

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “ROMA TRE”

SCUOLA DOTTORALE TULLIO ASCARELLI

SEZIONE DI DOTTORATO IN CONSUMATORI E MERCATO

DIPARTIMENTO DI

SCIENZE AZIENDALI ED ECONOMICO-GIURIDICHE

XXII CICLO

TESI DI DOTTORATO

“LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NELLE  
PROFESSIONI INTELLETTUALI”

RELATORE: CHIAR.MO PROF. FRANCESCO MACIOCE

DOTTORANDO: LUCIA MINERVINI



# Indice generale

<b>INTRODUZIONE.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPITOLO 1. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE CON RIFERIMENTO ALLE PROFESSIONI INTELLETTUALI REGOLAMENTATE E NON REGOLAMENTATE. ....</b>	<b>10</b>
§ 1.1 SIGNIFICATO ED IMPLICAZIONI DELL'«ARMONIZZAZIONE MASSIMA» IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SLEALI DALLE RADICI COMUNITARIE ALLE PRIME SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. ....	11
§ 1.2 LE PROFESSIONI «REGOLAMENTATE»: DA «VULNUS ALL'IMPIANTO NORMATIVO» COMUNITARIO AD «AMBITO NON PREGIUDICATO» DALLA DISCIPLINA DI ATTUAZIONE: PROFILI GENERALI.....	16
§ 1.3 L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA E LA NOZIONE INNOVATIVA DI «PRATICA COMMERCIALE» TRA TUTELA DEL MERCATO E TUTELA DEL CONSUMATORE.....	21
§ 1.4 LA DEFINIZIONE DI PROFESSIONISTA NEGLI ARTT. 3, 18 E 39 COD. CONS. E QUELLA DI PROFESSIONE REGOLAMENTATA. ....	26
§ 1.5 ANALISI DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA DEFINIZIONE PROFESSIONE REGOLAMENTATA. ....	31
§ 1.6 L'INDIVIDUAZIONE DELLE ATTIVITÀ NON REGOLAMENTATE E DELLE LORO ASSOCIAZIONI RAPPRESENTATIVE.....	38
§ 1.7 LE PROFESSIONI INTELLETTUALI, LIBERE O PROTETTE E LA DEFINIZIONE DI PROFESSIONE REGOLAMENTATA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.....	43
§ 1.8 PRIME RICADUTE DEL METODO SEGUITO DAL LEGISLATORE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLE SINGOLE PROFESSIONI, NEI PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.....	51
§ 1.9 PRATICHE COMMERCIALI, QUALIFICHE PROFESSIONALI E DIRETTIVA SERVIZI.....	59
§ 1.10 L'ART. 19, COMMA 1, LETT. D): UN POSSIBILE PARADOSSO?.....	63

§ 1.11 I RAPPORTI TRA LA NORMATIVA COMUNITARIA E LA DISCIPLINA DELLE PROFESSIONI.....	67
---	----

## **CAPITOLO 2. LA STRUTTURA E IL CONTENUTO SPECIFICO DELLA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE INTRODOLTA NEL CODICE DEL CONSUMO. 72**

§ 2.1 L'IMPIANTO NORMATIVO: LE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI, AGGRESSIVE E LA BLACK LIST.....	73
§ 2.2 IL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E I SUOI ELEMENTI COSTITUTIVI .....	78
§ 2.3 LA DILIGENZA PROFESSIONALE .....	79
§ 2.4 L'ATTITUDINE A FALSARE IL COMPORTAMENTO ECONOMICO DEL CONSUMATORE .....	94
§ 2.5 LA NOZIONE DI CONSUMATORE MEDIO COME PARAMETRO DI VALUTAZIONE DELLA SCORRETTEZZA DELLA PRATICA COMMERCIALE. ....	98
§ 2.6 LE NOZIONI DI CONSUMATORE E CONSUMATORE MEDIO PROIETTATE NEL MERCATO DEI SERVIZI PROFESSIONALI. ....	104
§ 2.7 SEGUE. IL CLIENTE - CONSUMATORE DI SERVIZI PROFESSIONALI: IL REQUISITO DELLA «FISICITÀ» E IL REQUISITO DEI «FINI CHE NON RIENTRANO NEL QUADRO DELLA SUA ATTIVITÀ COMMERCIALE, INDUSTRIALE, ARTIGIANALE O PROFESSIONALE». ....	105
§ 2.8 SEGUE. LE CARATTERISTICHE PECULIARI DEL RAPPORTO CLIENTE-CONSUMATORE PROFESSIONISTA INTELLETTUALE: «ASIMMETRIA INFORMATIVA», «SELEZIONE AVVERSA» ED «EFFETTI ESTERNI», E LA LORO RILEVANZA SUL PROFILO DEL CONSUMATORE MEDIO. ....	108
§ 2.9 SEGUE. IL CLIENTE - CONSUMATORE MEDIO DI SERVIZI PROFESSIONALI. ....	112
§ 2.10 L'ABROGAZIONE DI DIVIETI DI PUBBLICITÀ NEL MERCATO DEI SERVIZI PROFESSIONALI E LA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI: PROFILI GENERALI. ....	114
§ 2.11 LE PRATICHE INGANNEVOLI E QUELLE IN OGNI CASO INGANNEVOLI.....	118
§ 2.12 SEGUE. PRATICA COMMERCIALE INGANNEVOLE MEDIANTE OMISSIONE.....	127
§ 2.13 LE PRATICHE AGGRESSIVE E QUELLE IN OGNI CASO AGGRESSIVE .....	139

## **CAPITOLO 3. RUOLO E FUNZIONE DELL'AUTOREGOLAMENTAZIONE NELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LA DIVERSA INCIDENZA DELLE NUOVE REGOLE IN RELAZIONE AI CODICI DEONTOLOGICI DELLE PROFESSIONI. .... 148**

§ 3.1 IL PRINCIPIO DELL'AUTOREGOLAMENTAZIONE NELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LA	
--	--

DEFINIZIONE DI CODICE DI CONDOTTA. ....	149
§ 3.2 «CODICE DI CONDOTTA» E «CODICE DEONTOLOGICO»: IDENTITÀ E/O DIVERSITÀ. ....	156
§ 3.3 IL SIGNIFICATO DELL'ART. 19, COMMA 2, LETT. D): DIVERSA INCIDENZA DELLE NUOVE REGOLE SULLA DISCIPLINA DEONTOLOGICA DELLE PROFESSIONI REGOLAMENTATE E NON REGOLAMENTATE E CREAZIONE DI UNA SUMMA DIVISIO TRA I RISPETTIVI CODICI DEONTOLOGICI. ....	166
§ 3.4 ALCUNE NOTE SULLA RILEVANZA ESTERNA DELLA VIOLAZIONE DELLE REGOLE DEONTOLOGICHE. ....	173
§ 3.5 LE FATTISPECIE DI PRATICHE COMMERCIALI INGANNEVOLI COINVOLGENTI I CODICI DI CONDOTTA. ....	179
§ 3.6 SEGUE LE PRATICHE COINVOLGENTI I CODICI DEONTOLOGICI E/O DI CONDOTTA POSTI IN ESSERE DAI PROFESSIONISTI ISCRITTI AD ALBI E COLLEGI. ....	185
§ 3.7 NOTE SULL'ELEMENTO DI NOVITÀ INTRODOTTO DALLA DISCIPLINA SULLE PRATICHE COMMERCIALI PER MEZZO DEL SUO DETTATO INDEROGABILE IN TEMA DI CODICI DI CONDOTTA. ..	187
§ 3.8 L'AUTODISCIPLINA NELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE: UNA NUOVA PROSPETTIVA PER LE PROFESSIONI INTELLETTUALI. ....	190

**CAPITOLO 4. QUALE TUTELA PER IL CONSUMATORE DALLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE POSTE IN ESSERE DALL'ESERCENTE UNA PROFESSIONE. .... 194**

§ 4.1 LA TUTELA AMMINISTRATIVA AVVERSO LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE:PROFILI GENERALI. ....	195
§ 4.2 LE NOVITÀ PROCEDURALI INTRODOTTE CON LE MODIFICHE AL CODICE DEL CONSUMO:PROFILI GENERALI. ....	197
§ 4.3 IL COORDINAMENTO TRA L'AMPIA COMPETENZA ATTRIBUITA ALL'AUTORITÀ IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E QUELLA ATTRIBUITA AGLI ORDINI PROFESSIONALI: LA PUBBLICITÀ ASSENTITA. ....	204
§ 4.4 SEGUE. IL POTERE DI VERIFICA ATTRIBUITO ALL'ORDINE E/O COLLEGIO PROFESSIONALE. ....	207
§ 4.5 LA RESPONSABILITÀ DEONTOLOGICA E LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. ....	216
§ 4.6 LE POSSIBILI RICADUTE GIURIDICHE DELLA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI	

SCORRETTE SUL CONTRATTO, AMBITO NON PREGIUDICATO. ....	222
§ 4.7 PROFESSIONI REGOLAMENTATE E CODICI DEONTOLOGICI: LE INTERFERENZE TRA LA NUOVA DISCIPLINA DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LE MISURE DI LIBERALIZZAZIONE ATTUATE NEL SETTORE PROFESSIONALE.....	240
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>245</b>

## **Introduzione.**

Questo studio è rivolto all'analisi delle possibili vie di interazione tra la nuova disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette recentemente introdotta nel codice del consumo agli articoli 18 - 27- *quater*, e il quadro normativo relativo alle “professioni intellettuali”.

L'interrogativo che pone è quello del “se” e “come” le nuove disposizioni siano applicabili al professionista che esercita una libera professione, sottoposto in ragione degli interessi generali che l'attività involge, ad una regolamentazione nazionale che è tutta imperniata sul “decoro” e sulla “correttezza professionale”.

La tesi è strutturata in quattro capitoli e prende le mosse, nel primo, dall'analisi del significato e delle implicazioni - nell'ordinamento nazionale in generale e delle professioni in particolare - del nuovo approccio al diritto comunitario dei consumatori inaugurato con la direttiva 2005/29/Ce - matrice della disciplina in esame, che introduce il divieto generale di porre in essere “pratiche commerciali scorrette tra professionista e consumatore”.

Si opera, quindi, la disamina della nozione innovativa di “pratica commerciale” e del vasto orizzonte temporale preso in considerazione dal legislatore che guarda a tutta l'attività del professionista e non solo al contratto.

Il capitolo affronta, poi, il problema relativo ai limiti soggettivi di operatività della novella con riguardo alla categoria delle professioni intellettuali di difficile definizione.

In particolare, la previsione dell'art. 19, secondo comma, lett. *d*) costituisce uno snodo essenziale del percorso di ricerca rivolto a comprendere se, nel

settore in esame, vi siano gli spazi e le ragioni per una disciplina che diverga dalle regole generali in materia di pratiche commerciali scorrette. La norma, difatti, sembra porre una “deroga” per le leggi specifiche che regolamentano le “professioni regolamentate” e per i relativi “codici deontologici”, ove rivolti a garantire “*elevati livelli di correttezza professionale*”.

Nella disciplina comunitaria, il settore delle professioni “regolamentate” rappresenta un *vulnus* al principio dell'armonizzazione massima delle disposizioni normative nazionali imposta dal legislatore comunitario e, di riflesso, nella disciplina nazionale di recepimento un ambito “non pregiudicato” dalla novella.

Per tali ragioni, il tema delle pratiche commerciali scorrette del professionista intellettuale sembra collocarsi, dunque, in una cornice normativa un po' “sfuocata” sia sotto il profilo definitorio che sotto il profilo applicativo.

Poiché il perimetro di applicazione della normativa non si presenta del tutto chiaro e lineare, l'esame della definizione di professione regolamentata accolta dall'art. 18, comma 1, lett. n) cod.cons., sia in positivo (con riferimento alle attività professionali che comprende) sia in negativo (con riferimento a quelle attività che possono qualificarsi “non regolamentate”) è condizione necessaria dello studio.

La definizione in argomento è analizzata facendo ampio riferimento a quella più dettagliata fornita in tema di riconoscimento di qualifiche professionali e all'ampia casistica dei provvedimenti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Si pone, poi, a confronto la definizione mutuata dal diritto comunitario con le espressioni polisense usate nel nostro ordinamento per indicare le professioni intellettuali cercando di tracciarne le linee di demarcazione.

A conclusione di questo primo segmento della ricerca, incentrato sui profili



definitori, si pone in evidenza il legame di complementarietà e coerenza che sembra sussistere tra i tre capisaldi comunitari in materia di professioni regolamentate che hanno profondamente inciso sull'ordinamento nazionale ovvero il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 206, di attuazione della direttiva 2005/36/CE (c.d. direttiva unica) relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, il d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, che recepisce l'importante direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno (c.d. *Bolkeinstein*), e per finire la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, e della necessità di leggere l'ultima alla luce delle altre due.

Il secondo capitolo dell'elaborato è dedicato all'analisi del complesso sistema di valutazione della scorrettezza della pratica commerciale di cui all'art. 20 cod. cons., norma centrale attorno alla quale muove l'intero impianto normativo, nel quale si fa largo uso di clausole generali di cui si indaga il contenuto.

Inoltre, si traccia l'*identikit* del "consumatore medio del servizio professionale" alla luce delle peculiari caratteristiche del mercato dei servizi professionali ovvero: l'asimmetria informativa e il conseguente rischio per il consumatore di incorrere in fenomeni di selezione avversa e gli effetti esterni prodotti dalle prestazioni intellettuali.

Con riferimento alla configurabilità in concreto di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive nel settore professionale si pone in rilievo il problema relativo alle modalità e ai limiti con cui questi servizi si possono proporre ai consumatori nonostante le recenti misure di liberalizzazione che hanno introdotto significativi germi di innovazione. E del resto la "sospetta" mancata emissione di provvedimenti dell'Autorità garante che abbiano come destinatari i liberi professionisti e/o gli ordini professionali per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette sembra porre in risalto sia la peculiarità del rapporto cliente/consumatore - professionista intellettuale sia la difficile

congiunzione dei sistemi normativi in esame.

Nel terzo capitolo del presente elaborato si dedica particolare attenzione al ruolo dell'autoregolamentazione nel nuovo quadro normativo.

In particolare, si definiscono i tratti essenziali della definizione generale di "codice di condotta", cristallizzata a livello normativo all'art. 18, comma 1, lett. f) cod. cons., in riferimento alla possibilità o meno di comprendervi anche la nozione di codice deontologico.

La soluzione del problema non riveste un interesse solo esegetico in quanto può determinare un diverso ambito di applicazione della disciplina ed una diversa rilevanza verso il consumatore delle condotte che violino i precetti deontologici e delle fattispecie tipiche di pratiche commerciali coinvolgenti i codici di condotta.

Si affronta, poi, il delicato tema del rapporto tra la nuova normativa introdotta agli artt. 18 ss. e la piattaforma normativa e deontologica nazionale delle professioni domandandosi se si pongano su piani paralleli destinati a non incontrarsi in alcun punto o se possano a tratti sovrapporsi ed avere delle interferenze.

Il quarto capitolo tratta il tema della tutela del consumatore avverso le pratiche commerciali scorrette poste in essere dall'esercente una professione intellettuale.

In specie, si indaga sulla natura del sistema di tutela apprestato dal nuovo articolato normativo e ci si chiede se la competenza generale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato incontri limiti normativi con riferimento al settore professionale e se vi sia una competenza esclusiva degli ordini professionali sulle comunicazioni commerciali degli esercenti una professione.

Segue, poi, la trattazione del tema dell'applicabilità dei rimedi individuali

propri della nostra tradizione civilistica su cui, formalmente, la nuova disciplina non incide, pur essendo destinata ad avere su di essi delle inevitabili interazioni.

Inoltre, stante le peculiarità dell'ordinamento professionale cui necessariamente appartiene il libero professionista e la rilevanza che in esso rivestono i codici deontologici, si ritiene indispensabile lo studio della responsabilità disciplinare.

L'analisi si snoda cercando di individuare attraverso quali vie la disciplina delle pratiche commerciali scorrette attraverso le specificità del settore professionale modificandosi parzialmente e/o imponendo nuovi cambiamenti nell'ordinamento delle professioni.

Dunque, si propone un approccio alla disciplina delle professioni dall'angolo visuale del cliente - consumatore, domandandosi se la novella si traduca in una nuova "guarentigia" per questa particolare categoria di professionisti, salvaguardata dall'uniformazione imposta dal diritto comunitario e quali siano le *rationes* della particolare attenzione normativa ad essa dedicata.

**Capitolo 1. L'ambito di applicazione della nuova disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette con riferimento alle professioni intellettuali regolamentate e non regolamentate.**

**§ 1.1 Significato ed implicazioni dell'«armonizzazione massima» in materia di pratiche commerciali sleali dalle radici comunitarie alle prime sentenze della Corte di giustizia.**

Con il recepimento della direttiva 29/2005/CE<sup>1</sup> dell'11 maggio 2005 in materia di pratiche commerciali sleali mediante i due d.lgs. nn. 145 e 146, entrati in vigore dal 21 settembre 2007<sup>2</sup>, fa il suo ingresso nel nostro ordinamento una disciplina che ha innovato profondamente il diritto dei consumatori.

Ciò discende dalle ragioni poste a fondamento del provvedimento comunitario enunciate nel «Libro Verde Sulla tutela dei consumatori nell'Unione Europea» del 2 ottobre 2001, che ne ha ispirato la struttura e le caratteristiche di fondo<sup>3</sup>.

In quella sede, la Commissione riconosce che il mercato interno dei consumatori non ha realizzato le sue potenzialità rispetto a quello delle imprese a causa delle differenze tra le discipline nazionali in materia di

---

1 “Direttiva 2005/29/CE dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), pubblicata in G.U.U.E. 11 giugno 2005, n. L 149, 0022-0039.

2 D.lgs. 2 Agosto 2007 n. 146, recante “Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004”, e d.lgs. 2 agosto 2007, n.145 recante “Attuazione dell'art.14 direttiva 2005/29/Ce che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole”. Approvati il 27 luglio 2007, promulgati il 2 agosto, e pubblicati in G. U. Serie generale, 6 settembre 2007, n. 207.

