione alle parti della cessazione della causa di sospensione.

Invece, con riferimento al rapporto tra la tutela amministrativa e l'azione collettiva risarcitoria, premesso che quest'ultima azione meriterebbe una trattazione a se stante e sicuramente più specifica dello spazio che, al momento, il tema mi permette di riservarle<sup>617</sup>, mi limiterò a evidenziare come l'interazione tra le due aree comporti che i provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust con riferimento ad una pratica commerciale scorretta fungano da strumenti probatori atipici nell'ambito del giudizio civile incardinato ai sensi dell'art. 140-bis, lett. c) del codice del consumo<sup>618</sup>, che stabilisce come la tutela collettiva risarcitoria possa essere esperita a tutela "di diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette".

Dunque, al di fuori di queste due ipotesi di raccordo tra l'azione dell'Autorità Antitrust e la tutela dinnanzi al giudice ordinario, non sussistono altre forme di coordinamento tra le tecniche di *enforcement* pubblico e l'*enforcement* privato<sup>619</sup>.

Ne consegue che possono essere incardinati, od essere pendenti, procedimenti paralleli o successivi davanti l'Antitrust, oppure presso il T.A.R., e davanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

---

<sup>617</sup> Per maggiori approfondimenti sull'origine, le evoluzioni e sull'ultima approvazione del testo normativo introduttivo dell'azione di classe si vedano: P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224; P. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 407; E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori* a cura di E. GABRIELLI-E. MINERVINI, Torino, 2005; E. BATTELLI, *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit., 315 e ss.; R. PARTISANI, *La disciplina uniforme delle pratiche*, cit., 480 e ss.; G. ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 2008, 547; G. FINOCCHIARO, *Class action: una chance per i consumatori*, in *Guida al Diritto*, n. 5, 2 febbraio 2008, 21 e ss.; P. F. GUGGIOLI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *La nuova azione collettiva risarcitoria-la cd. class action italiana*, Cedam, Milano, 2008, p. 53-64; A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. Trim., Dir. Proc. Civ.*, marzo 2008, 1, 239; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, 389; E. MINERVINI, *sub art. 140-bis*, in *Le modifiche*, cit., 577 e ss. .

<sup>618</sup> L'azione di classe è un'azione di accertamento mediante la quale una pluralità di soggetti interessati, titolari di diritti individuali omogenei, ricorrono al giudice ordinario affinché accerti il pregiudizio patito e il relativo diritto al risarcimento del danno.

<sup>619</sup> Quello dei rapporti tra *public* e *private enforcement* è un ambito fortemente influenzato da recenti interventi comunitari quali il Regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole della concorrenza, adottato dal Consiglio dell'Unione europea e i due interventi della Commissione, ovvero il Libro Verde sull'azione di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 dicembre 2005, Com (2005) 672, e il Libro Bianco in materia delle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 2 aprile 2008, Com (2008) 165.

Al riguardo, parrebbe delinearci il rischio, proprio della simultaneità dei procedimenti, di decisioni contrastanti, ma tale eventualità tende ad essere prevalentemente un falso mito in quanto la prassi applicativa, al momento, non ha dato segnali di inefficienza o contrasti decisionali controproducenti.

Al contrario, anzi, l'esperienza ormai consolidata nel campo del diritto della concorrenza, ed anche della pubblicità ingannevole, ha dato prova della maggiore effettività conseguita dalle disposizioni applicate attraverso il combinato di meccanismi autonomi di *public* e *private enforcement*.

Infatti, l'art. 33, comma 2, della legge antitrust n. 287/1990 prevede la possibilità per i singoli consumatori e utenti di esperire l'azione individuale nei confronti delle imprese partecipanti ad un'intesa anticoncorrenziale per ottenere il ristoro dei danni arrecatigli dalla condotta vietata dal diritto antitrust<sup>620</sup>.

Si tratta di un'azione di stampo offensivo riconosciuta definitivamente come emblema del *private enforcement* dei consumatori in materia di tutela antitrust grazie all'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 2207/2005 relativa al caso RC Auto.

E così, anche in materia di pratiche commerciali scorrette, il consumatore può fare affidamento su un sistema di *private enforcement* parallelo a quello amministrativo<sup>621</sup>.

In primo luogo, ricorre, come si è visto nel secondo capitolo, la tutela inibitoria azionabile ai sensi degli artt. 2599 e 2600 c.c. dalle imprese concorrenti, le camere di commercio o le associazioni di professionisti nei confronti del professionista che ha posto in essere una condotta rilevante come atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c..

In seconda battuta, le azioni di cui agli artt. 139 e 140-*bis* cod. cons., rispettivamente azione inibitoria collettiva e azione collettiva risarcitoria,

---

<sup>620</sup> L'art. 33, comma 2, della l. n. 287/1990 attribuisce la cognizione delle cause di nullità dei contratti a valle per nullità dell'intesa a monte nonché quella delle azioni individuali di risarcimento danni alla competenza esclusiva delle Corti d'Appello.

<sup>621</sup> Del resto, la stessa direttiva 2005/29/Ce aveva previsto l'obbligo per gli Stati membri di assicurare la predisposizione di mezzi giudiziari a disposizione di chiunque avesse un legittimo interesse a contrastare le pratiche commerciali sleali.



possono essere poste in essere su iniziativa delle associazioni dei consumatori e degli utenti inseriti nell'elenco dell'art. 137 cod. cons..

Infine, i singoli consumatori, lesi o minacciati da una pratica commerciale scorretta che ha leso la loro libertà di autodeterminazione, possono esperire un'azione risarcitoria, in luogo di quella preventiva-inibitoria, per ottenere il risarcimento del danno subito.

Simile azione implica che il consumatore dia prova del pregiudizio subito, della sua riconducibilità eziologica alla pratica commerciale scorretta nonché del suo carattere doloso o colposo<sup>622</sup>.

Ebbene, nell'ambito della pluralità delle strade procedurali che possono essere intraprese, il giudizio risarcitorio o restitutorio avviato dal singolo consumatore, o collettivamente, è un giudizio autonomo rispetto a quello affidato alla competenza dell'Autorità Antitrust nonché a quello eventualmente successivo spettante al giudice amministrativo in sede di impugnazione.

Sul punto, però, non vi è alcuna indicazione da parte della direttiva n. 2005/297Ce che suggerisca la regolamentazione del rapporto tra la decisione dell'Autorità e quella del giudice civile.

Sicuramente, come riconosciuto all'unanimità dalla dottrina<sup>623</sup> e dalla giurisprudenza<sup>624</sup>, l'esperimento del procedimento antitrust non costituisce un presupposto processuale del giudizio ordinario.

L'assenza di una pregiudiziale amministrativa rispetto alle decisioni dell'Autorità Garante in materia antitrust si ritrova, per osmosi, anche nell'autonomia dei due procedimenti, *public* e *private*, in materia di pratiche commerciali scorrette.

---

<sup>622</sup> In materia di pratiche commerciali ingannevoli, infatti, il legislatore ha escluso l'applicazione indiscriminata della disciplina a qualsiasi pratica commerciale sulla base della sola falsità oggettiva delle informazioni divulgate, ovvero ha escluso un sistema di responsabilità del professionista, fondato su informazione false o inesatte, che si astrae completamente dall'atteggiamento psicologico del *deceptor*.

<sup>623</sup> Uno per tutti M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 658.

<sup>624</sup> Cass. civ., 11 giugno 2003, n. 9384, in *Foro it.*, 2004, I, 466; App. Roma, 16 gennaio 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 362; App. Milano, 29 settembre 1999, in *Dir. ind.*, 1999, 338; App. Milano, 2 luglio 1998, in *Dir. ind.* 57; App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276; App. Roma 21 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 3518.

Dunque, il giudice ordinario adito procede all'accertamento dell'illiceità della pratica commerciale che si presume lesiva degli interessi dei consumatori e qualora un procedimento amministrativo sulla medesima pratica sia in corso, oppure sia stato archiviato o definito con accettazione degli impegni piuttosto che con un provvedimento sanzionatorio, il giudice può avvalersi in via immediata degli accertamenti e delle risultanze istruttorie dell'Autorità Garante, senza dover attendere l'esito del procedimento ove sia ancora in corso.

Infatti, la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato può avere valore indicativo in sede di giudizio risarcitorio o inibitorio, ma non vincola in alcun modo bensì orienta il giudice ordinario<sup>625</sup>.

I fatti, però, vanno oltre il dato teorico ed invero nella prassi, a cominciare da quella riguardante le azioni risarcitorie per i danni derivanti dagli illeciti antitrust, i provvedimenti rivestono un'influenza decisiva nella formazione della pronuncia del giudice ordinario al punto che questi tende a far proprie le conclusioni del Garante<sup>626</sup>.

In conclusione, non vigendo alcuna disposizione nell'ambito dei rapporti tra *public* e *private enforcement* del consumatore che riconosca il principio *electa una via non datur re cursus ad alteram*<sup>627</sup>, in una prospettiva di lungo termine potrebbe addirittura riconoscersi l'efficacia di precedente vincolante ai provvedimenti dell'Antitrust.

Simile conclusione, fa leva sull'osservazione secondo cui la sentenza che si discosti dal contenuto del provvedimento dell'Autorità, anche nel caso in cui il giudizio ordinario sia stato intrapreso da soggetti diversi

---

<sup>625</sup> E laddove il giudice ordinario non condividesse la correttezza della decisione del Garante che esclude la scorrettezza della pratica, il giudice non potrà annullarla ma disapplicarla ai sensi degli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865.

<sup>626</sup> Come è avvenuto nella citata pronuncia Cass. Civ., sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207. Sempre la Cassazione è andata oltre, affermando nella sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2305 che chi agisce per il risarcimento del danno derivante da un illecito ha l'onere di allegare il provvedimento emesso in sede amministrativa che abbia accertato l'intesa.