3 La Commissione Europea, in attuazione delle considerazioni svolte nel Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea, COM (2001) 531 def., consultabile al sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu), ha presentato, in data 18 giugno 2003, una “Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE (direttiva sulle pratiche commerciali sleali)” Com (2003)356 def. Si vedano a riguardo i primi commenti di D'AMICO P., *La commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contratti*, 10/2003 957 ss., BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 10, 2005, 954 ss. Per un'accurata ricostruzione dell'iter di adozione della direttiva conclusosi in circa due anni, si veda DI MAURO L., *L'iter normativo: dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E. ROSSI CARLEO L. (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali - Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 26 ss.

pratiche commerciali che costituiscono un deterrente per lo sviluppo delle vendite transfrontaliere da parte delle imprese e un freno per i consumatori che in mancanza di certezza giuridica sui loro diritti non hanno fiducia nel mercato interno. Pertanto, è essenziale per uno sviluppo pienamente efficiente dello stesso<sup>4</sup> realizzare un maggior grado di armonizzazione delle norme che disciplinano le pratiche commerciali sleali all'interno di tutti gli Stati membri.

Il metodo che promuove al fine di superare la frammentarietà del quadro normativo descritto non è quello dell'approccio specifico, maggiormente applicato nei diversi settori legislativi comunitari, basato sull'adozione di una serie di nuove direttive aventi campi di applicazione specifici, ma il più innovativo metodo dell'approccio misto, basato sull'elaborazione di una direttiva-quadro<sup>5</sup>.

Quest'ultimo presenta molteplici vantaggi quali: la minore necessità di una più dettagliata regolamentazione della tutela dei consumatori; la facilitazione del negoziato tra i diversi Stati Membri, in ordine all'adesione di un'unica direttiva-quadro, piuttosto che ad una serie di diverse e specifiche direttive; la maggiore flessibilità nell'adattamento della normativa a settori nuovi o a nuove pratiche commerciali sleali; il rappresentare una solida base per un'autoregolamentazione a livello comunitario nel campo della tutela dei consumatori.

Le caratteristiche di fondo della disciplina comunitaria sono indicate all'art. 1

---

4 Cfr. Nel par. 3.1 Libro verde, cit. si legge: "Un mercato interno dei consumatori efficiente potrebbe contribuire in modo sostanziale al raggiungimento degli obiettivi dell'UE. Il vantaggio principale del mercato interno è quello di essere caratterizzato dalla domanda di beni di più grande del mondo, ma questo vantaggio non è sfruttato pienamente. Permettendo alle imprese (...) di accedere a questo mercato potenziale con la stessa facilità con cui accedono ai mercati interni, si darebbe un forte impulso alla competitività delle imprese europee (...) I consumatori avrebbero ad una scelta maggiore e a prezzi migliori".

5 Nel par. 3.4 Libro Verde, cit. si precisa che: "Per fornire la necessaria certezza giuridica ed evitare differenze nelle interpretazioni dei giudici nazionali, la direttiva quadro non dovrebbe limitarsi ad enunciare meramente un principio generale applicabile alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori, ma dovrebbe permettere di superare, mediante precise norme di armonizzazione, le principali differenze tra le norme nazionali sulle pratiche commerciali, che influenzano il funzionamento del mercato interno".

della direttiva che ne individua gli obiettivi prioritari ovvero la realizzazione del corretto funzionamento del mercato interno, mediante l'eliminazione degli ostacoli al suo funzionamento, dovuti alle notevoli differenze normative nazionali in materia di pratiche commerciali sleali, e il conseguimento di un elevato livello comune di tutela dei consumatori; e mette in evidenza, poi, il metodo normativo rappresentato dal ravvicinamento delle disposizioni normative nazionali in materia di pratiche commerciali che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e indirettamente quelli dei concorrenti.

La preoccupazione è quella di creare un quadro normativo « unico » fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinino tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali al fine di determinare un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese<sup>6</sup>. Infatti, l'uniformazione del diritto degli Stati membri in tema di pratiche commerciali sleali, facilita gli scambi consentendo alle imprese di non creare organizzazioni differenziate né sostenere costi eccessivi nel commercializzare i propri prodotti e servizi.

Si comprende allora il motivo per cui la direttiva 2005/29/CE nel rivoluzionare profondamente le politiche di tutela del consumatore, sia improntata al criterio dell'armonizzazione massima, “piena” o “completa”<sup>7</sup>,

---

6 Cfr. rispettivamente i considerando 11 e 12.

7 In particolare nel *considerando* 14 si parla di *armonizzazione piena*, nel *considerando* 15 di *armonizzazione completa*. Nel *considerando* 12 si descrivono i vantaggi derivanti dalla scelta compiuta prevedendo che: “Dall'armonizzazione deriverà un notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, che potranno contare entrambi su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE. In tal modo si avrà l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore”. Sulla natura di provvedimento di armonizzazione massima della direttiva 2005/29/CE, V. ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., 1 ss. in part. 7-8, e DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2005/29/CE. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, 32 ss., L.G. VIGORITI, *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa dir. Priv.*, 2007, 2, 253 ss.

enunciato a livello normativo anche nella clausola del mercato interno di cui all'art. 4 della direttiva 2005/29/CE, in base alla quale gli Stati membri non possono limitare la libertà di prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla direttiva.

Va rilevato, inoltre, che a differenza di altre direttive in materia consumeristica<sup>8</sup>, in questo caso non compare la cd. «clausola minima», che riserva agli Stati membri la possibilità di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più rigorose, volte a garantire ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello previsto dal provvedimento comunitario.

Recenti osservazioni della Commissione e del Parlamento europeo mettono in evidenza l'obbligo dei legislatori nazionali di esaminare i regimi giuridici nazionali per evitare sovrapposizioni e contrasti con la nuova normativa. Questo aspetto è ritenuto di importanza cruciale per garantire un corretto recepimento e un'applicazione uniforme della direttiva proprio in considerazione della complessità di alcuni concetti giuridici ivi contenuti, della quantità ed esaustività delle norme nazionali che disciplinano le pratiche commerciali sleali nonché del vasto campo di applicazione<sup>9</sup>. La

---

8 Si vedano per esempio le seguenti direttive: direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372, pag. 31); direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (GU L 158, pag. 59); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 ottobre 1994, 94/47/CE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili (GU L 280, pag. 83); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (GU L 144, pag. 19); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/6/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (GU L 80, pag. 27), nonché direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (GU L 298, pag. 23).

9 È quanto si legge nella *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 gennaio 2009 sul recepimento, attuazione e applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e della direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa* (punto 2 e 9). Le stesse indicazioni si leggono sia nel *Documento di lavoro della commissione riguardante la trasposizione, l'attuazione e l'esecuzione delle direttive relative rispettivamente alla pubblicità ingannevole e comparativa e alle pratiche commerciali sleali del 17 settembre 2008* sia nella *Strategia per la politica dei consumatori per il periodo 2007-2013* che è volta, tra l'altro, a «ultimare senza ritardi e uniformare il recepimento della direttiva sulle pratiche commerciali sleali». Tutte consultabili sul sito



nuova disciplina, infatti, è di tipo “orizzontale” nel senso che, differentemente dall’approccio fondato dell’armonizzazione minima, non sceglie un determinato settore o singole modalità contrattuali, ma si riferisce ad ogni tipologia di servizio e prodotto<sup>10</sup>.

Peraltro, recenti sentenze della Corte di giustizia<sup>11</sup> affrontando, per la prima volta, alcuni importanti aspetti relativi al recepimento della direttiva 2005/29/CE, sanciscono al livello giurisprudenziale più alto il nuovo approccio al diritto comunitario dei consumatori ivi codificato, evidenziandone le significative implicazioni sui regimi giuridici nazionali<sup>12</sup>.

---

www.europa.eu.

10 Questo aspetto è evidenziato nel «Libro verde sulla revisione dell’acquis comunitario dei consumatori» del 2007 COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde*, 8 febbraio 2007, Com (2006)744 final. consultabile al sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu). ove si legge che «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».

11 Sentenza 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, VTB- VAB c. Total belgium NV e Galatea BVBA c. Sagoma Magazines Belgium NV (Racc. pag. I-0000) in cui la Corte di giustizia si è espressa dichiarando che la direttiva «va interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale (...), che salvo talune eccezioni e senza tener conto delle circostanze specifiche del caso di specie, vieta qualsiasi offerta congiunta del venditore al consumatore di diversi prodotti o servizi che non costituiscano tra loro un insieme, né siano identici». Nello stesso senso anche sentenza 14 gennaio 2010, causa C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e V c. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*. La sentenza belga trae origine dalla proposizione di due domande pregiudiziali, sollevate nell’ambito di due giudizi inibitori promossi dalle concorrenti per contrastare rispettivamente l’offerta di un servizio di assistenza stradale abbinata ad ogni rifornimento di una certa quantità di carburante e l’offerta di uno sconto su diversi prodotti di biancheria associata all’acquisto di un settimanale. Nel caso tedesco una società condannata in primo e secondo grado per una campagna promozionale che associava all’acquisto di prodotti nei suoi negozi la raccolta di un numero di punti per partecipare gratuitamente ad una lotteria, ritenuta sleale (ai sensi dell’art. 3 e 4, n.6, dell’UWG), propone “Revision” dinanzi al Bundesgerichtshof, che interrogandosi sulla compatibilità delle disposizioni nazionali controverse con la direttiva 2005/29/CE, rinvia la questione alla Corte di giustizia. Sia consentito citare MINERVINI L., *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell’unione europea: significato ed implicazioni dell’armonizzazione massima in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amministrativo C.D.S.*, anno IX, 6, 2010, 1168 ss.

12 La Corte di giustizia evidenzia che «la direttiva 2005/29/CE fissa norme uniformi in materia di pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, al fine di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e di garantire un livello elevato di tutela di questi ultimi. Pertanto, come previsto espressamente dall’art. 4, gli Stati membri non possono adottare misure più restrittive di quelle definite dalla direttiva, anche qualora volessero garantire un livello più elevato di tutela dei consumatori». Il principio dell’armonizzazione massima impedisce agli Stati nazionali il mantenimento dei divieti assoluti delle offerte congiunte per promuovere le vendite e delle vendite abbinata ad un lotteria gratuita, (in quanto non compresi tra le pratiche commerciali «in ogni caso sleali» tassativamente individuate nell’allegato I). Ma vi è di più. Secondo la Corte: «Debbono essere considerate attuazione e recepimento di una direttiva comunitaria non solo le disposizioni nazionali aventi espressamente tale oggetto, ma altresì, a decorrere dalla data della relativa entrata in vigore, le disposizioni nazionali preesistenti idonee a garantire la conformità del diritto nazionale alla direttiva

**§ 1.2 Le professioni «regolamentate»: da «vulnus all'impianto normativo» comunitario ad «ambito non pregiudicato» dalla disciplina di attuazione: profili generali.**

La regola dell'armonizzazione massima impedisce che le regolamentazioni nazionali più restrittive costituiscano un impedimento alla libera circolazione dei servizi e delle merci nel mercato interno, nella misura in cui cancella rigidi divieti nazionali che sacrificano l'innovazione del mercato; si propone, dunque, almeno nelle intenzioni, quale strumento propulsivo della realizzazione di un mercato unico e senza frontiere.

In verità, come noto, la regola della *full harmonization* già nel disegno del legislatore comunitario non si è ritenuta attuabile nel settore delle professioni regolamentate forse per la complessità delle discipline nazionali e/o per il rilievo degli interessi sottesi alla materia<sup>13</sup>.

---

stessa». E a ben vedere, viene valutata la compatibilità della direttiva 2005/29/CE, il cui termine di trasposizione, fissato al 12 dicembre 2007, non era ancora decorso ai tempi dei fatti in causa (e altresì del rinvio alla Corte nel caso belga), con disposizioni nazionali preesistenti all'entrata in vigore della stessa, e segnatamente, l'art. 54 della legge belga del 14 luglio 1991 sulle pratiche commerciali e sull'informazione e la tutela dei consumatori che è così redatto: «Ai sensi del presente articolo per operazione commerciale congiunta si intende l'acquisto, a titolo oneroso o gratuito, di prodotti, di servizi, di qualsiasi altro vantaggio, o di titoli che consentano di conseguire gli stessi, abbinato all'acquisto di altri prodotti o di altri servizi, anche se identici. A parte le deroghe qui di seguito previste, i venditori non possono offrire ai consumatori operazioni commerciali congiunte. Sono parimenti vietate le operazioni commerciali congiunte offerte ai consumatori da più venditori che agiscono con unità d'intenti». E nel caso tedesco l'art. 3 della legge tedesca contro la concorrenza sleale del 3 luglio 2004 (UWG) che richiede per l'illiceità delle pratiche concorrenziali sleali «che risultino idonee ad alterare in misura non meramente irrilevante la concorrenza a danno dei concorrenti, dei consumatori o degli altri operatori del mercato». Il successivo art.4, n.6, dispone: «in particolare agisce slealmente ai sensi dell'art. 3 colui che (...) 6. subordina la partecipazione dei consumatori ad un concorso o gioco a premi all'acquisto di una merce o di un servizio, a meno che il concorso o il gioco a premi siano per natura collegati alla merce o al servizio;(...)». Dunque, i divieti censurati sono preesistenti alle leggi di recepimento della direttiva menzionata, sulle quali - almeno formalmente - non cade il giudizio della Corte; ciononostante per i giudici europei i legislatori nazionali non provvedendo ad abrogare né a modificare tali disposizioni incompatibili con la stessa non ne hanno realizzato una corretta trasposizione.

13 BROGGIATO T., *La direttiva n. 2005/29/CE "sulle pratiche commerciali sleali"*, *Commento alla direttiva CE n. 29 dell'11 maggio del 2005*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, 2, 23, osserva che l'armonizzazione massima «resta esclusa in riferimento a materie caratterizzate da forme di regolamentazione più articolata per le quali è maggiore la necessità di proteggere gli interessi economici dei consumatori» e che pertanto è considerata una strada possibile solo in alcuni campi. BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, cit. 10, pone in rilievo la diversa natura dei richiami ai settori non pregiudicati dalla nuova normativa. L'Autore ritiene che siano espressione della natura sussidiaria della normativa quelli dei commi 3, 7, 8, 10 che si riferiscono a discipline di settore che non possono

Ed, invero, la direttiva consentiva al legislatore nazionale di discostarsi dal quadro giuridico in essa delineato in modo imperativo, nei limiti espressamente individuati all'art. 3, comma 8, che così statuiva: «*La presente direttiva non pregiudica le eventuali condizioni relative allo stabilimento, o ai regimi di autorizzazione, o i codici deontologici di condotta o altre norme specifiche che disciplinano le professioni regolamentate, volti a mantenere livelli elevati di integrità dei professionisti, che gli Stati membri possono, conformemente alla normativa comunitaria, imporre a questi ultimi*».

Vale la pena osservare che, nella proposta iniziale di direttiva del 18 giugno 2003 presentata dalla Commissione, tra le definizioni non compare quella di professione regolamentata e che, inoltre, con riferimento all'ambito di applicazione, non c'è traccia del riferimento alle professioni regolamentate. Neanche nel Libro verde, che è considerato il momento ideativo della direttiva, v'è traccia dell'intento di creare una frattura nella disciplina dei servizi professionali, a seconda che siano regolamentati o meno.

La formulazione della norma comunitaria porta a ritenere che diversamente da quanto accade con riferimento agli ambiti soggetti all'armonizzazione massima ove il contemperamento degli interessi della tutela del consumatore e della tutela della concorrenza è effettuata dallo stesso legislatore ai sensi dell'art. 4 del provvedimento comunitario<sup>14</sup>, in materia di professioni tale compito è lasciato al diritto nazionale ma in conformità al diritto comunitario.

Dunque, il carattere regolamentato o meno dell'attività professionale determina un diverso grado di applicazione della disciplina, che deriva dalla

---

essere alterate dalla nuova normativa, invece, il richiamo di cui al comma 2, costituirebbe un monito ai legislatori nazionali perchè provvedano ad adeguare le discipline interne con quelle nazionali sulle quali è destinata comunque ad avere degli impatti. DE CRISTOFARO G., *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*, 2007, 1 ss.

<sup>14</sup> L'art. 4 della direttiva, come si è già evidenziato, non autorizza gli Stati a mantenere in vigore delle disposizioni più restrittive di quelle previste dalla direttiva stessa che limitino la libertà di prestazione dei servizi e la libera circolazione delle merci,

scelta comunitaria di non attuare l'armonizzazione completa anche in questo ambito.

La natura, le caratteristiche e i contenuti del provvedimento comunitario, matrice della disciplina nazionale, hanno fortemente inciso sulle scelte operate dal legislatore nazionale in sede di recepimento, e non poteva essere diversamente stante il carattere massimale dell'armonizzazione<sup>15</sup>.

*In primis* la scelta nazionale di adottare due distinti decreti legislativi di attuazione viene effettuata per rispettare lo specifico impianto normativo della direttiva comunitaria, che per non generare confusione tra i diversi destinatari delle sue disposizioni, riferisce la materia delle pratiche commerciali sleali (scorrette nel testo di recepimento nell'ordinamento italiano) ai rapporti tra consumatori e imprese, nel cui ambito la pubblicità diviene soltanto una delle tante pratiche commerciali sleali, e la materia della pubblicità ingannevole e comparativa ai soli rapporti tra imprese concorrenti<sup>16</sup>.

Sotto il profilo puramente terminologico, nel testo italiano di recepimento si è scelto l'aggettivo «*scorrette*» al posto di «*sleale*», utilizzato nella direttiva, da una parte, forse, per l'esigenza di evitare confusioni con l'analogha espressione

---

15 Cfr. DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, 15-16. L'Autore sottolinea che per la scelta 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".

16 Il quadro normativo che ne è disceso è il seguente. Il dlgs. 2 Agosto 2007, n. 146, ha modificato il d.lgs. n. 206/2005, recante il Codice del Consumo, introducendo nell'ambito della Parte II, Titolo III, la cui rubrica è oggi denominata «Pratiche commerciali, pubblicità e altre informazioni commerciali», i nuovi art. 18 - 27 quater, a cui si dedica questo studio. E la disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa, già contenuta nei previgenti artt. 18 - 27 cod. cons. viene dunque, stralciata dal codice del consumo e consegnata ad un provvedimento diverso, il d.lgs. 145/2007, che recepisce l'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 450/84, che si applicherà d'ora in avanti ai soli rapporti tra concorrenti. Ciò si evince dal suo l'art. 1, che (ripetendo la lettera dell'art. 14, comma 1, della direttiva 2005/29/CE), statuisce che «*le disposizioni del presente decreto legislativo hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*».

in tema di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c.<sup>17</sup>, e dall'altra, per l'assunto che la traduzione corretta del termine inglese "*unfair*", che compare nel testo ufficiale della direttiva, sarebbe "scorretta" e non "sleale".

Dal punto di vista topografico, la collocazione scelta dal legislatore italiano, in sede di recepimento, che non ha mancato di suscitare qualche perplessità<sup>18</sup>, allontana la disciplina delle pratiche commerciali scorrette dalla materia del contratto del consumatore con la quale, però, è strettamente concatenata, esprime dal punto di vista sistematico la portata più ampia della disciplina rispetto a quelle di settore.

Con riferimento alla professioni regolamentate il nostro legislatore non è stato obbligato ad apportare modifiche o integrazioni alla disciplina nazionale e, pur avendo la facoltà di curarne il coordinamento si è limitato a riproporre senza grandi variazioni terminologiche il testo comunitario.

In un quadro normativo comunitario e nazionale in cui le professioni rappresentano rispettivamente "un ambito sottratto all'armonizzazione" nel

---

17 Con riferimento alle ragioni della scelta terminologica effettuata dal legislatore italiano cfr. DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, 1187, in nota 25, testualmente osserva: «la "slealtà" esprimerebbe l'attitudine di una condotta imprenditoriale a ledere (in via diretta) gli interessi economici di altri imprenditori concorrenti, che rende illecito l'atto di concorrenza a norma dell'art. 2598 ss. c.c. (e con le conseguenze ivi previste) laddove per contro "la scorrettezza" esprimerebbe l'attitudine di una condotta imprenditoriale a ledere in via diretta ed immediata gli interessi economici dei consumatori, che rende illecita la pratica commerciale a norma degli artt. 20 ss. cod. cons., e con le conseguenze di cui all'art. 27 cod.cons.».

18 DE CRISTOFARO G., *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*, 2007, 1 ss. In attesa del recepimento della direttiva, aveva ritenuto che tale eventuale soluzione fosse da scartare in quanto «la Parte II del codice del consumo impone ai professionisti un insieme di regole di condotta da rispettare in sede di predisposizione ed effettuazione dell'offerta di beni e servizi a consumatori, nonché di promozione della stipulazione di contratti con questi ultimi, regole che attengono pertanto esclusivamente alla fase che precede la (possibile) stipulazione di un contratto tra professionisti e consumatori: (...) onde sarebbe riduttivo e incoerente con la ratio e la natura della parte II del codice del consumo, inserire in quest'ultima le relative norme di attuazione.» Nella riedizione dello stesso volume, ad attuazione avvenuta, l'Autore conferma questa tesi per cui avrebbe avuto più senso l'inserimento della disciplina nella Parte III dal titolo "*rapporto di consumo*" e sottolinea che forse la scelta è stata motivata dall'interpretazione eminentemente pubblicistica che il legislatore nazionale ha dato a questa normativa a cui sono connesse sanzioni solo amministrative e non privatistiche. In verità poiché la disciplina si riferisce anche ad una fase che precede quella contrattuale o precontrattuale, con una diversa collocazione avrebbe assunto forse un ruolo subalterno una delle caratteristiche peculiari della disciplina che, come detto, ha una portata più ampia rispetto alle discipline di settore.

primo caso e, “un ambito non pregiudicato” dalla disciplina di attuazione nel secondo, ci chiediamo se l'innesto nel nostro ordinamento della nuove regole in tema di pratiche commerciali incida sul tessuto normativo delle professioni intellettuali di cui agli art. 2229 ss del codice civile aggiungendovi nuove trame o se le discipline si pongano su piani paralleli destinati a non incontrarsi mai. Ed, inoltre, quali siano le *rationes* di questa particolare attenzione normativa.

**§ 1.3 L'ambito di applicazione della disciplina e la nozione innovativa di «pratica commerciale» tra tutela del mercato e tutela del consumatore.**

Al fine di comprendere pienamente la portata della novella e l'eventuale incidenza sul rapporto cliente/consumatore – professionista intellettuale, occorre soffermarsi in primo luogo sulla delimitazione dell'ambito di applicazione delle stessa *ratione materiae* e *ratione personae* e altresì sullo stretto collegamento tra la tutela del consumatore e la tutela del mercato cui è ispirata nella *ratio* e nella struttura.

Sotto il profilo oggettivo rientrano nel raggio di applicazione delle nuove disposizioni le «pratiche commerciali» da intendersi, ai sensi del nuovo art. 18, comma 1, lett. *d*), cod. cons. come 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. La definizione di pratica commerciale<sup>19</sup> sotto il profilo strutturale si presenta massimamente ampia comprendendo molteplici attività estremamente eterogenee che sono unificate sotto il profilo teleologico dall'essere poste «in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto al consumatore»<sup>20</sup>. La portata espansiva e trasversale della disciplina è

---

19 Il legislatore comunitario circoscrive l'ambito di applicazione della disciplina, utilizzando le definizioni (art. 2 della direttiva e 18 cod. cons.), quale strumento che ha il pregio di non invecchiare rapidamente rispondendo all'esigenza di dare certezza. L'elasticità delle definizioni ha risultanze concrete importanti, in quanto richiede un contributo da parte dei organi giurisdizionali chiamati ad applicare la legge molto più penetrante rispetto al passato.

20 Nell'art. 2 della direttiva figurava la diversa locuzione «dalla diretta connessione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Sulla definizione di pratica commerciale trasposta nel nostro codice del consumo si vedano i commenti di ROSSI CARLEO L. *sub art. 18, comma 1 lett. d*), MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, Giapichelli, Torino 2009, 56 ss. Che ritiene di poter leggere nella formulazione della norma italiana una possibile estensione della disciplina alle pratiche che risultino di poter influire anche in via mediata e indiretta sulle scelte dei consumatori. *Contra* BARGELLI 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 DE CRISTOFARO (a cura di) op. cit., 99 ss. e De Cristofaro-Zaccaria, *sub art. 18, comma 1, lett. d*), in

amplificata sotto il profilo spazio - temporale, dalla previsione dell'art. 19, comma 1, cod. cons. che ne estende l'applicazione alle pratiche commerciali scorrette «poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto».

Un ulteriore segnale dell'intento di allargare la nozione di pratica commerciale fino a comprendervi ogni oggetto dell'attività commerciale è la definizione di «prodotto» di cui all'art. 18, comma 1, lettera c), che equipara espressamente «qualsiasi bene o servizio» evidenziando la grande importanza dei servizi nel mercato interno<sup>21</sup>. Mentre l'espressione «operazione commerciale», di cui non viene offerta alcuna definizione si ritiene utilizzata come sinonimo di contratto.

E' palese la valenza della nozione innovativa di pratica commerciale e dell'intera disciplina che si riferisce – sul piano oggettivo - a qualsiasi attività omissiva o commissiva che può inerire nella sua dinamicità e mutevolezza a qualsiasi fase del rapporto di consumo (messaggio pubblicitario, comunicazione commerciale, fase negoziale, esecutiva, rimediale, ecc) e ad ogni tipologia di servizio e prodotto<sup>22</sup>.

---

*Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, 2010, 123 che rilevano l'incompatibilità di tale interpretazione con il carattere completo dell'armonizzazione.

21 BARGELLI 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 DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, 123 ritiene che la definizione speciale di cui all'art. 18, comma 1, lett. c) costituisca una «inutile duplicazione» della definizione generale offerta dall'art. 3, comma 1, lett. e), cod. cons., in quanto si tratta di nozioni sostanzialmente coincidenti. *Contra*, BELLISARIO E., *sub art. 18, lett. c)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit, 52. L'Autrice rileva: «l'opportunità di aver mantenuto questa specifica definizione, in quanto l'estensione della nozione di "prodotto" di cui all'art. 3, comma 1, lett. e), anche al "servizio" risulta, invero, il frutto di un'interpretazione «estensiva ed evolutiva (...) priva di un espresso e inequivocabile appiglio normativo, evidentemente fondamentale per la certezza del diritto. Pertanto, la presenza nel codice del consumo di una disposizione che sancisce l'assoluta equiparazione tra bene e servizio, se pur dettata in relazione ad un settore specifico, e se pur molto probabilmente dovuta (come già rilevato) alla preoccupazione del nostro legislatore di non recepire correttamente la direttiva 2005/29/CE, offre ora quel supporto legislativo che ancora mancava idoneo ad avvalorare – o, almeno, a non smentire – la fondatezza di tale ipotesi interpretativa.» La comprensione nella categoria generale di prodotto anche di "diritti e obbligazioni", secondo l'Autrice sembra una «forzatura», trattandosi di conseguenze giuridiche derivanti dall'esercizio dell'attività commerciale, a cui non può attribuirsi un significato diverso da quello di beni e servizi.

22 Un'altra conseguenza dell'intento comunitario di armonizzare le discipline nazionali è il



Nel primo filone giurisprudenziale comunitario in tema di pratiche commerciali per esempio, i giudici comunitari, hanno compreso nell'ampia definizione in esame le offerte congiunte che in considerazione della loro funzione, nonché alle circostanze in cui il consumatore ordinariamente si imbatte in esse, sono ritenute dalla Corte «atti commerciali che si iscrivono chiaramente nel contesto della strategia commerciale di un operatore e rivolte alla promozione e allo smercio delle sue vendite»<sup>23</sup>.

Nel panorama nazionale si evidenziano le importanti ricadute applicative della nozione che ha consentito all'Autorità garante di valutare unitariamente condotte imprenditoriali complesse che «nella vigenza della precedente disciplina avrebbero dovuto essere artificialmente scomposte per concentrare l'azione sui segmenti qualificabili come pubblicità ingannevole»<sup>24</sup> con una conseguente maggiore tutela dei consumatori, e,

---

carattere «orizzontale» della normativa che non sceglie un determinato settore o singole modalità contrattuali. Questo aspetto è evidenziato nel «Libro verde sulla revisione dell'*acquis* comunitario dei consumatori» del 2007 (COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde*, 8 febbraio 2007, Com (2006)744 final. consultabile al sito [www.europa.eu](http://www.europa.eu).) ove si legge che «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».

23 Cfr. punto n. 50 della sentenza. Nei casi all'attenzione della Corte lo sconto abbinato alla rivista ed i servizi gratuiti di soccorso stradale abbinati alla vendita del carburante mirano ad invogliare il consumatore all'acquisto ed anche ad aumentare il potenziale di vendita delle imprese offerenti rispetto alle concorrenti. Parimenti le pratiche che abbinano la partecipazione gratuita del consumatore ad una lotteria all'acquisto di una determinata quantità di merci, su cui si incentra la questione pregiudiziale sollevata dal giudice tedesco, possono invogliare il consumatore ad acquistare o a spendere di più nella speranza di una vincita. Questi aspetti sono rilevati dall'Avvocato generale, nei punti 69-70 delle sue conclusioni ove rileva che tali pratiche di promozione delle vendite possono esercitare una notevole attrattiva sul consumatore non solo per la possibile convenienza economica ma anche per la forma e il modo con cui vengono presentate. Sul punto cfr. BARTOLOMUCCI, P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di) op. cit. 261, che ricomprende anche l'offerta di servizi accessori tra le misure di marketing cui le imprese ricorrono per accaparrarsi quote del mercato di volta in volta interessato e assicurarsi il più alto numero possibile di clienti. ADDIS M., *Le pratiche commerciali sleali e le risorse di fiducia delle imprese: aspetti positivi e questioni irrisolte*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), op.cit. 57 ss.; PRATESI C.A., *Marketing sleale e tutela giuridica dei consumatori*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), op.cit. 45ss.

24 In questo senso la *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007* dall'Autorità Antitrust, presentata il 24 giugno 2008, [www.agcm.it](http://www.agcm.it), 231-232. Sulle apprezzabili applicazioni della disciplina si veda la *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008* dall'Autorità Antitrust italiana, [www.agcm.it](http://www.agcm.it) e FIORENTINO L., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: nuovi scenari di tutela per i consumatori ed imprese, seminario di studio, lunedì 27 ottobre 2008*. Sul ruolo della pubblicità nel disegno della nuova normativa comunitaria si veda MAGNO M.L., *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva*

seppur indirettamente, delle imprese.

A questo punto dell'analisi occorre evidenziare che il legislatore europeo ha posto al centro di questa disciplina due capisaldi di un mercato interno efficiente: la libertà di scelta del consumatore e la concorrenza<sup>25</sup>.

Il bene giuridico protetto dalla disciplina è la libertà di scelta del consumatore, elemento che pone in comunicazione la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza. Se è vero che la prima si realizza sempre e anche attraverso la creazione di un mercato concorrenziale, solo consentendo al consumatore di compiere scelte consapevoli e libere si garantisce il funzionamento efficace del mercato<sup>26</sup>. A riguardo è stato efficacemente evidenziato come la difesa delle posizioni del consumatore e la tutela della struttura concorrenziale del mercato stiano evolvendo in un'ottica di complementarietà consacrata recentemente proprio dalla novella sulle pratiche commerciali scorrette<sup>27</sup>, in quanto entrambi i profili concorrono alla realizzazione del buon funzionamento del mercato<sup>28</sup>. In questo senso, come

*sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), op. cit., 103 ss.

25 Già l'ottavo e il sesto considerando della direttiva 2005/29 affermano rispettivamente che la disciplina in tema di pratiche commerciali tutela i consumatori e indirettamente anche i concorrenti dalle condotte commerciali che non rispettando le regole ivi previste possano alterare il libero gioco della concorrenza; e che non trova applicazione per le leggi nazionali che riguardano «unicamente» gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse a operazioni tra professionisti (punti 71-72 delle conclusioni dell'Avvocato generale). Per questa ragione la Corte di giustizia, rigettando le contestazioni di alcuni governi nazionali, ha vagliato la compatibilità con la direttiva degli artt. 1, 3, 4 della legge tedesca sulla concorrenza, in quanto espressamente diretti anche alla tutela dei consumatori (Cfr. punti 39-40 della sentenza e 65-66 delle conclusioni dell'avvocato generale).

26 ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, comma 1, lett. d)*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, op.cit., 63 pone in evidenza "l'interrelazione esistente tra *disciplina della concorrenza* a garanzia della pluralità delle scelte e *disciplina dell'informazione* come strumento di scelta consapevole". Dalla duplice prospettiva con cui il legislatore guarda all'attività *latu sensu* promozionale deriva la conseguenza che "può essere considerata «pratica commerciale scorretta», ai sensi degli artt. 18 ss. cod. cons., anche una pubblicità comparativa che, contenendo un «invito all'acquisto» possa «falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore»".

27 Cfr. *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori* (M. Sandulli – D. Spagnuolo) nel *Rapporto sul Consumerism 2009*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito: <http://www.consumersforum.it/>; ALPA G., *Considerazioni conclusive*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali*, cit. 362;

28 A conferma dell'assunto per cui la disciplina comunitaria perseguendo la correttezza delle pratiche commerciali a tutela dei consumatori inevitabilmente regola i comportamenti delle imprese si evidenzia una circostanza fattuale comune alle prime sentenze rese dai giudici europei in materia: sono le società concorrenti a promuovere i giudizi inibitori volti ad ottenere la cessazione di

sostenuto dalla dottrina più attenta, “concorrenza e conoscenza” si rivelano aspetti complementari e coerenti<sup>29</sup>.

La disciplina, dunque, attiene a tutta l'attività del professionista che possa incidere però sulle determinazioni di natura economica del consumatore nel momento finale della scelta del servizio; è questo segmento dell'attività professionale che viene direttamente in rilievo non il contenuto della prestazione del servizio o la verifica dell'assetto degli interessi delle parti.

E' pertanto in questo binario, che si pone l'analisi e la ricerca delle possibili interferenze tra la disciplina delle pratiche e la disciplina delle professioni che *prima facie* sembrano porsi su piani differenti.

---

offerte congiunte. Ed, infatti, il legislatore comunitario all'art. 11 ha riconosciuto anche ai concorrenti la legittimazione ad agire per vietare le pratiche commerciali sleali, parimenti anche nel nostro ordinamento tale legittimazione è riconosciuta, ai sensi dell'art. 27 cod. cons., a “chiunque”, e quindi anche ai concorrenti e alle loro associazioni.

<sup>29</sup> ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, comma 1, lett. d)* in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. ( a cura di), *Le modifiche al codice del consumo op.cit.*, 57

**§ 1.4 La definizione di professionista negli artt. 3, 18 e 39 cod. cons. e quella di professione regolamentata.**

Il nuovo art. 18 cod. cons., rubricato «*Definizioni*», elenca un copioso numero di nozioni giuridiche che verranno poi utilizzate nella nuova disciplina, secondo quella che costituisce una vera e propria prassi adottata dal nostro legislatore in sede di recepimento degli atti di matrice comunitaria<sup>30</sup>. Il ricorso continuo a norme definitorie risponde ad una specifica funzione, quella di delimitare il campo di applicazione della disciplina ed è direttamente proporzionale alla diversità delle normative nazionali e alla molteplicità dei tessuti sociali ed economici dei diversi Stati membri chiamati a recepire le direttive comunitarie. Uno degli effetti collaterali dell'ingresso nel nostro ordinamento di nozioni mutuare dal contesto comunitario è spesso una certa difficoltà di attribuzione alle stesse di un significato giuridico univoco che ne consenta il coordinamento e il confronto con le tradizionali definizioni in uso nel diritto interno.