<sup>627</sup> Diversamente, in materia di protezione dei dati personali, ai sensi dell'art. 145 del Codice della privacy (d.lgs., 30 giugno 2003, n. 196) «il ricorso al Garante non può essere proposto se, per il medesimo oggetto e tra le stesse parti, è stata già adita l'autorità giudiziaria» e «la presentazione del ricorso al Garante rende improponibile un'ulteriore domanda dinanzi all'autorità giudiziaria tra le stesse parti e per il medesimo oggetto».

rispetto alle parti coinvolte nel rito amministrativo, violerebbe, nell'ordine, *i)* l'affidamento dei consumatori e dei professionisti nella decisione del Garante, *ii)* l'esigenza di preservare l'ordinamento giuridico da uno stato di indeterminatezza delle posizioni collettive e individuali, e, di conseguenza, *iii)* il canone di ragionevolezza, sul quale è basato l'esercizio di ogni forma di potere, e conseguentemente la sentenza stessa cadrebbe per vizio di illogicità e carenza di motivazione<sup>628</sup>

Attualmente, nonostante dal fronte comunitario la Commissione svolga un forte pressing sugli Stati membri affinché si raggiunga, anche con riferimento alle violazioni accertate dalle Autorità nazionali di concorrenza, il traguardo conseguito sul versante dell'Unione con il Regolamento 1/2003 dell'obbligatorietà per i giudici nazionali delle decisioni adottate dalla Commissione stessa, sul versante nazionale, vi sono ancora nodi alquanto intricati relativamente alla natura e all'efficacia di un atto, quale la decisione assunta da un'Autorità amministrativa indipendente.

Infatti, trattandosi di un atto amministrativo e non di un provvedimento giurisdizionale, al riguardo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cui fa eco la Corte di Cassazione, nutre qualche perplessità circa la proposta avanzata dalla Commissione nel Libro Bianco di attribuire efficacia direttamente vincolante alle sue decisioni, ed ha suggerito la soluzione della valenza di *presunzione relativa* da attribuire alla decisione dell'Autorità nazionale che accerta l'illecito *antitrust*.

---

<sup>628</sup> In questo senso, A. CIATTI, *Gli strumenti di tutela*, cit., 431.

## **6. Tutela amministrativa, tutela penale e i rimedi civilistici.**

### **Cenni.**

Come si è potuto osservare nei precedenti capitoli, la materia delle pratiche commerciali scorrette, pur trattata in un codice settoriale quale quello del consumo, è fondamentalmente una materia fondata sul concetto di poliedricità che tende ad irradiarsi dal testo del codice per interagire con altre discipline.

Infatti, le pratiche commerciali scorrette di per se sono costituite da una serie di condotte che per la stessa definizione, di ampio registro, di cui all'art. 18, lett. *d*), cod. cons., si prestano ad assumere molteplici forme e a coinvolgere una moltitudine di soggetti, interessi, fino, coinvolgendo, inevitabilmente, forme di tutela differenti.

Proprio per tale motivo ed in considerazione dell'individuazione dei tratti che rendono estremamente vicine alcune fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli con specifiche fattispecie penali, si impone un raffronto tra la tutela predisposta dall'art. 27 cod. cons. e dai Regolamenti adottati dall'Autorità Antitrust, di stampo prettamente pubblicistico, e la tutela penale.

Dalle precedenti pagine di questo capitolo è emerso come il *public enforcement* in materia di pratiche commerciali scorrette si fondi su alcuni istituti e principi propri dell'*enforcement* vigente nel diritto della concorrenza.

Basti pensare all'istituto degli impegni ed ai principi della legge antitrust n. 287/1990 richiamati dall'art. 27 del codice del consumo.

Al tempo stesso, si è esaminato come le pratiche commerciali scorrette siano una figura ibrida per molti versi borderline tra l'illecito antitrust e l'illecito penale.

### **6.1. La funzione punitiva delle sanzioni, la deterrenza del diritto penale e della tutela amministrativa, i rimedi privatistici.**

In considerazione di ciò, si rileva come la tutela amministrativa antitrust, che ha assunto il ruolo di guida per alcuni aspetti della tutela dettata dall'art. 27 del codice del consumo, è legata alla tutela di stampo penalistico dalla funzione deterrente affidata all'istituto delle sanzioni<sup>629</sup>.

La sanzione è il principale strumento per ottenere l'obbedienza ai precetti legislativi e viene, infatti, generalmente intesa quale “*effetto dell'inosservanza di una norma*”.

La dottrina individua distinte finalità delle sanzioni.

In particolare, esse possono avere carattere reintegratorio quando consistono “*nel ripristino della situazione conforme a diritto*”, riparatorio-risarcitorio quando riequilibrano “*gli effetti della violazione per equivalente economico*” e punitivo nella misura in cui colpiscono “*negativamente l'autore dell'illecito in un bene giuridico che non ha rapporto diretto con l'inosservanza*”.

Le sanzioni antitrust, sin dalla loro prima comparsa a livello comunitario, potrebbero concettualmente rientrare nella categoria delle sanzioni punitive, in quanto perseguono il fine precipuo di colpire e punire le imprese coinvolte nella violazione degli articoli 101 TFUE (*ex art. 81 TCE*) e 102 TFUE (*ex art. 82 TCE*) e di dissuaderle dalla commissione di illeciti concorrenziali<sup>630</sup>.

In materia antitrust le sanzioni comminate dall'Autorità non perseguono un fine compensatorio, di ristoro economico per il pregiudizio subito alla

---

<sup>629</sup> In materia di sanzioni e della loro funzione A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, Jovene, 1925; F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1955, I, 237; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1983.