Il legislatore nazionale alla già vasta gamma di definizioni generali di matrice comunitaria raccolte all'art. 3 cod. cons. aggiunge, nell'art. 18, comma 1, lett. n), quella di «*professione regolamentata*», per intendere le attività o l'insieme di attività regolate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che richiedono il possesso di una qualifica professionale per l'accesso e/o esercizio della relativa professione.

Ne deriva la conseguenza che solo con riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali «*oggetto del presente titolo*», come specifica l'art. 18 cod. cons., all'ormai familiare nozione di professionista si affianca quella di «*professione regolamentata*», che costituisce sotto il profilo soggettivo un

---

<sup>30</sup> E difatti, nel codice del consumo si rinvengono numerose norme che recano un elenco di definizioni. Si considerino per esempio: gli artt. 3, 13, 50, 67 ter, 69, 83, 103, 128 cod. cons.

elemento di novità della disciplina di nuova introduzione.

In dottrina si è osservato che la definizione “speciale” di professionista, dettata dall'art. 18, comma 1, lett. b)<sup>31</sup>, ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo della normativa, non diverge sostanzialmente da quella generale di cui all'art. 3, comma 1, lett. c), cod. cons., alla quale, peraltro, è stata resa analoga con un successivo intervento legislativo<sup>32</sup> che vi ha esteso il riferimento alla «*sfera commerciale, industriale, artigianale*». In verità l'aggettivo “professionale” contenuto nella versione originaria dell'art. 3 cod. cons. si riteneva già comprensivo della sfera commerciale, industriale o artigianale. La differenza più significativa che ancora permane riguarda il riferimento nella disposizione speciale, sopra riferita, a «*chiunque agisce in nome e per conto di un professionista*», ossia colui che ha la rappresentanza diretta del proprio *dominus*, e non «*al suo intermediario*» di cui all'art. 3 cod. cons. L'utilizzo della locuzione intermediario più tecnica non determina delle conseguenze sul piano applicativo<sup>33</sup>.

La nozione di professionista contemplata all'art. 18 cod. cons. comprende sia la figura dell'imprenditore in senso stretto che quella del professionista intellettuale<sup>34</sup>. A conferma di tale affermazione si può richiamare la lettura

---

31 Ai sensi dell'art. 18 cod. cons. professionista è: «*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome e per conto di un professionista*». Per l'approfondimento della nozione cfr. KIRSCHEN S., *sub art. 18, comma 1, lett. a)*, in E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 41ss.

32 D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, recante “Disposizioni correttive ed integrative del d.lgs 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della l. 29 luglio 2003, n. 229” in G.U., n. 278 del 29 novembre 2007.

33 BARTOLOMUCCI P., afferma che entrambe le espressioni “*devono ritenersi relative a tutti coloro che sono inclusi nel ciclo di consumo, sino a comprendere colui la cui attività sia riferibile o comunque compiuta nell'interesse del professionista, indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto formale di rappresentanza in termini rigorosamente giuridici*”.

34 Cfr. KIRSCHEN S., *sub art. 3, comma 1, lett. c)*, in G. ALPA -L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Codice del Consumo. Commentario*, cit., 65 ss. Una conferma positiva si trae analizzando il riferimento all'attività professionale espressamente contenuto anche nei previgenti artt. 19 e 20 cod. cons. in materia di pubblicità. E, d'altra parte anche la definizione di prodotto di cui agli artt. 3 lett. e), e 18, comma 1, lett. c) cod. cons. che identifica «*qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi (...fornito o reso disponibile a titolo oneroso o gratuito nell'ambito dell'attività commerciale*» comprendono i servizi nell'ambito di applicazione della disciplina e sono tali i servizi delle libere professioni.

che giurisprudenza e dottrina hanno dato di questa nozione nel contesto dell'art. 3, comma 1, lett. c), cod. cons. anche l'esegesi dottrinale dell'art. 39 cod. cons. rubricato «*regole nelle attività commerciali*» che costituisce una anticipazione del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 29/2005/CE.

Ciò in quanto sussiste un intrinseco collegamento tra l'art. 39 cod. cons. e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ora contenuta negli artt. 18 ss., chiaramente espresso nella relazione del Governo che accompagna il nuovo *corpus* normativo sia nel par. 6, ove si chiarisce che la collocazione della norma dipende dall'opportunità «di inserire nel corpo del codice i principi che ispirano la proposta di direttiva comunitaria sulla correttezza delle pratiche commerciali», sia nel par. 7, ove si precisa che la disposizione in esame «introduce regole generali nelle attività commerciali, conformi ai principi generali di diritto comunitario in tema di pratiche commerciali sleali».

Nella norma richiamata il legislatore circoscrive il raggio di applicazione della disposizione con l'espressione «attività commerciale» nella quale la dottrina maggioritaria ha compreso anche l'attività professionale in senso stretto<sup>35</sup> pur sottolineando che «le due tipologie di attività conservano una propria autonomia concettuale e, quindi, possono essere suscettibili di una parziale disciplina diversa».

E allora da una sua lettura coordinata della definizione di professionista con quella di professione regolamentata sembra derivare che quest'ultima costituisce una specificazione, un sottoinsieme della prima; c'è certamente uno spazio di intersezione tra le due nozioni che concerne non la figura dell'imprenditore in senso stretto ma quella del professionista intellettuale.

---

35 MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E. E ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., 75 ss. e bibliografia ivi citata.

Proprio l'accostamento della nozione ristretta di professione regolamentata a quella ampia e generale di professionista potrebbe spiegarsi con l'esigenza di sottrarre le professioni dalla categoria generale nella quale altrimenti sarebbero comprese, per non assoggettarle alla disciplina delle pratiche commerciali o per lo meno per assoggettarle ad una disciplina parzialmente diversa.

Un indizio della non facile coniugazione della disciplina di nuova introduzione e del quadro normativo delle attività libero - professionali si trae dalla constatazione della totale assenza nell'attività dell'antitrust diretta a reprimere le pratiche commerciali scorrette di provvedimenti o di istruttorie in corso, riguardanti il settore professionale in questi primi anni di applicazione della nuova normativa.

Le ragioni di questa carenza possono essere diverse, quali per esempio, la mancata consapevolezza del cliente che entra in rapporto con l'esercente una professione intellettuale di essere un consumatore per l'esistenza di una forte asimmetria informativa e il ruolo esercitato dagli organismi di autoregolamentazione (ordini e collegi) in materia di pubblicità nella attività professionale che limitano fortemente le iniziative promozionali lecite dei professionisti.

Il novellato art. 19 cod. cons., rubricato "*Ambito di applicazione*", costituisce uno snodo essenziale di questo percorso diretto a individuare le possibili vie di interazione tra la nuova disciplina e il quadro normativo relativo alle attività professionali in quanto traccia il perimetro di applicazione della novella, che non si presenta del tutto chiaro e lineare né dal punto di vista soggettivo né dal punto di vista oggettivo, e pone uno stretto collegamento tra la definizione di "professione regolamentata" e quella di "codice di condotta".

Nella specie, l'art. 19, comma 2, lett. d) cod. cons., stabilisce che il nuovo

articolato normativo «*non pregiudica*» l'applicazione di norme nazionali che specificamente rechino la disciplina dello stabilimento, dei regimi di autorizzazione, di professioni regolamentate e anche dei codici deontologici (che siano stati adottati nell'esercizio di tali professioni), «*per garantire elevati livelli di correttezza professionale*».

Tuttavia, per non incorrere in facili trappole interpretative, è necessario porre le fondamenta dell'indagine e rintracciare il significato dei riferimenti normativi che la nuova disciplina contiene in riferimento all'attività professionale, per poi interrogarsi sul modo in cui questa possa essere incisa.



### § 1.5 *Analisi degli elementi costitutivi della definizione professione regolamentata.*

L'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie evidenzia che nella riferita definizione vengono differenziati i concetti di «attività professionale» e di «professione». Invero, solitamente una professione<sup>36</sup> è composta da un insieme di attività lavorative. Il riferimento all'attività è, dunque, uno strumento di semplificazione che ben si presta a raggiungere l'intento comunitario di superare le differenze che spesso si frappongono alla realizzazione del mercato unico. Ed è per questa ragione che è con riferimento all'attività che vengono posti vincoli obbligatori, per accedere o esercitare una data professione e, sempre con riferimento alle singole attività, viene effettuata la valutazione circa il possesso della corrispondente qualifica professionale. L'attività professionale<sup>37</sup> assume un rilievo centrale come parametro di valutazione della regolamentazione, in quanto integra nei diversi Stati

---

36 Il termine "professione" per l'estensione del contenuto, la molteplicità delle valenze concettuali non si presta facilmente a soddisfare un intento definitorio. Per una ricognizione dei significati del termine in esame, cfr. ANASTASI, voce *Professioni*, IV) *Professioni intellettuali e subordinazione (dir. lav)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.2, ove si legge che: «genericamente, ed in modo atecnico, con il termine professione si intende esprimere una posizione sociale nella vita, un non sempre ben definito campo di lavoro (...). In sede extralegislativa ad esso si ricorre per qualificare le attività individuali di natura economica (...); il termine, ancora, viene usato per richiamare l'occupazione lavorativa in forma stabile e permanente o esso comprende il complesso delle operazioni (compiti) costituenti l'attività abituale di un individuo. Ellitticamente, poi, professione sta a significare la professione liberale».

37 AULETTA G., voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, 983: «La distinzione più importante delle attività economiche si richiama al requisito della professionalità (...). Per aversi professionalità (perché l'attività sia professionale) è necessario che l'attività abbia una certa durata (non necessariamente continua, potendosi pur trattare di attività periodica), dalla quale poi deriva, nella valutazione sociale, alla quale l'ordinamento rinvia la qualifica di professionalità che può conseguire (non solo all'effettiva durata, ma) anche a circostanze tali che, secondo la valutazione sociale presuppongono normalmente la durata dell'attività stessa (iscrizione in un albo, costituzione di un'azienda, ampiezza di pubblicità...). Le attività professionali si distinguono in attività del lavoratore autonomo, attività del professionista liberale e attività dell'imprenditore; (...).» Con riferimento alla libertà di esercizio delle attività professionali, l'Autore individua in tutte le attività due serie di interessi, quelli della generalità e quelli degli esercenti le attività professionali, ma - con riferimento alle professioni liberali nel nostro ordinamento - afferma che «si ritiene conforme all'interesse dei consumatori controllare preventivamente la competenza dei professionisti piuttosto che affidarne il giudizio agli stessi consumatori»; invece, con riferimento alle attività d'impresa, osserva come venga largamente adottato il principio di piena libertà nell'esercizio dell'attività.

membri lo stesso tipo di comportamento, al di là della puntuale disciplina e della veste formale predisposta in riferimento alla corrispondente professione. Si consente così di avere riguardo al contenuto, piuttosto che alla forma, e di valutare il caso in cui un'attività possa rientrare in più professioni oppure una professione comprendere più attività.

Un altro elemento costitutivo e centrale nella nozione di professione regolamentata è costituito dal concetto di "*qualifica professionale*", la cui definizione non è contenuta nel codice del consumo, ma nei decreti di recepimento delle direttive comunitarie adottate in materia di riconoscimento di qualifiche professionali. Vale la pena evidenziare che la Comunità europea con l'intento di riconoscere ad ogni cittadino europeo il diritto di svolgere la propria attività lavorativa in qualsiasi Stato membro interviene in relazione alle "professioni" che erano oggetto di una disciplina nazionale diversificata delle condizioni di accesso e di esercizio dell'attività professionale; ed invero tali differenze rendevano di fatto impossibile per un professionista esercitare la propria attività lavorativa in qualsiasi Stato membro, con l'effetto di ostacolare la libera circolazione dei servizi<sup>38</sup> e la libertà di stabilimento<sup>39</sup>.

Per realizzare le libertà menzionate, le istituzioni europee hanno adottato dapprima una serie di direttive settoriali, con riferimento a varie professioni per lo più mediche e paramediche; e, successivamente, abbandonato l'approccio verticale e settoriale troppo gravoso e lento (per approvare la direttiva architetti ci sono voluti venti anni!), hanno adottato delle direttive con carattere orizzontale e generale, per armonizzare le norme nazionali che disciplinano la formazione professionale e le condizioni di accesso ed

---

38 La libera prestazione di servizi consiste nel diritto di proseguire lo svolgimento di una attività lavorativa già svolta nel Paese di origine in un altro Paese della Comunità, in modo temporaneo, secondo il principio del trattamento nazionale.

39 La libertà di stabilimento consiste nel diritto riconosciuto al lavoratore che voglia esercitare in modo continuo e permanente la propria attività lavorativa in un altro Stato membro di trasferirsi in detto Stato.

esercizio dell'attività professionale<sup>40</sup>.

Le direttive generali trovavano applicazione per le professioni che non erano già state oggetto di una direttiva settoriale e si fondavano sul reciproco riconoscimento delle qualifiche e sul ricorso a meccanismi di compensazione per correggere le incongruenze.

Come si evince dalla lettera della definizione generale di professione regolamentata, una qualifica acquisita in uno stato membro può essere propedeutica anche all'esercizio in forma parziale di una professione nel nostro ordinamento<sup>41</sup>.

Nel nuovo d.lgs. 6 novembre 2007, n. 206<sup>42</sup>, di attuazione della direttiva 2005/36/CE (c.d. direttiva unica) relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, il legislatore nazionale ha riordinato e raccolto in un unico

40 Le direttive in commento si applicano ai prodotti «*finiti*», ossia a coloro che nello Stato di origine sono in possesso di tutti i requisiti ivi richiesti ai fini dell'accesso ad una professione regolamentata o del suo esercizio da ciò deriva che, con i termini "certificati o diplomi" si vuole intendere un attestato da cui si evidenzia non solo il superamento di un determinato ciclo di studi ma anche l'avvenuto svolgimento di altre prove, praticantato o tirocini imposti, compreso l'eventuale superamento di un esame di stato. Cfr. CAMERA DI COMMERCIO DI LUCCA, PISA, PISTOIA E PROMOFIRENZE, *Il riconoscimento delle qualifiche e delle capacità professionali nella comunità / realizzata da EUROPROJECT*, 1995, 1ss.; Corte giust. CE, sez. V, 13 novembre 2003, n. 313, in *Rass. Forense*, 2004, 129, ove si afferma che l'attività di "praticante" non può essere qualificata come professione regolamentata perché non si tratta un avvocato completamente qualificato.

41 Sul punto «La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988, 89/48/CEE, relativa al sistema di generale riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni, non esclude la possibilità, che il titolare di un diploma conseguito in uno Stato membro, possa accedere anche parzialmente all'esercizio di una professione regolamentata in altro Stato membro. Infatti il tenore, il sistema, e gli obiettivi della direttiva stessa non escludono tale possibilità, né va ritenuta sufficientemente fondata l'eccezione sollevata di ingeneramento di confusione nei consumatori, che possono essere tutelati attraverso altri strumenti quali ad esempio l'obbligo di utilizzazione del titolo professionale originario o il titolo di studio sia nella lingua in cui è stato rilasciato che in quella dello Stato membro ospitante. Inoltre l'interpretazione data in tal senso si trova in linea con gli art. 39 Ce e 43 Ce - rispettivamente oggi artt. III-133 e III-137 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Diversamente si deve argomentare nel caso in cui sia possibile conseguire l'idoneità per l'intero ambito disciplinare con misure di compensazione, ai sensi dell'art. 4 n. 1 della citata direttiva, misure che, quindi, non comportano un eccessivo onere per la parte richiedente» (Corte giust. CE, sez. I, 19 gennaio 2006, n. 330, in *Dir. e giust.*, 2006, 12, 97; in senso conforme: Corte giust. CE, sez. VI, 1 febbraio 1996, n. 164, in *Dir. comunitario e scambi internaz.*, 1996, 339), citate in C. MAZZÙ E L. MINERVINI, *sub art. 18, comma 1, lett. n*), in *Le modifiche al codice del consumo*, cit.,

42 D.lgs. 6 novembre 2007, n. 206 di "attuazione della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nonché della direttiva 2006/100/CE che adegua determinate direttive sulla libera circolazione delle persone a seguito dell'adesione di Bulgaria e Romania", pubblicato nella G.U. 9 novembre 2007, n. 261, SO n. 228.

testo legislativo le norme di attuazione delle tre direttive relative al sistema generale di riconoscimento<sup>43</sup>, nonché le dodici direttive settoriali che regolano le professioni di medico, infermiere, responsabile dell'assistenza generale, dentista, veterinario, ostetrica, farmacista e architetto. La normativa riguarda circa ottocento professioni dell'Unione europea regolamentate in vario modo.

Restano invece in vigore, come direttive autonome, la direttiva 77/279/CEE relativa alla prestazione di servizi degli avvocati, e la direttiva 98/5/CE emanata per facilitare l'esercizio permanente in uno Stato membro diverso da quello in cui si è acquisita la qualifica degli avvocati<sup>44</sup>.

La normativa non riguarda le attività delle professioni che partecipano all'esercizio della pubblica autorità come per esempio l'attività notarile. L'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 206/2007 propone una definizione di professione regolamentata piuttosto dettagliata, ritenendo tale: l'attività professionale per la quale è prevista l'iscrizione in un albo o collegio; l'attività riservata a chi possieda uno specifico titolo professionale; le attività esercitate dai membri di associazioni o organismi (il cui elenco è riportato in allegato al decreto) che sono destinatari di uno specifico riconoscimento pubblico da parte dello Stato, che le fa rientrare nella definizione generale di attività professionale regolamentata<sup>45</sup>; nonché l'attività professionale resa all'interno

---

43 Direttiva 89/48/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, in G.U.C.E. 24 gennaio 1989, n. 19, con cui si è introdotto un sistema generale di riconoscimento dei diplomi d'istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di durata minima di tre anni; direttiva 92/51/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, in G.U.C.E. 24 luglio 1992, n. 209, con cui si è integrata e completata la prima con un secondo sistema generale di riconoscimento della formazione professionale, per quanto riguarda: i diplomi di scuola media superiore o di formazione professionale; i diplomi di scuola media superiore o di formazione professionale; direttiva 92/54/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, in G.U.C.E. 31 luglio 2001, n. 201, con cui si sono disciplinate anche le professioni del commercio, dell'industria e dell'artigianato.

44 Rientra, invece, nel d.lgs. 206/2007 il riconoscimento delle qualifiche professionali degli avvocati ai fini dello stabilimento.

45 Nella norma si fa riferimento ad un sistema professionale in uso nei paesi anglosassoni (Gran Bretagna e Irlanda), in cui esistono tali organismi, che hanno lo scopo di promuovere un livello di qualifica elevato nel settore professionale, impongono il rispetto della regole di condotta da esse prescritte, rilasciano ai loro membri un titolo di formazione, e attribuiscono il diritto di usare un titolo

di un rapporto di lavoro subordinato purché l'accesso sia subordinato al possesso di determinate qualifiche professionali prescindendo, dunque, dal fatto che le prestazioni siano rese o meno in regime di autonomia.

Dalla lettura delle definizioni di professione regolamentata proposte rispettivamente in modo più generico dall'art. 18, comma 1, lett. n), cod. cons., e in modo più analitico dall'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 206/2007, emerge che le stesse pongono in rilievo, quale particolare aspetto della regolamentazione, esclusivamente il possesso di determinate "qualifiche professionali"<sup>46</sup>. Queste, secondo la compiuta definizione proposta nell'art. 4, lett. b), d.lgs. 206/2007, sono: «*le qualifiche attestate da un titolo di formazione*». Con tale espressione, ai sensi della successiva lett. e), si intende fare riferimento a: «*diplomi, certificati e altri titoli rilasciati da un'università o da altro organismo abilitato secondo particolari discipline che certificano il possesso di una formazione professionale acquisita in maniera prevalente sul territorio della Comunità*»<sup>47</sup>. Nella definizione si precisa, inoltre, che la qualifica può essere

---

o di beneficiare di uno *status* relativo al titolo di formazione.

46 «Nel nostro ordinamento ciò che acquista precipuo rilievo giuridico ai fini della regolamentazione, ossia dell'insieme delle condizioni legali prescritte per l'esercizio di una data professione, è l'istituzione di un albo professionale, inteso quale strumento attraverso il quale il libero professionista consegue quello speciale *status* giuridico che lo legittima all'esercizio dell'attività professionale (...); di contro, da punto di vista del diritto comunitario, ciò che acquista rilievo è quel particolare aspetto della regolamentazione che consiste nel subordinare l'accesso o l'esercizio dell'attività in questione al possesso di un determinato diploma». Così testualmente PORCELLI G., *Il lavoratore autonomo e le professioni non protette*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di N. LIPARI, II ed., I, Cedam, Padova, 2003, 601.

47 In generale «La mancanza di un titolo di studio rilasciato da una istituzione accademica riconosciuta (ovvero di un diploma assimilato rilasciato da un'autorità competente dello Stato membro come formazione di livello equivalente) impedisce di poter considerare il possesso degli stessi diritti d'accesso e d'esercizio di una professione regolamentata» (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 12 novembre 2007, n. 11148, in *Red. amm. TAR*, 2007, 11); «Se emerge da tali verifiche che si tratta in entrambi i casi di un diploma ai sensi della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1988 n. 89/48/CEE e che questi diplomi certificano formazioni equivalenti, la citata direttiva osta a che le autorità dello Stato membro ospitante subordinino l'accesso di tale cittadino di uno Stato membro alla professione di dirigente nel pubblico impiego ospedaliero alla condizione che egli segua la formazione impartita dall'*Ecole nationale de la Santé Publique* e si sottoponga all'esame previsto al termine di tale formazione.» (Corte giust. CE, 9 settembre 2003, n. 285 in *Dir. e giust.* 2003, 44, 113. «Ai sensi della direttiva 89/49/CEE - qualora il richiedente possieda il diploma che è prescritto in altro Stato membro per l'accesso a quella stessa professione sul suo territorio - la valenza del titolo conseguito presso altro Stato membro della comunità non può essere subordinato ad alcuna dichiarazione di equipollenza, tanto che questa investa il profilo del merito, quanto che si arresti al formale recepimento da parte delle autorità interne» (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 11 novembre 1992, n. 605, in *T.A.R.* 1993, I, 77).

richiesta non solo per l'accesso ma anche per il suo esercizio con particolari modalità come chiarito anche dalla giurisprudenza<sup>48</sup>.

La definizione di professione regolamentata, così costruita dalle norme citate, nell'intento di adattarsi al maggior numero di fattispecie, presenta contorni amplissimi, che richiedono uno sforzo interpretativo per delinearne i confini. Essa, infatti, comprende figure molto eterogenee di professionalità, aventi come minimo comune denominatore il possesso di una specifica formazione professionale, a prescindere dal fatto che l'esercizio dell'attività del professionista sia subordinato all'iscrizione in un albo.

Quanto alla competenza, è necessario che le condizioni di accesso o di esercizio vengano definite da un soggetto di diritto pubblico: infatti, l'art. 18, comma 1, lett. n), precisa che il possesso di una determinata qualifica professionale può essere richiesto in base a disposizioni non solo legislative ma anche regolamentari e amministrative.

Quanto ai contenuti, la definizione rimanda alle condizioni di accesso ad una data attività professionale e a quelle di esercizio: riguardo alle prime, la disciplina attiene alla richiesta di una data formazione professionale, di un periodo di praticantato o di tirocinio, del superamento di un esame di abilitazione per conseguire una data qualifica professionale; con riferimento alle seconde, la regolamentazione attiene al rispetto di norme deontologiche. Risulta chiaro che il carattere di attività professionale regolamentata deve essere associato alla previsione di formalità strettamente connesse a certificazioni di studi o a una specifica formazione professionale, legalmente richiesta ai fini dell'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa, e non ad

---

48 «L'accesso ad attività professionale è regolamentato se il suo esercizio in generale, a prescindere dalle modalità, è subordinato al possesso di un diploma (come nel caso della professione di ingegnere in Italia, ove le attività professionali ingegneristiche possono essere espletate solo da soggetti muniti della relativa laurea), mentre l'esercizio di un'attività professionale è da considerarsi regolamentato se soltanto l'esercizio con modalità particolari, dopo l'accesso alla stessa, è subordinato al possesso di un diploma» (Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5840, in *Red. amm. CDS*, 2007, 11);

altro tipo di formalità amministrativa<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Per l'approfondimento del tema cfr. IANNIELLO, SALICETI, *Le professioni non regolamentate*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AIANI, G.A. BENACCHIO, VI, Giappichelli, Torino, 241, ove si legge testualmente: «il verbo "regolamentare" (...) non deve essere confuso con l'espressione "imporre delle formalità amministrative" che non siano collegate a certificazioni di studi o formazione professionale».

### **§ 1.6 *L'individuazione delle attività non regolamentate e delle loro associazioni rappresentative.***

Non regolamentate sono le attività non espressamente disciplinate né da direttive specifiche né dal d.lgs. 206/2007.

Si pensi, ad esempio, alle attività degli attori, degli stilisti di alta moda, degli analisti e programmatori informatici, dei consulenti aziendali, ecc., e a molte altre attività che è difficile censire, perché si tratta di profili professionali “emergenti” che interessano tutti i settori produttivi più tradizionali e che sono in continua evoluzione<sup>50</sup>. Questa realtà da quasi venti anni è oggetto di particolare attenzione del CNEL, che censisce le associazioni rappresentative delle professioni emergenti dal 1990 e cura l'aggiornamento della relativa banca dati.

Inoltre, una parte di queste associazioni, selezionate in base a determinati requisiti di struttura evinti dalle direttive sul riconoscimento delle qualifiche professionali sono state poi anche inserite, dal 1995, in una Consulta che svolge un ruolo di promozione, di indirizzo e di crescita culturale.

Ciò che è importante sottolineare è che l'inserimento nella banca dati e l'adesione alla consulta delle associazioni non regolamentate non hanno alcuna colorazione pubblicistica e non danno luogo ad alcun tipo di riconoscimento istituzionale.

E infatti, l'autorità della concorrenza e del mercato, ha approfondito questo aspetto, ritenendo pubblicità ingannevole un annuncio pubblicitario dell'associazione liberi amministratori condominiali (ALAC), recante la

---

<sup>50</sup> Risultano pubblicati diversi rapporti di monitoraggio diretti a permettere una migliore conoscenza del fenomeno. Cfr. [www.cnel.it](http://www.cnel.it), sezione Documenti, *Le associazioni rappresentative delle professioni non regolamentate*. I rapporto di monitoraggio, Roma, 1994; *Le associazioni delle professioni non regolamentate*, II rapporto di monitoraggio 27 maggio 1996; *Le associazioni delle professioni non regolamentate*, III rapporto di monitoraggio, 5 febbraio 1998; *Le associazioni delle professioni non regolamentate*, IV rapporto di monitoraggio, 18 maggio 2000; più recentemente *V rapporto di monitoraggio sulle professioni non regolamentate*, Roma, aprile 2005.



dicitura di associazione riconosciuta dal CNEL<sup>51</sup>, per indicare la associazione appartenente alla Consulta, ritenuta, a seguito di una accurata istruttoria<sup>52</sup>, impropria e ingannevole<sup>53</sup>.

Il quadro normativo descritto è recentemente mutato. Infatti, con il d. m. 28 aprile 2008<sup>54</sup>, che ha completato l'attuazione della direttiva sul riconoscimento delle qualifiche professionali, si è dettato un procedimento per l'annotazione «*nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale delle professioni regolamentate per le quali non esistono ordini, albi o collegi, nonché dei servizi non intellettuali e delle professioni non regolamentate*» degli enti di cui all'art. 26 d.lgs. 206/2007<sup>55</sup>.

---

51 Provv. n. 6300 del 31 luglio 1998, PI 1900 A.L.A.C. Amministratori di condomini, in Boll. n. 31/1998.

52 Nelle risultanze istruttorie si legge che «in data 17 marzo 1998, è pervenuta una nota CNEL, nella quale si fa presente che al fine di attribuire una collocazione istituzionale alle associazioni di rappresentanza di tutte le professioni emergenti, che sono attualmente escluse dall'apparato normativo di riconoscimento previsto per l'accesso al sistema professionale italiano, il CNEL, censisce tali associazioni dal 1990. In questo contesto è stata costituita una banca dati, nella quale sono raccolte le caratteristiche organizzative e funzionali di circa duecento associazioni. Ottantacinque di queste (selezionate in base ai principali requisiti di struttura associativa impliciti ed espliciti previsti dalle direttive CEE 89/48 e 92/51:modalità di accesso all'associazione; percorso formativo; rappresentatività; esistenza di norme deontologiche; forme di tutela per l'utenza) sono state altresì inserite in una Consulta delle associazioni delle professioni non regolamentate che opera dal 1995. Tale Consulta ha funzioni di promozione e indirizzo delle associazioni che vi fanno parte e la sua attività persegue il riordino del sistema professionale italiano attraverso una modifica del meccanismo di riconoscimento della attività intellettuali, nonché la crescita culturale del sistema associativo tramite l'organizzazione di forum e di altre occasioni di approfondimento e di confronto dialettico. Con particolare riferimento all'Alac, questa associazione è stata inserita nella citata Consulta il 27 novembre 1997; tuttavia tale inserimento non dà luogo a nessun tipo di riconoscimento per le associazioni, le quali sono tenute da apposite norme di autodisciplina a un comportamento di estrema correttezza, in particolare per quanto riguarda l'uso improprio di associazione appartenente alla Consulta stessa.»

53 Nelle valutazioni conclusive si legge «Dagli accertamenti effettuati nel corso dell'istruttoria è emerso che ALAC è effettivamente stata inserita, in data 27 novembre 1997, nella Consulta delle associazioni delle professioni non regolamentate istituita dal C.N.E.L. Tuttavia, poiché è stato accertato che tale inserimento non dà luogo a nessun tipo di riconoscimento per le associazioni aderenti e che queste sono state dal CNEL addirittura diffidate dall'utilizzo improprio della qualifica di "associazione riconosciuta dal CNEL, si ritiene che il messaggio sia ingannevole e per questo motivo possa pregiudicare il comportamento economico dei consumatori e ledere gli interessi dei concorrenti, in quanto suscettibile di indurre il destinatario dell'inserimento a preferire ALAC proprio in virtù del vantato riconoscimento.»

54 Vedi d.m. 28 aprile 2008, in G.U. 26 maggio 2008, n. 122.

55 L'art. 26 del d.lgs. 206/2007 disciplina le «*Piattaforme comuni*», definite nell'art. 4, punto n) come «*l'insieme dei criteri delle qualifiche professionali in grado di colmare le differenze sostanziali individuate tra i requisiti in materia di formazione esistenti nei vari Stati membri per una determinata professione. Queste differenze sostanziali sono individuate tramite il confronto tra la durata ed i contenuti della formazione in almeno due terzi degli Stati membri, inclusi tutti gli stati membri che regolamentano la professione in questione. Le differenze nei contenuti della formazione possono risultare dalla differenze sostanziali nel campo di applicazione*»

Il decreto in parola è stato attaccato dagli ordini professionali, in quanto, come autorevolmente osservato, «aggirando surrettiziamente tutto il dibattito sulla riforma delle professioni, è stato di fatto previsto un riconoscimento pubblico delle associazioni delle professioni non regolamentate, adducendo a giustificazione la necessità di elaborare regole uniformi in sede europea.»<sup>56</sup>.

Nel decreto menzionato vengono, dunque, individuati i molteplici requisiti che l'associazione deve possedere per poter essere riconosciuta come rappresentativa a livello nazionale<sup>57</sup>. Queste disposizioni possono avere dei

---

*delle attività professionali».*

Si tratta di una novità legislativa comunitaria finalizzata a facilitare la mobilità professionale e mutuata senza alcuna variazione sostanziale nel nostro ordinamento nazionale.

La necessità di individuare i criteri sulla base dei quali valutare la rappresentatività delle associazioni delle professioni regolamentate nell'ipotesi in cui manchino albi, collegi o ordini; delle professioni non regolamentate e delle attività nell'area dei servizi non intellettuali, nasce dall'art. 26, commi 1 e 2, d.lgs. 206/2007, che prevede che sulle ipotesi di piattaforma da sottoporre alla commissione europea ed elaborate secondo il procedimento ivi indicato, vengano sentiti:

a) per le professioni regolamentate: gli ordini i collegi o gli albi, ove esistenti e, in mancanza le associazioni rappresentative sul territorio nazionale;

b) per le professioni non regolamentate in Italia: le associazioni rappresentative sul territorio nazionale;

c) per attività nell'area dei servizi non intellettuali e professioni non regolamentate: le associazioni rappresentative a livello nazionale.

<sup>56</sup> Così G. ALPA, *Relazione inaugurale dell'anno giudiziario presso il C.N.F.*, Roma 12 marzo 2008, in *Rass. Forense*, 2008, 1ss.

<sup>57</sup> I requisiti analiticamente indicati nell'art. 1, comma 1, lett. a-g, del decreto ministeriale sono i seguenti: «a) che l'attività sia svolta in relazione alle professioni regolamentate definite ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a) del decreto legislativo 9 novembre 2007, n.206, e per le quali non siano istituiti ordini, albi, collegi o che l'attività sia svolta nell'ambito dei servizi non intellettuali o in relazione a professioni non regolamentate, che pertanto non rientrano tra quelle di cui all'art. 4, comma 1, lettera a)(...);

b) l'ente sia stato costituito per atto pubblico o scrittura privata autenticata ovvero mediante scrittura privata registrata;

c) il relativo statuto assicuri: 1) la finalità dell'ente sia la tutela della specifica attività svolta dai professionisti o esercenti arti o mestieri; 2) garanzie di democraticità sia per il funzionamento degli organismi deliberativi, sia per il conferimento delle cariche sociali, anche attraverso la previsione della durata degli incarichi e di un limite alla reiterazione, sia per la prevenzione di situazioni di conflitto di interessi o di incompatibilità; 3) la necessaria trasparenza degli assetti organizzativi; 4) una struttura adeguata all'effettivo raggiungimento delle finalità dell'associazione; 5) la partecipazione all'associazione soltanto di chi abbia conseguito titoli professionali nello svolgimento della attività o abbia una conseguito una scolarizzazione adeguata rispetto alle attività professionali oggetto della associazione; 6) l'assenza di scopo di lucro; 7) l'obbligo degli appartenenti di procedere all'aggiornamento professionale costante e la predisposizione di strumenti idonei ad accertare l'effettivo assolvimento di tale obbligo; d) l'elenco degli iscritti sia tenuto e annualmente aggiornato, lo statuto, le principali delibere relative alle elezioni ed alla individuazione dei titolari delle cariche sociali, il codice deontologico nonché il bilancio siano adeguatamente pubblicizzati e sia previsto l'obbligo di versamento diretto all'associazione delle quote associative da parte degli iscritti;

e) l'ente abbia adottato un codice deontologico che preveda sanzioni graduate in relazione alle violazioni poste in essere; l'organo preposto alla adozione dei provvedimenti disciplinari sia dotato della necessaria autonomia; sia

risvolti positivi in tema di pratiche commerciali scorrette in quanto offrono utili elementi di selezione in una realtà molto eterogenea, da utilizzare per esempio per meglio interpretare e applicare le disposizioni in tema di autoregolamentazione e autodisciplina.

Le associazioni autoregolamentate e le professioni non regolamentate sono al centro di un recentissimo caso che consente di fare delle precisazioni che possono estendersi alla generalità delle associazioni non riconosciute, delle professioni non regolamentate e della formazione richiesta da queste ai propri iscritti o a coloro che aspirano a farne parte. Il provvedimento riguarda messaggi pubblicitari volti a promuovere dei corsi di formazione dell'ISFAR per l'esercizio delle professioni di pedagogista clinico, pedagogista, reflector, psicomotricista funzionale e mediatore relazionale, e anche le specializzazioni in psicomotricità in acqua, disegno onirico e psicodramma olistico<sup>58</sup>, ritenuti ingannevoli poiché prospettano come requisito necessario per lo svolgimento delle menzionate professioni la formazione pubblicizzata<sup>59</sup>.