<sup>630</sup> Ed infatti, la Commissione Europea ha più volte ribadito che “*la finalità delle ammende è duplice: imporre una sanzione pecuniaria alle imprese per l'infrazione e prevenire la ripetizione dell'illecito*”.

concorrenza, tipico invece dell'azione privata, ma sono utilizzate essenzialmente a scopi punitivi, tipici della "pena".

Dunque, il legislatore è solito impiegare lo strumento sanzionatorio - nella sua accezione prettamente punitiva - per cercare di conseguire un duplice obiettivo, vale a dire punire il soggetto che ha disatteso il precetto e dissuadere altri soggetti dal compimento dell'azione illecita.

Con riferimento alle possibili giustificazioni e finalità della pena, le principali linee guida che ispirano i legislatori vengono, in prima approssimazione, individuate negli ideali di giustizia retributiva, nella prevenzione generale e nella prevenzione speciale<sup>631</sup>.

La prima, nata come limitazione alla vendetta privata, riposa su di un'idea di proporzionalità tra il male commesso e la pena: la sanzione deve servire a compensare la colpa per il male commesso e deve essere necessariamente proporzionata a questo, al fine di infliggere al reo la giusta punizione.

Attraverso la prevenzione generale, invece, si cerca, con la minaccia della pena, di distogliere la generalità dei consociati dalla commissione dell'illecito. All'interno di questa categoria risulta, poi, possibile distinguere una prevenzione generale cd. negativa, basata sull'intimidazione e sulla deterrenza, al fine di impedire la futura commissione di illeciti, ed una prevenzione generale cd. positiva, basata su finalità morali e pedagogiche di orientamento culturale della società. Gli ideali di prevenzione, per operare adeguatamente, presuppongono l'esistenza di una riprovevolezza collettiva nei confronti di un determinato evento.

Nel cerchio della giustizia retributiva del consumatore, ritroviamo i rimedi civilistici risarcitori ai quali si affianca, ovviamente, la questione delle sorti del contratto concluso tra un consumatore ed un professionista a seguito della realizzazione di una pratica commerciale scorretta e, dunque, la valenza dei rimedi contrattuali previsti dal codice civile.

---

<sup>631</sup> Fra tutti G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 683-684.

Procedendo con ordine, la prima tipologia di azione civile esperibile dal consumatore è quella con cui può far balere la responsabilità precontrattuale richiedendo il risarcimento del danno derivatogli dalla conclusione di un contratto a condizioni inique o sfavorevoli per effetto del comportamento mendace dell'impresa che non ha adempiuto ai suoi oneri informativi<sup>632</sup>.

Il consumatore può esperire l'azione di risoluzione del contratto per grave inadempimento ai sensi dell'art. 1454 c.c., laddove la controparte/professionista abbia omissso o fornito informazione false o incomplete integrando un'ipotesi di pratica ingannevole, unitamente al risarcimento dei danni.

Sul piano, invece, della responsabilità extra-contrattuale, il professionista può essere citato in giudizio e riconosciuto responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c., in tutte le fattispecie in cui abbia posto in essere pratiche commerciali ingannevoli, o aggressive, che, senza sfociare nella conclusione di un contratto o realizzate dopo la sua stipula, abbiano arrecato dei danni ai consumatori come il danno da stress, la violazione della privacy derivanti da sollecitazioni ripetute e insistenti, o danni patrimoniali come quello dei costi sostenuti per difendersi dalla minaccia dell'esercizio di diritti o azioni legali infondate o temerarie.

Da ultimo, il consumatore può rifarsi agli strumenti previsti dal codice civile in materia di contratti esperendo l'azione annullamento del contratto concluso in seguito delle azioni o omissioni ingannevoli ai sensi dell'art. 1439 c.c. . Infatti, laddove la pratica ingannevole o aggressiva abbia alterato in modo apprezzabile la libertà di autodeterminazione del consumatore, questo ha sicuramente posti in essere una scelta irrazionale alla quale segue un'invalidità della forma assunta da tale scelta, ovvero il contratto.

Ebbene, la forma di invalidità contrattuale connessa alla condotta scorretta del professionista ai sensi degli artt. 18 e ss. del codice del consumo è nella maggioranza dei casi quella dell'annullabilità per falsa

---

<sup>632</sup> Sul punto si veda Cass. Civ., n. 19024/2005, cit. .

rappresentazione determinata dall'inganno, commissivo od omissivo che sia o dalla violenza sottesa alla pratica aggressiva<sup>633</sup>.

Dunque, alla luce delle possibili tutele, delle loro interazioni, emerge chiaramente come la commissione di un fatto cui segue una sanzione deve essere percepito come un "male" dalla società nel suo complesso.

Ebbene, nel settore della concorrenza, come del resto accade guardando ai cd. reati economici ed in materia di pratiche commerciali scorrette, uno dei problemi principali per il corretto funzionamento della finalità preventiva della pena e della retribuzione consiste proprio nella generale assenza di una consapevolezza sociale della gravità dei comportamenti anticoncorrenziali, ingannevoli e mendaci posti in essere dalle imprese e dai singoli professionisti.

Le loro condotte scorrette, truffaldine, lesive delle corrette dinamiche concorrenziali sono, troppo spesso ancora oggi, sprovviste di una connotazione morale particolarmente negativa.