Si evidenzia che «l'esercizio dell'attività di pedagogista clinico non risulta condizionato al possesso di un titolo ufficiale che abiliti alla suddetta professione;(...) l'adesione all'ANPEC è volontaria e non obbligatoria per chi intenda svolgere la professione. L'albo cui si fa riferimento nel messaggio ha natura privatistica, e consiste in un registro nel quale sono riportati i nominativi dei soci che operano nel settore della pedagogia clinica.(...)la

---

*assicurato il diritto di difesa nel procedimento disciplinare;*

*f) l'associazione, tenuto conto della particolarità della professione o della attività svolta nell'area dei servizi non intellettuali e salvo il caso, di professioni, arti o mestieri, con radicamento esclusivamente locale, sia diffusa su tutto il territorio dello stato con proprie articolazioni;*

*g) i legali rappresentanti, amministratori o promotori non abbiano subito sentenze di condanna passate in giudicato in relazione all'attività dell'ente».*

<sup>58</sup> Prov. n. 17813 del 27 dicembre 2007, PI 6159 ISFAR – Post – Università delle professioni, in Boll. 49/2007.

<sup>59</sup> «L'affermazione (...) “titolo per l'iscrizione all'albo professionale di pedagogista clinico”, riferita al risultato conseguibile al termine del corso, per il contesto in cui è inserita lascia intendere che esso sia un prerequisito necessario per essere in possesso di una specifica abilitazione e che a tal fine sia stato predisposto il corso pubblicizzato».

qualifica conseguita a seguito del corso di formazione pubblicizzato, non consente di essere socio ANPEC e quindi di essere inserito nel registro denominato "Albo", ma fornisce esclusivamente i requisiti di formazione necessari per poter presentare domanda di ammissione all'esame di idoneità previsto(...)).».

Quanto detto si pone in linea di continuità con gli orientamenti della la Corte di giustizia che negli anni, ha avuto diverse occasioni di precisare che il carattere regolamentato o meno di una professione attiene alla situazione giuridica esistente nello Stato membro ospitante e non ad altri fattori<sup>60</sup>.

---

60 Corte giust., 1 febbraio 1996, C-164/94 (*Georgios Aranitis c. Land Berlin*), in *Racc.*, 1996, I, 135 ss. In particolare, nel caso "Aranitis" del 1996 (in cui un cittadino greco, in possesso del diploma di geologo, per svolgere la stessa attività professionale in Germania chiese alle autorità il riconoscimento del titolo di «*Diplom-Geologe*» ma senza successo, in quanto la professione di geologo non risultava regolamentata, anche se, di fatto, solo coloro in possesso del titolo menzionato potevano accedere al mercato del lavoro), la Corte precisò che: «La questione se una professione sia regolamentata dipende dalla situazione giuridica esistente nello Stato membro ospitante e non dalle condizioni di lavoro in detto Stato membro».

**§ 1.7 Le professioni intellettuali, libere o protette e la definizione di professione regolamentata in materia di pratiche commerciali scorrette.**

Nell'art. 18, comma 1, lett. n), il legislatore utilizza proprio il concetto generale e ampio di professione regolamentata in senso comunitario che – con riferimento al settore delle attività professionali di difficile classificazione – consente di creare una base definitoria comune, non più limitatamente ai sistemi di formazione professionale ma anche in relazione alla tutela dei consumatori (nella specifica materia delle pratiche commerciali scorrette), arricchendo con nuovi significati il termine “professione”.

Confrontando la definizione di derivazione comunitaria con le espressioni polisense usate nel nostro ordinamento (professioni protette, professioni liberali e professioni intellettuali), si evince che la definizione di professione regolamentata di cui al nuovo art. 18, comma 1, lett. n), cod. cons., non ne costituisce l'equivalente e non si esaurisce in queste. Difatti, con riguardo all'utilizzo nel nostro ordinamento delle suindicate espressioni, si osserva quanto segue.

L'art. 33, comma 5, Cost. contiene una definizione di professione apparentemente “ristretta” poiché, prevedendo un esame di stato per l'abilitazione all'esercizio professionale, sembra riferirsi alle sole professioni intellettuali<sup>61</sup>. La previsione costituzionale dell'obbligo di superare un esame di Stato per tutti coloro che intendano svolgere la “professione” serve a garantirne il possesso dell'attitudine, delle capacità tecniche indispensabili e delle cognizioni necessarie e pertanto, come rilevato in dottrina, rappresenta un mezzo rispetto al fine della tutela dell'affidamento che la collettività e il

---

<sup>61</sup> MELUSI F., *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente o «quasi vigente»*, in *Rass. Forense*, 2005, 1101ss. Con riferimento ai profili pubblicistici, sul dibattito riguardante la potestà concorrente tra Stato e Regioni in materia di professioni, vedi Corte cost., 24 ottobre-3 novembre 2005, n. 405, cit.

singolo ripone in coloro che offrono prestazioni intellettuali<sup>62</sup>.

Le professioni intellettuali - come categoria generale - sono disciplinate nel codice civile al Capo II, Titolo III, del Libro V, rubricato « *Delle professioni intellettuali*», con gli art. 2229 e ss. che però non ne detta una definizione<sup>63</sup>.

Come si intuisce già dalla suddetta rubrica, gli elementi caratterizzanti la nozione civilistica in esame sono per un verso, il concetto di professione o professionalità e per l'altro, quello di intellettualità.

Tuttavia il primo, non appare decisivo sul piano definitorio in quanto è un concetto che ha una polivalenza di significati, come già posto in evidenza nell'individuare gli elementi costitutivi della definizione comunitaria di professione regolamentata. Rimane, quale elemento di maggiore rilevanza, quello dell'intellettualità come suggerisce il tenore testuale degli artt. 2229, 2230, 2238 cod. civ., ove l'aggettivo "intellettuale" accompagna il sostantivo "professione" e anche la locuzione "prestazione d'opera"<sup>64</sup>. La dottrina ha affrontato il problema di come distinguere l'intellettualità propria delle professioni di cui all'art. 2229 e ss. cod. civ. da quella presente in varia misura in tutte le altre attività lavorative per attribuirvi rilievo discrezionale nella identificazione delle professioni in esame<sup>65</sup>.

La soluzione interpretativa cui sembra pervenuta è che l'intellettualità assume valore decisivo sul piano della qualificazione delle professioni in

---

62 G. DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003. cfr. Corte costituzionale 15 marzo 1972, n.43, in *Giur. Cost.*, 1972, I, 153, la quale ha distinto sulla base dell'art. 33, 5 comma l'esercizio privato dall'esercizio pubblico delle professioni.

63 Dal punto di vista sistematico la collocazione della disciplina delle professioni intellettuali nel titolo terzo dedicato al lavoro autonomo e composto di soli due capi, il primo contenente le disposizioni generali e il secondo le professioni intellettuali, ha consentito alla dottrina di considerarle una specie del genere lavoro autonomo. Ciò nonostante è stato necessario segnare una linea di demarcazione tra professione intellettuale e impresa.

64 Il termine "intellettualità" etimologicamente, deriva da "intelligere" ed indica la facoltà dell'uomo di intendere e coordinare le idee, le rappresentazioni e i loro rapporti, ma si riferisce anche ai concetti di intuito, immaginazione, sentimento. In ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, ed. XII, Zanichelli, (a cura di) M. Dogliotti e L. Rosiello), 1995.

65 Lo stesso sforzo ermeneutico è stato condotto per differenziare il contratto d'opera dal quello d'opera intellettuale. Secondo questa dottrina il rischio del risultato non sopportato dal professionista intellettuale, discrezionalità e personalità sono aspetti della disciplina ma non della fattispecie.

esame quando “non è meramente «interna» al soggetto che svolge l'attività e preliminare rispetto al servizio offerto, ma si concreta direttamente nella prestazione fornita al cliente e per la quale il professionista è responsabile; cioè quando oggetto del rapporto con il cliente è proprio il «servizio intellettuale»<sup>66</sup>. Nel caso in cui una professione si componga di più attività di natura tecnica, intellettuale e manuale, il criterio suggerito in dottrina e applicato nella giurisprudenza è quello della prevalenza del momento intellettuale, criterio che però non si presenta privo di incertezze nel concreto.

Alcuni Autori soggiungono che l'intellettualità deve essere valutata anche tenendo conto della tradizione storica, dell'ambiente sociale in cui le professioni sono nate<sup>67</sup> e della funzione sociale ad esse attribuita.

La relazione ministeriale al codice civile ( n. 919), nell'individuare i criteri che distinguono la prestazione d'opera intellettuale, chiarisce che, non essendo sufficiente il criterio della intellettualità, occorre che «la prestazione stessa si attui nell'esercizio di una professione», senza di che il rapporto sarà regolato nel titolo II se fa capo ad un'impresa o altrimenti nel titolo IV, capo I. Secondo Carlo Lega, “il riferimento all'esercizio di una professione non va inteso come generico rinvio al criterio della professionalità, ma ha riguardo all'esercizio di una delle professioni che il legislatore, ai sensi dell'art. 2229, ha disciplinato col sistema dell'iscrizione obbligatoria nell'albo. Pertanto bisognerà tener conto della professione e della particolare struttura del suo ordinamento”<sup>68</sup>.

---

66 IBBA C., *La categoria «professione intellettuale»*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 17. Concordano GALGANO F., *L'imprenditore, Trattato di diritto commerciale*, ed in giurisprudenza ex plurimis Cass., 11 aprile 1983, n. 2542, in *Giur.it.*, 1983, I, 1, c. 1240.

67 LEGA C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1974, 501 e anche 539-540, sui criteri che distinguono la prestazione d'opera intellettuale.

68 ID, *ibidem*, 501; cfr. SANTORO-PASSARELLI F. voce Professioni intellettuali in *Novissimo digesto*

L'art. 2229 cod. civ. rubricato “Esercizio delle professioni intellettuali” che, al primo comma, prevede una riserva di legge per la determinazione di quelle professioni intellettuali, tra le tante professioni intellettuali esistenti, il cui legittimo esercizio è subordinato all'iscrizione in nell'albo, lascia intendere che accanto a questo tipo di attività intellettuali, sottoposte ad una disciplina legislativa limitativa in ragione della funzione sociale cui adempiono e della esigenza di tutelare l'affidamento della collettività, denominate in dottrina professioni “protette”<sup>69</sup> o “regolate” o “riconosciute”, ve ne siano altre, caratterizzate dall'effettuazione di prestazioni d'opera intellettuale, il cui esercizio è libero. Così può dirsi anche con riferimento alla previsione dell'art. 2231 cod. civ. che, al primo comma, prevede che quando l'esercizio dell'attività professionale è condizionato all'iscrizione in appositi albi o elenchi, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione”.

La mancata iscrizione ad appositi albi determina il difetto di legittimazione all'esercizio della professione e anche del diritto di far valere i diritti di natura patrimoniale che ne discendono<sup>70</sup>.

Per professione protetta o liberale s'intende lo svolgimento di una attività lavorativa di natura tecnico-intellettuale, effettuata normalmente in regime di autonomia, subordinata all'iscrizione in un albo a norma della legge professionale, che determina l'inserimento dell'iscritto in un gruppo professionale, ordine o collegio, facendogli conseguire un particolare *status*

---

italiano, 24.

<sup>69</sup> GALGANO, *Le società di persone*, Milano, 1972, 25.

<sup>70</sup> P. PIRAS, *Gli albi professionali*, 79ss. Svolge due funzioni: una funzione interna quale fatto di legittimazione per lo svolgimento di determinate attività in quanto individua (...) i soggetti destinatari della situazione di monopolio relativa all'esercizio della professione una esterna quale “documento ostensibile al pubblico (...) facente prova esclusiva ad ogni effetto di legge, dell'iscrizione in esso del professionista e della sussistenza dei requisiti richiesti per l'esercizio professionale”, 84. Sul piano del contratto ne determina la nullità per il combinato disposto degli artt. 1418 e 2229 cod.civ. L'atto di iscrizione all'albo è un atto amministrativo, 88.



giuridico<sup>71</sup>.

Ed, invero, l'art. 2229 cod. civ. attribuisce alle associazioni professionali sotto la vigilanza dello Stato, il potere disciplinare sugli iscritti, l'accertamento dei requisiti per l'iscrizione negli albi e la tenuta degli stessi e le leggi professionali, hanno predisposto le linee di una organizzazione delle professioni da un punto di vista pubblicistico. Si tratta di uno schema normativo che prevede la tutela di interessi generali, settoriali e individuali fra di loro interferenti. In questa disciplina l'esigenza di tutela riguarda anche il creditore del lavoro, in funzione di un interesse generale<sup>72</sup>.

Giova osservare che le espressioni “professione intellettuale” e “libera professione”, a volte utilizzate come sinonimi, in realtà, non sono completamente coincidenti<sup>73</sup>: la libera professione è compresa nell’ambito delle professioni intellettuali, ma non si può dire il contrario, ossia che tutte le professioni intellettuali siano libere professioni. Inoltre, «la professione intellettuale si caratterizza in funzione della natura dell’attività prestata dal lavoratore, indipendentemente da quella assenza di vincoli di subordinazione che, invece distingue il libero professionista»<sup>74</sup>. Quindi la

---

71 Cfr. LEGA C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1974, 108. TACCHI, voce *Professioni*. I) *Professioni, arti e mestieri (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 5, sottolinea che la legge professionale impone che l’iscritto all’albo, entrato a fare parte del gruppo professionale, sia, per ciò stesso, tenuto al rispetto delle regole di natura deontologica su cui vigila lo stesso ente.

72 Dal tenore testuale dell'art. 2230 cod. civ. che recita: “il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali”, emerge la mescolanza di interessi pubblici e privati che caratterizzano l'attività professionale e originano la continua interferenza tra la disciplina pubblicistica e quella privatistica delle professioni. La figura di libero professionista è giuridicamente complessa a causa della posizione che essa assume non solo verso il cliente, ma anche verso l'ente professionale e lo Stato. Il professionista è al contempo membro della comunità professionale alla quale appartiene e del più vasto gruppo sociale entro il quale svolge la sua vita di relazione e anche la sua professione.

73 MASUCCI T., *Le professioni protette. L'associazione tra professionisti*, in *Trattato di diritto privato europeo a cura di N. Lipari, II ed., I, Cedam, Padova, 2003, 8 ss.*; TACCHI, voce *Professioni*. I) *Professioni, arti e mestieri (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991., 1 ss.

74 ANASTASI, voce *Professioni*. IV) *Professioni intellettuali e subordinazione (dir. lav)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, 3, «Il riconoscimento del carattere intellettuale di una professione è implicito per quelle professioni per il cui esercizio è necessaria l’iscrizione in appositi albi o elenchi(in

locuzione “professione intellettuale utilizzata nel codice civile fa riferimento alla “attività intellettuale esplicata in regime di autonomia”<sup>75</sup>.

Certamente rientrano tra le professioni regolamentate in senso comunitario le libere professioni<sup>76</sup> e svariate altre professioni intellettuali, il cui esercizio è subordinato al possesso di una qualifica professionale nel senso già chiarito.

Da quanto esposto si può concludere che nel nostro ordinamento per professione regolamentata si intendono le professioni intellettuali protette o ordinistiche; mentre la categoria delle professioni regolamentate nella accezione comunitaria si estende fino a comprendere tutte le professioni intellettuali per le quali è prevista una qualifica, senza necessità di iscrizione ad un albo o di appartenere ad un ordine o collegio.

Dunque, le professioni intellettuali regolamentate sono quelle disciplinate da norme emanate dallo Stato, che in materia si è riservata una competenza, difesa più volte nei confronti delle Regioni<sup>77</sup>, quando esse hanno tentato di

---

una parola le libere professioni); ciò tuttavia non esclude che, in via di principio, si possano configurare altre professioni (intellettuali) per le quali non è (o non è stata ancora) prevista un'organizzazione professionale di stampo pubblicistico e per la cui qualificazione occorre esaminare in concreto la natura della relativa attività. Il concetto di professione intellettuale, peraltro pur con i margini di arbitrarietà che l'espressione mantiene, rientra nella categoria del lavoro autonomo ma in essa non si esaurisce». Conseguentemente, il concetto di professione intellettuale si adatta sia alla categoria del lavoro autonomo sia a quella del lavoro subordinato ma si applicheranno i diversi regimi giuridici.

<sup>75</sup> IBBA C., *La categoria «professione intellettuale»*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 25-26.

<sup>76</sup> Cfr. il *considerando* n. 43 della direttiva 2005/36/CE del 7 settembre 2005, ove si stabilisce: «Nella misura in cui si tratta di professioni regolamentate la presente direttiva riguarda anche le professioni liberali (...) praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali in modo personale, responsabile, e professionalmente indipendente da parte di coloro che forniscono servizi intellettuali e di concetto negli interessi dei clienti e del pubblico. L'esercizio della professione negli stati membri può essere oggetto, a norma del trattato, di specifici limiti legali sulla base della legislazione nazionale e sulle disposizioni di legge stabilite autonomamente, nell'ambito di tale contesto, dai rispettivi organismi professionali rappresentativi, salvaguardando e sviluppando la loro professionalità e la qualità del servizio e la riservatezza dei rapporti con i clienti».