Quanto alla finalità di prevenzione speciale, invece, questa possiede una portata concreta e riguarda l'infliczione di una pena ad un determinato soggetto che ha commesso un atto illecito, al fine di evitare il ripetersi della medesima condotta in futuro.

Il quadro delineato dal legislatore per contrastare, o quantomeno, tener sotto soglie tollerabili il potere suggestivo, il volto mendace, l'aggressività, delle pratiche commerciali è un mosaico composto da regole di diritto di varia natura.

Come si è avuto modo di constatare nel corso di questo lavoro, si tratta di norme dalla portata generale, che vanno dai divieti penali di offesa a valori generalmente condivisi (di natura civile o morale), a regole formulate con specifica attenzione al fenomeno pubblicitario, o a specifiche tipologie di messaggi o comportamenti imprenditoriali.

---

<sup>633</sup> A favore dell'annullabilità del contratto in questo senso, A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, relazione al Convegno "La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari", cit., 19.



Il grado di effettività di tali divieti è legato alle competenze ed alle procedure di *enforcement*, non meno che alla tipologia di sanzione irrogata.

Accanto a forme di intervento punitivo, ricorre la figura della sanzione di tipo inibitorio che è tipica della cd. regola etica, garantita dalla *peer pressure*<sup>634</sup>, dalla disapprovazione degli altri membri del gruppo la quale, come nel caso della pluralità rimediabile prevista in materia di pratiche commerciali scorrette, può eventualmente essere accompagnata da provvedimenti di natura ripristinatoria, quale la pubblicazione di decisioni di condanna, o di accettazione degli impegni.

L'intervento inibitorio manifesta il più alto livello di efficienza quanto più la regola etica è radicata all'interno del gruppo di tutti gli attori del mercato globale, incluse le imprese clienti di agenzie e mezzi di diffusione.

Perciò, come avviene in materia di illeciti antitrust e di effettiva deterrenza della sanzione punitiva, la disapprovazione contro chi viola la norma etica è celere ed efficace, se la regola è ben radicata e condivisa dal gruppo.

Il sistema, nel suo complesso, dispone di un vasto repertorio molto sanzionatorio: dalla sanzione penale nelle sue varie forme, alla sanzione amministrativa pecuniaria e di sospensione esercizio attività d'impresa, a vari provvedimenti di natura ripristinatoria, quali l'ordine di pubblicazione di comunicazioni rettificative, fino alla tutela risarcitoria.

Un efficiente grado di effettività della sanzione irrogata nei confronti dei professionisti scorretti potrà essere conseguito soltanto mediante la giusta combinazione, e il relativo cristallizzarsi del punto di equilibrio, tra il livello di penetrazione della regola all'interno della coscienza sociale ed etica del mercato e dei vari gruppi in cui è stratificato, e l'efficienza di apparati e procedure, di matrice penale, civile e amministrativa, stabilite dall'ordinamento per l'applicazione di tale regola<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup>G. ROSSI, *La persuasione*, cit..

<sup>635</sup> ID., cit., in merito al rapporto tra norma giuridica e regola etica come strumenti nella mani di un soggetto terzo, osserva che «(...) la regola di diritto è frutto di eteronomia rispetto al gruppo, quella etica di autonomia: la terzietà dell'organo pubblico di controllo, e la disponibilità in capo a questi di un ricco strumentario di sanzioni, apparentemente fonti di forza, possono divenire fattori

## BIBLIOGRAFIA

ALBAMONTE A., *Riflessioni in tema di danno patrimoniale nel delitto di truffa*, in *Giustizia Penale*, II, 1973.

ALPA. G., *Autodisciplina e codice di condotta*, in *Società e dir.*, 1995, 127.

ALPA G., *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 2006.

ALPA G., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Bari, 2006.

ALPA G., *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *I Contratti*, 2008, 547.

ALPA, G., *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *www.altalex.com*, 16 febbraio 2010.

ALVISI C., *Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e Impresa*, 3/2008.

AMATO G., contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2009, 2, 383.

---

*di debolezza. L'autorità pubblica, per quanto nobili siano i suoi scopi, agisce come censore, e incontra le difficoltà di tutti i censori terzi rispetto ai soggetti destinatari di censure».*

AMATO G., *I reati informatici e le modifiche apportate dalla L. 48 del 2008*, in *Reati informatici*, a cura di G. Amato, V. Sandro Destito, G. Dezzani, C. Santoriello, Cedam, Padova, 2010.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2000.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2008.

ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, 1960.

AUTERI P., *La disciplina della pubblicità*, in *Diritto industriale proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005.

AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Cedam, 2008.

BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 6/2007.

BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, 1, 271.

BARTOLOMUCCI P., *sub art. 141*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009.

BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, Liguori Editore, Napoli, 2009.

BASSAN F., *sub art. 24*, in *Codice del Consumo*, Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

BASSAN F., *sub art. 25*, in *Codice del Consumo*, Commentario a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

BASTIANON S., *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008.

BENVENUTO S. L., “*Class action*” *statunitense e italiana a confronto*, in *Diritto e pratica delle Società*, 2008, 12, 20.

BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *I Contratti*, 2007, Ipsoa, Milano.

BATTELLI E., *La tutela collettiva contro le pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, Giuffrè, Milano, 2007.

BELLANTUONO G., *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione*, in *Foro italiano*, 1995, I, 1905.

BERGELLI E., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. a)-d) e art. 19, comma 1, c. cons.)*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009, 95.

BIANCA C. M., *Il contratto*, III, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

BICO F., *La truffa contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2003.

BILANCIA F., *Statuto del consumatore ed evoluzione della società politica*, Relazione al Convegno “Diritti dell’individuo e diritti del consumatore”, Milano, 14 dicembre 2007.

BROGIATTO T., *La direttiva n. 2005/29/CE «pratiche commerciali sleali»*, in *Collettanea Diritto*, 6/2007.

BRUZZONE G. - BOCCACCIO M., *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, relazione al Convegno “Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela”, Auditorium Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Roma, 29 gennaio 2010.

BUZZO B., *La pubblicità nell’economia dell’immateriale*, in *Economia e politica industriale*, 4/2007.

CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007.

CALVO R., *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009.

CARNELUTTI F., *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 1955, I, 237.

CARRIERO G., *Codici deontologici e tutela del risparmiatore*, in *Foro Italiano*, 2005, V, 297.

CASABURI G., *Pubblicità ingannevole e formazione del contratto*, Atti dell'Incontro di studi "La tutela dei consumatori", Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 14-16 novembre 2005.

CATRICALA' A., Introduzione al Seminario "La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari", Auditorium Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Roma, 19 marzo 2010.

CIATTI A., *I mezzi di prevenzione e di repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007.

CIATTI A., *Gli strumenti di tutela individuale e collettiva*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009, 383.

CICCARELLI S., *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lgs. n- 146 del 2007*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2008, 7-8, 1820.

CONTE G., *Codici etici e attività di impresa nel nuovo spazio globale del mercato*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2006, 108.

CORRERA C., *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, Giuffrè, Milano, 2002.

COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro italiano*, 2009, V, 389.

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, Giuffrè, 2006, 1135.

D'ANGELO A., *La buona fede - Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* a cura di M. Bessone, XIII, Torino, 2004.

DAWAN D., *Circonvenzione di persone incapaci*, Cedam, Padova, 2003.

DE CRISTOFARO G., *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007.

DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori: il D.Legisl. n. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della Direttiva 2005/29/CE*, in *Studium Iuris*, 11/2007.

DE CRISTOFARO G., *Il «cantiere aperto» del codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d.legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium Iuris*, 2008, 273.

DE CRISTOFARO G., *Il regime normativo «generale» della pubblicità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2-3/2008.

DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/Ce*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009.

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009.

DE MARSICO A., *Delitti contro il patrimonio*, Jovene, Napoli, 1951.

DENOZZA F., contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2/2009, 389.

DENOZZA F., *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, relazione al Convegno “*Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive di tutela*”, Auditorium Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Roma 29 gennaio 2010.

DI AMATO A., *Diritto penale dell’impresa*, Giuffrè, Milano, 2007.

DI CATALDO V., *Conclusioni*, in *I decreti legislative sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, Padova, 2008.

DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007.

DI NELLA L., *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009, 287.

DI RAIMO R., *Note minime sulle implicazioni sostanziali dell’art. 14 della direttiva 2005/29/CE: a margine di una proposta per il suo recepimento*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007.

DONA M., *Autoregolamentazione e co-regolazione sulla rete. Il caso del codice Internet e minori*, in *Manuale di diritto dell’informatica*, a cura di D. Valentino, Esi, Napoli, 2004.

DONA M., *L’interesse protetto nel reato di frode in commercio: una rilettura alla luce delle istanze di tutela del consumatore, soggetto acquirente di beni per uso privato*, in [www.consumerlaw.it](http://www.consumerlaw.it).



DONA M., *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della Direttiva 2005/29/Ce*, in *Le pratiche commerciali sleali, direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giuffrè, 2007, 124.

DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008.

FABIO P., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2008, IV, 706.

FALCE V., *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *il Diritto Industriale*, 1/2008.

FANELLI A., *La truffa*, Giuffrè, Milano, 2009.

FANTINI M., *Phishing: strategie operative dell'inganno*, in *Diritto dell'Internet*, 4/2008.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, Parte generale*, Zanichelli, Milano, 2005.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, II, Zanichelli, Milano, 2005.

FINOCCHIARO G., *Class action: una chance per i consumatori*, in *Guida al Diritto*, n. 5, 2 febbraio 2008.

FIORENTINO L., *Autorità Garante ed interventi a tutela dei consumatori*, intervento in "Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario", VIII Convegno, Treviso, 22/23 maggio 2008.

FIorentino L., *L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Un primo bilancio*, relazione al Convegno "Jean Monnet Programme-La tutela del consumatore e della concorrenza. Ruolo e funzioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", Università Europea di Roma, 26 marzo 2010.

FLORIDA G., *Correttezza e responsabilità dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1982.

FLORIDA G., *Le valutazioni in termini di correttezza professionale*, in *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2005.

FLORIDA G., *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, in *il Diritto industriale*, 2/2009.

FRANCESCHELLI R., *Sui marchi d'impresa*, Giuffrè, 1969.