<sup>77</sup> MELUSI F., *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente o «quasi vigente»*, in *Rass. Forense*, 2005, 1101 ss. Con riferimento ai profili pubblicistici si evidenzia il dibattito riguardante la potestà concorrente tra Stato e Regioni in materia di professioni. Si veda a riguardo Corte Cost., 24 ottobre - 3 novembre 2005, 405 in *Rass. Forense*, n. 3-4, 2005, COLAVITTI G., *Gli interessi sottesi all'ordinamento delle professioni libere: il caso della legge toscana (nota a Corte cost., 24 ottobre-3 novembre 2005, 405)*, in *Rass. Forense*, 3-4, 2005, 1317 ss. La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Toscana 28 settembre 2004, n. 50 (Disposizioni regionali in materia di libere professioni intellettuali) per violazione degli artt. 33 e 117 Cost., i quali,

legiferare, posto che gli ordini: 1) si configurano come enti pubblici nazionali, cioè persone giuridiche svolgenti funzioni di vigilanza nell'intero territorio nazionale sull'esercizio delle professioni, cui si accede previo esame di Stato; 2) costituiscono, quindi, articolazioni dell'ordine nazionale, al fine della più fedele rappresentanza della distribuzione territoriale dei professionisti iscritti; mentre i singoli ordini e collegi hanno possibilità di autoregolamentazione, specie in materia di deontologia, ferma restando la tutela giurisdizionale del professionista contro le decisioni di natura disciplinare<sup>78</sup>.

Gli ordini e i collegi professionali sono enti associativi ad appartenenza necessaria, voluti dall'ordinamento generale proprio per garantire la tutela dell'interesse pubblico collegato all'esercizio della professione. D'altra parte la costituzione di una siffatta "comunità necessaria", garantisce anche la tutela dell'interesse particolare del singolo professionista, iscritto all'albo ad essere l'unico legittimato all'esercizio di quella particolare attività

---

per l'appunto, riservano allo Stato la competenza esclusiva in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali. La legge regionale prevede la costituzione obbligatoria di coordinamenti regionali da parte di ordini e collegi che siano «strutture operative degli ordini dotate di autonomia organizzativa e finanziaria». La Corte costituzionale riconosce agli ordini e collegi la natura di enti pubblici nazionali per gli interessi pubblici tutelati, e infatti, afferma che: «La vigente normazione riguardante gli ordini e i collegi risponde all'esigenza di tutelare un rilevante interesse pubblico la cui unitaria salvaguardia richiede che sia lo stato a prevedere specifici requisiti di accesso e ad istituire appositi enti pubblici ad appartenenza necessaria, cui affidare il compito di curare la tenuta degli albi nonché di controllare il possesso e la permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirino ad iscriversi. Ciò è infatti, finalizzato a garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività.

Dalla dimensione nazionale - e non locale - dell'interesse sotteso e dalla sua infrazionabilità deriva che ad essere implicata sia la materia «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», che l'art. 117, 2° comma, lett. g), cost. riserva alla competenza esclusiva dello Stato, piuttosto che la materia delle «professioni» di cui al 3° comma del medesimo art. 117 cost.(...). L'art. 117, 3 comma, cost., invero attribuisce alle regioni la competenza a disciplinare - nei limiti dei principi fondamentali in materia e della competenza statale all'individuazione delle professioni (sentenze 355/2005, 319/2005 e 353/2003)- tanto le professioni per il cui esercizio non è prevista l'iscrizione in un albo o collegio, quanto le altre, per le quali detta iscrizione è prevista, peraltro limitatamente ai profili non attinenti all'organizzazione degli ordini e collegi».

<sup>78</sup> Corte cost., 28 dicembre 2006, n.4 49 in *Diritto & Giustizia*, 2007 e Cons. Stato, sez. Atti normativi, 13 giugno 2005, n. 1641, in *Foro amm. CDS*, 2005, 6, 1884: «Ex art. 117, comma 2, lett. g), Cost., sussiste la potestà regolamentare statale in materia di disciplina degli ordini professionali dei dottori agronomi e dottori forestali, degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori, degli assistenti sociali, degli attuari, dei biologi, dei chimici, dei geologi e degli ingegneri.

professionale<sup>79</sup>.

La definizione di professione regolamentata, a livello applicativo, acquista notevole rilevanza, proprio per il numero di figure professionali che comprende e per la complessità e delicatezza della normativa, in base alla quale si riconosce il carattere regolamentato di una professione.

---

<sup>79</sup> PIRAS PAOLA, *I gruppi professionali nel diritto pubblico*, in in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 68ss.; Inoltre, cfr. C LEGA, *op. cit.*, 549. L'Autore evidenzia che :«L'attuazione del monopolio professionale attribuisce al gruppo dei professionisti iscritti il carattere di gruppo sociale chiuso, ma poiché alla sua base sta un interesse generale, non può dirsi che sia la posizione monopolistica del gruppo a postularne la necessità, ma, al contrario, è la funzione sociale della professione che, sollecitando l'interesse generale, ha determinato il legislatore a instaurare la disciplina di cui trattasi».

**§ 1.8 Prime ricadute del metodo seguito dal legislatore con particolare riguardo alle singole professioni, nei provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.**

L'esame della riferita definizione, sia in positivo, con riferimento alle attività professionali che comprende, sia in negativo, con riferimento a quelle attività professionali che possono qualificarsi "non regolamentate", è condizione preliminare per comprendere se nel settore in esame vi siano o meno gli spazi e le ragioni per una disciplina che diverga dalle regole generali in materia di pratiche commerciali scorrette. Lo schema normativo, professione regolamentata, non è nuovo al nostro ordinamento, e viene richiamato sia nei diversi provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sia nella nostra giurisprudenza con riferimento in particolare alle questioni relative all'accesso alle singole professioni e ai requisiti necessari per il relativo esame di abilitazione, nonché con riferimento a ordini collegi, e albi professionali<sup>80</sup>.

La casistica è ricca in ordine alla valutazione dei titoli di studio richiesti per l'iscrizione diretta ad ordini o collegi o per l'ammissione all'esame di abilitazione<sup>81</sup>.

---

80 "La vigente normazione riguardante gli Ordini e i Collegi risponde infatti all'esigenza di tutelare un rilevante interesse pubblico la cui unitaria salvaguardia richiede che sia lo Stato a prevedere specifici requisiti di accesso e ad istituire appositi enti pubblici ad appartenenza necessaria, cui affidare il compito di curare la tenuta degli albi nonché di controllare il possesso e la permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirino ad iscriversi a garanzia del corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività." (Corte cost., 3 novembre 2005, n. 405, in *Giur. cost.*, 2005, 6; conf. Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 1996, n. 929, in *Foro Amm.*, 1996, 2302). citata in nota 13, 106 C. MAZZU<sup>1</sup>, *sub art. 18, comma 1, lett. n)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit.

81 Con riferimento alla casistica giurisprudenziale sulle singole professioni cfr. C. MAZZU<sup>1</sup>, *sub art. 18, comma 1, lett. n)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit., 106-108, che porta gli esempi di ingegneri per cui "in base all'art. 7 d.P.R. 31 gennaio 1960 n.53, al d.m. 9 settembre 1957 ad alle l. 11 dicembre 1969 n. 910 e 30 novembre 1970 n. 924, possano essere ammessi all'esame di Stato per l'accesso alla professione di ingegneri laureati con differenti "curricula" di esami" ( T.A.R. Lazio, sez.I, 22 giugno 1989, n.867 in *Foro Amm.*,1990, 714 ) e anche gli psicologi e i psicoterapeuti; pedicuristi e podologi;biologi, ostetriche; dottori commercialisti, cui sono ammessi anche i laureati in scienze politiche, previo esame di abilitazione.

Diversi provvedimenti della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato resi, in applicazione della disciplina di nuova introduzione e anche della previgente disciplina in materia di pubblicità ingannevole, forniscono – indirettamente – conferma delle ricadute della definizione normativa in esame nel nostro ordinamento. Nei diversi casi l’Autorità ha valutato i profili di ingannevolezza delle informazioni fornite e da ultimo anche l’omissione di adeguate precisazioni riguardanti le caratteristiche dell’attività del professionista quale, in particolare, la qualifica dell’operatore pubblicitario, nonché la natura giuridica dei titoli oggetto della pubblicità, i risultati ottenibili utilizzando le presunte caratteristiche dei titoli universitari o diplomi al fine di accedere o esercitare una data professione regolamentata non solo in Italia ma in tutti gli Stati membri<sup>82</sup>.

Per esempio, l’Autorità ha sanzionato un Istituto di formazione<sup>83</sup> per pratica commerciale scorretta ingannevole e omissiva ai sensi degli artt. 21 e 22 cod. cons. integrata da un messaggio promozionale diffuso a mezzo internet poichè ometteva di precisare che il titolo estero conseguito al termine del “corso di laurea a tempo pieno in osteopatia” non può ottenere in Italia alcun riconoscimento per l’accesso o l’esercizio di una professione ai sensi del d.lgs 206/2007 in quanto l’osteopatia in Italia non è una professione sanitaria e non esiste alcuna regolamentazione a riguardo.

In assenza di chiare specificazioni circa la validità in Italia del titolo in questione, il termine “laurea” richiama evidentemente nei destinatari fattispecie assimilabili ai titoli accademici rilasciati dalle università per il fine

---

82 F. BASSAN, *sub art. 21*, in *Codice del Consumo. Commentario* a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Esi, Napoli, 2005 212 ss.; si tratta di fattispecie che nel contesto della nuova disciplina in materia di pratiche commerciali rientrerebbero, per esempio, nella previsione dell’art. 21, lett. f), cod. cons., ove si considerano ingannevoli le pratiche commerciali che inducano in errore il consumatore 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 premi ad i riconoscimenti*». Sul punto, DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali*, 31 e note 49, 50.

83 Provv. n. 19542 del 19 febbraio 2009 – PS2142 *Isoi-Corso di Laurea in osteopatia* – in Boll. n. 7/2009

dell'esercizio delle professioni sanitarie. L'unico riferimento alla mancata regolamentazione della professione si rileva dalla sezione "Osteopatia" del sito dove, in fondo alla pagina, si legge che: "...In Italia l'Osteopatia è presente da 25 anni ed è un settore professionale in fase di crescita, così come la richiesta di osteopati qualificati. E' una disciplina ancora in via di riconoscimento da parte dello Stato Italiano." Tuttavia, tale precisazione non appare sufficiente per rimuovere i profili di ingannevolezza del messaggio complessivamente diffuso attraverso Internet.

Anche in un altro recente caso<sup>84</sup>, riguardante la professione di "counselor in discipline psicologiche empiriche", l'Autorità antitrust ha valutato ingannevole l'utilizzo improprio della denominazione "università" senza altre precisazioni<sup>85</sup>, posto che il professionista in questione è un'associazione culturale; sia la dicitura "titolo professionalizzante", che lungi dal fare chiarezza sulla natura del titolo rafforza l'erroneo convincimento che questo una volta conseguito possa consentire l'iscrizione automatica ad un albo professionale e lo svolgimento di una professione riconosciuta.

Con riferimento alla specifica questione dell'accesso alla libera professione per i detentori dei diplomi di "consulente di psicologia"<sup>86</sup> e di "terapista di naturopatia", l'Autorità rileva che, allo stato attuale in ambito nazionale, le suindicate figure professionali non risultano esistenti e i titoli menzionati non sono provvisti di riconoscimento legale.

Le relative funzioni del consulente di psicologia sono riconducibili alla attività professionale di "psicologo", per il cui esercizio, trattandosi di una

---

84 Provv. n. 19930 del 4 giugno 2009, PS 2535 *Libera Università Michel Hardy*, in Boll. n. 22/2009.

85 Come ribadito dal suo consolidato orientamento, recentemente confermato anche dal giudice amministrativo (Tar Lazio, sez. I, sentenza n. 7118/2008).

86 Si veda, provv. n. 4874 del 10 aprile 1997, PI 1114 *W.A. Corso di psicologia*, in Boll. 15/1997. A tal proposito, viene considerata pubblicità ingannevole il messaggio pubblicitario che lascia intendere ai destinatari che la W. A. sia un istituto autorizzato a rilasciare, al termine dei corsi reclamizzati, titoli riconosciuti in ambito nazionale ed europeo e abilitanti al libero esercizio delle relative attività professionali nel settore scientifico cui si riferiscono. Nelle valutazioni conclusive l'Autorità evidenzia che «l'istituto di cui trattasi non risulta compreso nell'elenco aggiornato degli istituti ai quali il Ministero ha concesso l'attivazione dei "corsi di formazione" reclamizzati».

professione regolamentata, è necessario il possesso del diploma di laurea e l'iscrizione all'albo professionale, previo superamento di un esame di Stato.

Nel caso in esame, l'Autorità considera anche l'ipotesi che i titoli menzionati siano conseguiti non in Italia ma in un altro Stato membro e giunge comunque a considerare ingannevole l'affermazione che «il diploma di specializzazione consente l'accesso alla libera professione in tutti gli Stati membri».

Per valutare la possibilità di esercitare la professione di “consulente di psicologia” e “terapista di neuropatia”, richiama la direttiva 89/48/CEE che, difatti, prevede il riconoscimento in Italia di titoli rilasciati da un Paese membro della Comunità europea attestanti una formazione professionale al cui possesso la legislazione del medesimo Stato subordina l'esercizio di una professione, ma presuppone, ai fini di tale ipotetico riconoscimento, l'effettiva esistenza in Italia di una professione corrispondente a quella cui si è abilitati nel Paese di provenienza.

L'Autorità inoltre, per indicare la «valenza strettamente culturale» dei diplomi in argomento, ritiene «non esauriente» la precisazione «laddove non diversamente regolamentato», considerato che la stessa, per la sua genericità, non apporta alcuna ulteriore e decisiva informazione ai destinatari del relativo messaggio pubblicitario<sup>87</sup>.

Molto significativo, ai fini dell'indagine che si conduce, è il caso relativo ad una professione di psicoterapeuta<sup>88</sup>, chiaramente sintetizzato nella

---

<sup>87</sup> Nel caso di specie, la categoria di consumatori rispetto alla quale i messaggi potevano recare pregiudizio è individuata nei medici e nei laureati in medicina od in psicologia interessati ad acquisire quella specifica specializzazione, e anche nei possessori di diploma di scuole medie superiori «suggestionati dalla prospettiva di poter svolgere “in tutti gli Stati europei” una vera e propria “professione”». Si tratta di consumatori che, nonostante il livello di preparazione, non possono comunque ritenersi, sotto il profilo pubblicitario, non influenzabili.

<sup>88</sup> Con riguardo alla differenza tra le professioni di psicologo e psicoterapeuta anche ai fini dell'accesso alla specializzazione di psicologo, ai sensi degli artt. 1, 2 e 35 l. 18 febbraio 1989, n. 56, sussiste differenza con l'esercizio della professione di psicoterapeuta. Cass. Pen., sez. VI, 29 ottobre 2007, n.46067 in *Guida al diritto* 2008, 4, 90); (T.A.R. Lazio Roma, sez.III, 19 settembre 2006, n.8780 in *Foro amm. TAR*, 2006, 9, 2927.



dichiarazione rettificativa di cui è stata ordinata la pubblicazione dall’Autorità: «Université Européenne Jean Monnet A.I.S.B.L ha diffuso messaggi ritenuti dall’Autorità pubblicità ingannevole, coi quali venivano pubblicizzati i corsi della Scuola di Specializzazione in Psicoterapia Analitica della Université Européenne Jean Monnet di Vicenza. I messaggi facevano credere che i destinatari, frequentati i corsi della Scuola di Specializzazione in Psicoterapia Analitica della Université Européenne Jean Monnet di Vicenza e conseguiti i relativi diplomi, potessero liberamente esercitare la professione di psicoterapeuta in Italia, senza adempimenti ulteriori. In realtà la Scuola non risulta autorizzata in Italia a rilasciare diplomi di specializzazione in psicoterapia. Inoltre, il messaggio omette di specificare come, ai fini dell'esercizio di detta attività, sia necessario il riconoscimento del titolo da parte delle competenti autorità amministrative, ovvero l’iscrizione all’Ordine degli Psicologi o all’Ordine dei Medici ed Odontoiatri»<sup>89</sup>.

L’Autorità si è interessata della professione di traduttore e interprete<sup>90</sup> non regolamentata nel nostro ordinamento, in quanto il suo esercizio non è subordinato per legge al possesso di apposito diploma<sup>91</sup>. Anche in tema di

---

89 I messaggi in argomento sono stati diffusi, tramite comunicazioni inviate via posta agli iscritti al Consiglio Regionale dell’Ordine degli Psicologi e a laureati in psicologia nell’ambito della Regione Veneto (prov. n. 6939 del 25 febbraio 1999, PI 2250, *Université Européenne Jean Monnet*, in Boll. 8/199). Nelle risultanze istruttorie si pone in evidenza che la fonte della regolamentazione della suddetta attività è da rinvenire nella l. 18 febbraio 1989, n. 56, recante «*ordinamento della professione di psicologo*» ai sensi della quale l’esercizio dell’attività in argomento è subordinato ad una specifica formazione professionale da acquisirsi, dopo il conseguimento della laurea in psicologia o in medicina e chirurgia, e il conseguimento dell’abilitazione in psicologia mediante l’esame di Stato. Inoltre, è richiesta l’iscrizione all’ordine degli psicologi o all’ordine dei medici e odontoiatri. L’Autorità ha ritenuto che il messaggio pubblicitario fosse omissivo «nella misura in cui, richiamando il disposto della direttiva 89/48/CEE, non avverte il destinatario della necessità di chiedere il riconoscimento del titolo, presso le autorità amministrative competenti, al fine di accedere all’esercizio della professione interessata».

90 Prov. n. 4483 del 5 dicembre 1996, PI 1054 *Scuola Superiore interpreti e traduttori di Torino*, in Boll. 49/1996.

91 Il messaggio contenuto in un volantino lasciava intendere ai destinatari che la “Scuola Superiore per Interpreti e Traduttori Vittoria” fosse riconosciuta dal Ministero dell’Università e della Ricerca Scientifica, e, tra l’altro, che rilasciava “Diplomi Universitari Interpreti traduttori” aventi valore legale in Italia, riconosciuti a livello europeo e abilitanti all’esercizio della professione. Nelle valutazioni conclusive l’Autorità afferma che: « (...) nella valutazione dell’impatto pubblicitario ha rilevanza decisiva il confronto tra profili formali e percezione del messaggio da parte dei destinatari. Così, ove il messaggio lasci intendere che sussista una definitiva qualificazione come Diploma

accesso alle professioni accademiche non sono mancati messaggi ritenuti ingannevoli con riguardo alle qualifiche dell'operatore pubblicitario e alle caratteristiche dei titoli accademici reclamizzati<sup>92</sup>.