FRASSI P. A. E., *Lo statuto di non decettività del marchio tra diritto interno, diritto comunitario ed alla luce della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli*, in *il Diritto industriale*, 1/2009.

FRENI E., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2008.

FUSI M., *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *il Diritto industriale*, 1/2009.

GALBRAITH J. K., *L'economia della truffa*, Rizzoli, 2004.

GAROFOLI R., *Giurisprudenza penale. I singoli reati*, NelDiritto, Roma, 2009.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009.

GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, a cura di A. Genovese, Cedam, 2008.

GENOVESE A., *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, IV, 773.

GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, relazione al Convegno "La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari", Auditorium Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Roma, 19 marzo 2010.

GHEDINI G., *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Cedam, Padova, 1978.

GIURDANELLA C. - BANZI P., *Spot televisivi e pubblicità ingannevole in Internet: l'Antitrust sanziona Enel per pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dell'Internet*, 6/2008, 543.

GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008, 1, 239.

GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10/2007.

GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I Contratti*, 2/2007.

GUERNELLI M., *L'uso di strumenti informatici per la realizzazione di reati in materia patrimoniale*, in *Diritto penale dell'economia*, 2007.

GUGGIOLI P. F., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *La nuova azione collettiva risarcitoria - la cd. class action italiana*, Cedam, Milano, 2008.

GUGLIELMETTI G., voce *Concorrenza*, in *Digesto disc. Priv. Comm.*, III, Torino, 1988.

INCARDONA R., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2/2006.

KIRSCHEN S., *sub art. 3, comma 1, lett. a)*, in *Codice del consumo*, Commentario, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Esi, Napoli, 2005.

KIRSCHEN S., *sub art. 18, comma 1, lett. b)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 41.

KROES N., *Competitiveness: the common goal of competition and industrial policies*, relazione all'Aspen Institute - Parigi, 18 aprile 2008.

LAZZERETTI G., *La repressione penale delle false e fallaci indicazioni di provenienza sui prodotti industriali e la tutela del «made in Italy»*, in *Rivista di diritto industriale*, 2/2008.

LECCISI G., *Il fenomeno delle "pubblicità non trasparente", con particolare riferimento al "product placement", a margine degli orientamenti del Giudice Amministrativo e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Prospettive di tutela degli operatori del mercato tv*, 10 luglio 2009, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

LEONCINI I., *Rapporto tra contratto, reato contratto e reato in contratto*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990.

LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *il Diritto Industriale*, 3/2008.

LIBERATI A., *Contratto e reato*, Giuffrè, Milano, 2004.

LIBERTINI M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, 658.

LIBERTINI M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 533.

LIBERTINI M., *Le decisioni «patteggiate» nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 1287.

LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e Impresa*, 1/2009.

LIBERTINI M., *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, 5 agosto 2009, in [www.Federalismi.it](http://www.Federalismi.it).

LIBERTINI M., *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, intervento del Convegno “*Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*”, Auditorium Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Roma, 29 gennaio 2010.

LIPARI N., *La formazione negoziale del diritto*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Cedam, Padova 1988.

LUCARELLI U., *La truffa: aspetti penali, civili, processuali*, Cedam, Padova, 2002.

MACCIONI S. – NISSOLINO L., *La tutela civile e penale del consumatore*, Utet, Torino, 2008.

MAGGINI A., *La truffa*, Cedam, Padova, 1988.

MANCINI A., *sub art. 21, comma 3 e 4*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 187.

MANCINI A., *sub art. 23, comma 1, lett. n)-bb)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 221.

MANGANO P., *Frode e truffa nel processo*, Milano, 1976.

MANNA A., *Artifici e raggiri on-line: la truffa contrattuale, il falso informatico e l'abuso dei mezzi di pagamento elettronici*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2007.

MANTOVANI M., «*Vizi incompleti*» *del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino, 1990.

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, 1966.

MANTOVANI F., *Diritto Penale, parte speciale, Delitti contro il patrimonio*, Cedam, 2009.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, IX, Utet, Torino, 1987.

MARCHETTI P., *Boicottaggio e rifiuto di contrarre*, Padova, 1969.

MARINI G., voce *Incapaci (circonvenzione di)*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, VI, Utet, Torino, 1992, 319.

MARINI G., *Delitti contro il patrimonio*, Giappichelli, Torino, 1999.

MARINI G., voce *Truffa*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999.

McCOMRMICK N., *On 'Open texture' in Law*, in *Controversies about law's ontology*, a cura di P. Amselek e N. McCormick, Edimburgh University Press, Edimburgh, 1991.

MEDEO A., *Il delitto di false o fallaci indicazioni di provenienza od origine tra ambiguità legislative ed oscillazioni giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 12/2007.

MELI V., *Pubblicità Ingannevole*, in *Enciclopedia Giuridica Traccani*, XIV, 2006.

MINERVINI E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori* a cura di E. Gabrielli - E. Minervini, Torino, 2005.

MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino, 2006.

MINERVINI E., *sub art. 140-bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 577.

MINERVINI L., *Il coordinamento tra la competenza generale della autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette e la competenza delle autorità di settore: i primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa*, in *Consumerism 2010. Terzo Rapporto annuale*, [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it).

MAUGERI M., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 10/2008, 486.

NAPPI G., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giustizia Civile*, 2008, 5.

NICITA A., contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2/2009, 398.

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, Giuffrè, 2007, 235.

NUZZO M., *sub art. 18, comma 1, lett. f)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 70.

ORLANDO S., *L'utilizzo delle clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbligazioni e Contratti*, 4/2009;

PARROTTA D., *Escluse le dichiarazioni esagerate dal novero delle pratiche scorrette*, in *Guida al Diritto*, 39, 6 ottobre 2007.

PARROTTA D., *L'inganno può derivare da omissioni*, in *Guida al Diritto*, 39, 6 ottobre 2007.

PARTISANI R., *La disciplina uniforme delle pratiche commerciali scorrette e la nuova azione risarcitoria collettiva*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2008.



PARTISANI R., *Le azioni ingannevoli, sub art. 21*, in *Codice Ipertestuale del Consumo*, a cura di M. Franzoni, Utet, Torino, 2008, 88.

PARTISANI R., *Le omissioni ingannevoli, sub art. 22*, in *Codice Ipertestuale del Consumo*, a cura di M. Franzoni, Utet, Torino, 2008, 95.

PECORELLA G., voce *Patrimonio, (Delitti contro il)*, in *Novissimo Digesto*, XII, Utet, Torino, 1965.

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.

PEDRIALI A., *Natura giuridica dell'autodisciplina pubblicitaria*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1994, 547.

PERA A., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4/2008, 515.

PERUGINI S., *sub art. 21, comma 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 177.

PIAZZA C., *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2008.

PINTO F., *I codici deontologici e la direttiva 2005/29/CE*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, Giuffrè, 2007, 219.

PRADO I. M., *Le pratiche commerciali confusorie*, in *il Diritto industriale*, 6/2007.

RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Giuffrè, Milano, 2000.

RABITTI M., *sub art. 20*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 141.

RAVA' T., *Diritto industriale*, I, Torino, Utet, Torino, 1973.

RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 2224.

RESCIGNO P., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, 407.

RICCI, F., *sub art. 67-quater, sub art. 67-quinquies, sub art. 67-sexies*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 397 e ss..

RESTANO F., *La menzione di marchi e prodotti nell'ambito di spettacoli di intrattenimento tra divieto di pubblicità occulta e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza Italiana*, 5/2008.

RONCO M., *Circonvenzione di incapaci*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, VI, 1988.

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 4/2001.

ROSSI G., *La persuasione pubblicitaria tra diritto ed etica: uno sguardo comparatistico*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2002, 3, 427.

ROSSI G., *Illecito Antitrust e tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino, 2009.

ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2007.

ROSSI CARLEO L., *La revisione dell'acquis comunitario sui consumatori*, in *Consumatori Diritti e Mercato*, 3/2007.

ROSSI CARLEO L., *sub art. 2, comma 2, lettera c-bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 6.

ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 685.

SACCO GINEVRINI A., *La direttiva 2005/29/Ce e la disciplina della concorrenza*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 85.

SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/29/Ce*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 141.

SAMMARCO G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1998.

SANDULLI A., *Circonvenzione di persone incapaci*, 1936.

SANDULLI M. – SPAGNUOLO D., *L'attribuzione delle competenze in tema di tutela dei consumatori tra l'AGCM e le altre Autorità indipendenti*, in *Consumerism: Rapporto 2009*, 80, [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it).

SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, Jovene, 1983.

SANTAGATA C., *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975.

SCIRE' F., *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Giuffrè, 1989.

SICA S. - D'ANTONIO V., *Artt. 19-27*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di P. Stanzone e G. Sciancalepore, Ipsoa, 2006.

SILLANI C. T., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10/2009.

SILVESTRI P., *Circonvenzione di incapace, invalidità del contratto e potere del giudice penale di disporre la restituzione alla parte civile del bene trasferito*, in *Cassazione Penale*, 2009, 9, 3502.

SINISCALCO M., voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960.

SIRAGUSA M. - CARONNA F., *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, relazione al Convegno "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", Auditorium Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Roma, 29 gennaio 2010.

SIROTTI GAUDENZI A., *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza*, Utet, Torino, 2008.

STALLIBRASS D., contributo in *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2/2009, 397.

TARTAGLIA F., *E osano chiamarci clienti: dal disservizio alla truffa*, Franco Angeli Editore, Milano, 2008.

TERRACINA D., *La truffa contrattuale*, in *Giurisprudenza di Merito*, 1996, II, 987.

TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, Jovene, 1925.

TRICOMI I., *Un intervento ad ampio raggio per armonizzare le pratiche commerciali*, in *Guida al Diritto*, 49/2007.

TROIANI U., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2008, I.

TROIANI U., *sub art. 27-bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2009, 296.

UBERTAZZI C., *I principi di correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, Giuffrè, Milano, 1975.

VALSECCHI A., *La Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, ovvero dal pater familias del terzo millennio e dei vizi del consenso nei contratti di consumo*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2006, II.

VIOLA L., *Ingiusto profitto e danno altrui nella c.d. truffa contrattuale*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

ZANNOTTI R., *La truffa*, Giuffrè, Milano, 1993.

ZITO A., *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 1998.