Per esempio, si consideri il messaggio che lasciava intendere ai destinatari che il Centro universitario europeo di studi avanzati, con sede in Rimini,

---

Universitario ai sensi della legge n. 341/90 del diploma rilasciato dalla S.S.I.T. di Ivrea, il consumatore si troverà esposto a una notizia inesatta e pregiudizievole per le sue scelte economiche. Le affermazioni contenute nel messaggio in esame (...) si spingono evidentemente oltre rispetto al dispositivo del d.m. 28/12/93, più volte citato ("diplomi di interprete e traduttore aventi valore legale secondo la denominazione e l'ordinamento didattico corrispondenti a quelli stabiliti dalla nuova Tabella nazionale"), e, con l'espressa qualificazione del titolo come "Diploma Universitario", possono generare erronee convinzioni nelle persone interessate a frequentare i corsi della S.S.I.T. in parola. Infatti, la S.S.I.T. di Ivrea non è stata abilitata al rilascio del Diploma Universitario per traduttori e interpreti. E in tal senso si è chiaramente espresso il MURST nella lettera del 5 febbraio 1996 - inviata alla S.S.I.T. di Ivrea e alle altre scuole per interpreti e traduttori - dove peraltro si recepisce l'avviso espresso dal Consiglio di Stato in data 14 giugno 1995». Il riconoscimento nei Paesi dell'Unione europea dei diplomi in commento non avviene in modo automatico, come sembrerebbe desumersi dal messaggio in questione, in quanto è previsto *ex lege* un procedimento per il riconoscimento dei titoli esteri ad esito del quale si giunge al rilascio, da parte dei Ministeri italiani competenti, delle certificazioni relative al valore abilitante dei titoli ai fini del riconoscimento in altri Paesi dell'Unione. L'affermazione relativa al riconoscimento europeo del titolo è dunque ingannevole perché «ingenera nel consumatore un erronea convinzione».

92 Provv. n. 15629 del 21 giugno 2006, PI 5122 *www. Eit-Univ. Net*, in Boll. 25/2006, che si commenta diffusamente e anche Provv. n. 15527 del 24 maggio 2006, PI 4906, Accademia di scienze umane Shaki, in Boll. 21/2006 Nella fattispecie il messaggio lascia intendere che "Accademia di Scienza Umane Shaki SA", con sede a Lugano (Svizzera - Canton Ticino), sia una università riconosciuta in Svizzera e in Italia e anche autorizzata ad organizzare i corsi di dottorato di ricerca in scienze della comunicazione, e che il titolo conseguito al termine del corso menzionato abbia valore legale e possa portare all'iscrizione in un albo professionale consentendo l'esercizio di una professione regolamentata. Infatti, nella sezione "aspetti legislativi" del sito si afferma che «il titolo di studio rilasciato dall'Accademia fruisce dell'iscrizione alla cancelleria di stato mediante Apostilla. Questa procedura permette il riconoscimento del Documento presso tutti i paesi che hanno aderito alla convenzione dell'Aja, Italia compresa». Dalle risultanze istruttorie emerge che né il ministero né l'ambasciata di svizzera in Roma, hanno fornito riscontro in merito alla richieste di informazioni sullo status giuridico dell'accademia, avanzata dall'autorità. Nelle valutazioni conclusive l'autorità afferma che: «L'utilizzo nel contesto del messaggio delle citate espressioni è suscettibile di indurre i destinatari a ritenere che l'operatore pubblicitario sia una università privata abilitata al rilascio dei titoli aventi valore legale anche in Italia. Nel caso in esame, in particolare, il contestuale utilizzo dei termini "Dottorato" e "Dottore", le vantate possibilità occupazionali anche presso amministrazioni ed enti pubblici, infatti, appaiono in grado di creare un effetto confusorio con i titoli di studio italiani, così come l'enfasi posta sulla procedura dell'Apostilla, che lungi dal conferire valore di riconoscimento al titolo rilasciato, in base alla Convenzione dell'Aja comporta solo il riconoscimento della conformità del documento al suo originale».

Poiché l'accademia non ha adempiuto all'onere probatorio circa l'esattezza delle affermazioni riportate nel messaggio, l'autorità ritiene che il messaggio contiene informazioni inesatte e che sia suscettibile di indurre i destinatari in errore, poiché «potrebbero essere indotti a rivolgersi all'Accademia (...) sul falso presupposto di poter ottenere, da un'istituzione universitaria, titoli di studio aventi valore legale anche in Italia».

In un altro caso, l'autorità si è interessata della professione di traduttore e interprete non regolamentata nel nostro ordinamento in quanto il suo esercizio non è subordinato per legge al possesso dell'apposito diploma.

fosse un'università riconosciuta dal Ministero per lo svolgimento dei corsi pubblicizzati e autorizzata a rilasciare i titoli di studio universitari aventi valore legale in Italia nonché qualifiche accademiche utilizzabili ai fini dell'esercizio della professione. Nel caso di specie, l'Autorità ha precisato che «i titoli di studio universitari e le qualifiche accademiche sono soltanto quelli previsti per legge (individuati, in via primaria, dalla l. 13 marzo 1958, n. 262, recante *“Conferimento ed uso di titoli accademici, professionali e simili”*, e, in particolare, dall'art. 1, volto a disporre che *«le qualifiche accademiche di dottore, compresa quella honoris causa, le qualifiche di carattere professionale, la qualifica di libero docente possono essere conferite soltanto con le modalità e nei casi indicati dalla legge»* e dall'art. 1 della l. 19 novembre 1990, n. 341, recante *“Riforma degli ordinamenti didattici universitari”*) e possono essere conferiti, con le modalità e nei casi indicati dalla legge stessa, esclusivamente dalle istituzioni universitarie statali e non statali autorizzate a rilasciare titoli aventi valore legale (art. 2 l. 262/58 e art. 1, punti 1 e 2, r.d. 31 dicembre 1933, n. 1592, recante *“Testo unico delle leggi sull'istruzione superiore”*). Con particolare riferimento alla possibilità di accedere ed esercitare una professione accademica, si evidenzia che «in linea generale nessun titolo accademico o professionale straniero ha di per sé un valore legale o può essere automaticamente usato in Italia ai fini dell'esercizio delle professioni regolamentate. Esso costituisce, infatti, qualora sia stato legittimamente ottenuto in uno Stato membro dell'Unione europea o in uno Stato terzo, requisito indispensabile, ma non sufficiente, per esercitare la professione nel nostro Paese, in quanto detto titolo deve essere prioritariamente riconosciuto in Italia da una competente autorità».

E' importante evidenziare che in alcuni provvedimenti dell'autorità emerge il rapporto, spesso conflittuale, tra ordini professionali e associazioni autoregolamentate e, per riflesso, tra le relative professioni. In particolare si

segnale il caso relativo non ad una intera professione ma alla attività professionale della “consulenza fiscale”<sup>93</sup>.

Nel messaggio diffuso a mezzo stampa gli ordini dei dottori commercialisti e dei ragionieri, richiamano l'attenzione dei clienti sulla necessità che l'attività professionale in oggetto sia esercitata da soggetti qualificati e tecnicamente preparati come gli iscritti ai rispettivi albi, corredando il messaggio con la pubblicazione dell'elenco degli iscritti agli stessi. La pubblicità è ritenuta ingannevole perché lascerebbe intendere, contrariamente al vero, «l'esistenza di una riserva per l'esercizio dell'attività di “consulenza fiscale” esclusivamente a favore dei professionisti iscritti agli albi dei commercialisti e al collegio dei ragionieri».

---

93 Provv. n. 4152 del 09 agosto 1996, PI 822, *ordine commercialisti*, in Boll. n. 32-33/1996.

### § 1.9 Pratiche commerciali, qualifiche professionali e direttiva servizi.

Anche il D.Lgs. 26 marzo 2010 n. 59<sup>94</sup>, che recepisce l'importante direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno riprende la definizione di professione regolamentata resa in materia di qualifiche professionali. Infatti, l'art. 8 lett. m) del decreto in parola la definisce come «*un'attività professionale o insieme di attività professionali, riservate o non riservate, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206*<sup>95</sup> a conferma della scelta di coerenza ed omogeneità nell'utilizzo degli stessi concetti giuridici all'interno di atti di derivazione comunitaria afferenti ad ambiti diversi, che, nel caso di specie, sono strettamente concatenati.

La disciplina di recepimento della direttiva servizi completa la disciplina sul riconoscimento delle qualifiche professionali ed è coerente<sup>96</sup> con la stessa, in quanto, come precisato nel suo *considerando* n. 31, essa si occupa di questioni diverse da quelle relative alle qualifiche professionali, quali l'assicurazione di responsabilità professionale, le comunicazioni commerciali, le attività multidisciplinari e la semplificazione amministrativa.

La direttiva sui servizi nel mercato interno è volta a creare “*un quadro giuridico generale*” per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi tra gli Stati membri, a vantaggio di un'ampia varietà di servizi pur tenendo conto della specificità di ogni tipo di attività o di professione e del loro sistema di regolazione<sup>97</sup>. Si applica unicamente ai

---

94 Pubblicato nella G. U. 23 aprile 2010, n.94, S.O. Sul tema CAMILLI E.L., *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale di dir. Amm.* 12/2010, 1239 ss

95 Nella definizione italiana compare la locuzione “riservate o non riservate” che precisa quella comunitaria di cui all'art. 4, comma 1, lett. a) di «*un'attività professionale o insieme di attività professionali ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2005/36/CE*» e così facendo sottolinea come tutte le professioni intellettuali protette siano sussunte in questa nozione comunitaria.

96 Cfr. art. 3, comma 1, lett. d), direttiva servizi.

97 Cfr. dodicesimo e settimo considerando.

requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio<sup>98</sup>.

Ma ciò che più rileva ai fini dell'indagine che si conduce, è il rapporto di coerenza «con la legislazione comunitaria relativa alla tutela dei consumatori, come la direttiva 2005/29/CE», come testualmente si legge nel *considerando* n. 32 della stessa.

Ed invero i servizi costituiscono il motore della crescita economica ma la frammentazione del mercato interno si ripercuote negativamente sul complesso dell'economia europea ed indebolisce la competitività globale dei prestatori dell'Unione europea. Un libero mercato che induca gli Stati membri ad eliminare le restrizioni alla circolazione transfrontaliera dei servizi, incrementando al tempo stesso la trasparenza e l'informazione dei consumatori, consentirebbe agli stessi di avere accesso ad una maggiore scelta e migliori servizi a prezzi competitivi<sup>99</sup>. Quanto detto nei diversi *considerando* della direttiva servizi rende evidente la stretta connessione con la materia delle pratiche commerciali scorrette<sup>100</sup>.

Posto che il servizio è definito come qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione, risulta evidente che gli esercenti una professione regolamentata<sup>101</sup> sono una particolare categoria di prestatori di servizi, pur se destinataria di norme specifiche in materia di informazione e di comunicazione commerciale in ragione della peculiarità dell'attività professionale.

Brevemente si sottolinea che al *considerando* n. 100 viene richiesta la soppressione dei divieti totali presenti in materia di comunicazioni

---

98 Cfr. Nono *considerando*.

99 Cfr. quarto *considerando* della direttiva in parola.

100 ALPA G., *Considerazioni conclusive*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali*, cit. 362.

101 La direttiva riguarda buona parte delle professioni regolamentate, quali (cfr. il *considerando* n. 33), ad esempio, architetti, ingegneri, consulenti, periti, pur restando escluse professioni regolamentate come quelle dei medici e dei farmacisti.

commerciali per le professioni regolamentate, ma – al contempo – si precisa che non si richiede la revoca dei «*divieti relativi al contenuto di una comunicazione commerciale bensì quei divieti che, in generale e per una determinata professione, proibiscono una o più forme di comunicazione commerciale, ad esempio il divieto assoluto di pubblicità in un determinato o in determinati mezzi di comunicazione*».

Il considerando si chiude con l'auspicio che gli esercenti una professione regolamentata adottino con riguardo al contenuto e alle modalità delle comunicazioni commerciali, nel rispetto del diritto comunitario, codici di condotta a livello comunitario.

Nel Titolo VI, dedicato alla «*qualità dei servizi*», l'art. 34, rubricato "*Comunicazioni commerciali*" stabilisce che fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2 del decreto legge-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, per le professioni regolamentate le limitazioni al libero impiego delle comunicazioni commerciali devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità.

Al comma terzo la disposizione richiamata precisa, altresì, che i codici deontologici assicurano che le comunicazioni commerciali relative ai servizi forniti dai prestatori che esercitano una professione regolamentata sono emanate nel rispetto delle regole professionali in conformità al diritto comunitario, riguardanti in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione, nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. Le regole professionali in materia di comunicazioni commerciali sono non discriminatorie, giustificate da motivi imperativi di interesse generale e proporzionate.

Dunque, si conferma la tendenza alla riduzione della regolamentazione in materia di pubblicità, sempre al fine di fornire ai consumatori una migliore informazione per valutare la qualità dei servizi offerti, rendendo ancora più

necessario applicare la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette anche alle professioni regolamentate.

L'elemento di coerenza tra la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e quella contenuta nella c.d. direttiva *Bolkestein* è nell'importanza attribuita alla informazione e alla comunicazione commerciale più trasparente e libera anche per le professioni regolamentate e nel riferimento alle regole professionali di ciascuna professione, come fonte primaria di regolazione del settore. L'effetto è la salvaguardia della disciplina esistente in materia di professioni regolamentate, lasciando comunque insoluto il quesito in merito alle forme di tutela concesse al cliente/ consumatore.



### § 1.10 L'art. 19, comma 1, lett. d): un possibile paradosso?

Per quanto si è finora detto, il combinato disposto degli art. 18, comma 1, lett. n), e 19, comma 2, lett. d), costituisce un *vulnus* al principio dell'armonizzazione completa con la conseguenza che, qualora vi siano norme specifiche nel nostro ordinamento che disciplinano le professioni "regolamentate", garantendo "elevati livelli di correttezza professionale", le nuove norme che vietano le pratiche commerciali scorrette perdono il carattere inderogabile e imperativo<sup>102</sup> derivante dalla volontà del legislatore comunitario di creare un quadro giuridico uniforme mediante l'armonizzazione piena.

Considerando l'ampiezza della nozione di professione regolamentata risulta evidente che queste norme svuotano l'intento di armonizzare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette non solo in tutto il settore delle attività libero professionali, come disciplinato in Italia; ma in tutto quello delle professioni intellettuali del mercato comune, riservate a chi possieda una determinata qualifica professionale.

Giunti a questa conclusione, resta da chiarire se questo sia un settore escluso e senza alcuna interferenza con la nuova disciplina o se, comunque, vi sarà un impatto della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sulle professioni regolamentate.

Ritenere applicabile la nuova normativa ai liberi professionisti, i quali, come ampiamente esposto, rientrano nella nozione di professione regolamentata e in quella di professionista, sembra la soluzione più conforme all'intento della direttiva di uniformare il diritto degli stati membri in materia di pratiche commerciali scorrette per dare certezza agli operatori del mercato. In questa

---

<sup>102</sup> Il legislatore comunitario sembra estendere il principio del mutuo riconoscimento delle professioni regolamentate anche ai codici deontologici, che rappresentano la manifestazione più importante della loro autonomia.

prospettiva, la dottrina ha efficacemente evidenziato che « la direttiva 2005/29/CE ha poi un ambito di applicazione vastissimo, essendo rivolta a regolare tutte le condotte tenute da imprenditori e liberi professionisti nei confronti dei consumatori nella fase anteriore, contestuale e successiva alla stipulazione di qualsivoglia contratto: conseguentemente, essa si affianca alla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive, ponendosi come secondo, fondamentale pilastro del diritto comunitario dei contratti dei consumatori»<sup>103</sup>.

L'interpretazione proposta scongiurerebbe il “paradosso” di un mercato in cui certi rimedi a tutela del consumatore vengano riconosciuti solo per le pratiche commerciali scorrette poste in essere nell'esercizio di un'attività imprenditoriale e di un'attività professionale non regolamentata, ma non anche per le attività professionali regolamentate che, invece, proprio per gli interessi che coinvolgono necessitano di una tutela “rafforzata”.

Nella stessa prospettiva si consideri che l'art. 1 d.lgs. 145/2007 limita l'ambito di applicazione della disciplina in materia di pubblicità<sup>104</sup> ingannevole ai soli professionisti, ma, ed è importante sottolinearlo, diversamente da quanto avviene in materia di pratiche commerciali scorrette, in questa nozione rientrano anche le professioni intellettuali regolamentate<sup>105</sup>. E dunque ritenere che la nozione di professione

---

103 DE CRISTOFARO G., *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007, così si esprime nella premessa. Nel senso dell'applicabilità della disciplina sul commercio elettronico anche alle professioni regolamentate, cfr. TORIELLO F., *L'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate*, in ROSSELLO C., FINOCCHIARO G., TOSI E. (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003, 79 ss.

104 Cfr. MAGNO M.L., *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 103 ss.

105 BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, 1103 ss. Anche gli esercenti una professione protetta sono sottoposti alla nuova disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa di cui al D.lgs.145/2007. Recentemente il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili in qualità di segnalante e il Consiglio Nazionale del Notariato come professionista sono stati protagonisti di due procedimenti collegati: *provv. n. 19138 del 13 novembre 2008*, PB 279, *Consiglio Nazionale del notariato* in *Boll.43/2008*, conclusosi con una delibera di non adozione della misura cautelare e il successivo *provv. n. 19601 del*

regolamentata designi una materia sottratta alla disciplina significherebbe privare il consumatore della tutela attribuitagli dalla precedente normativa sulla pubblicità ingannevole e tuttora riconosciuta ai soli professionisti dal d.lgs. 145/2007. Gli esercenti una professione regolamentata restano parte forte del rapporto di consumo, pur con le peculiarità derivanti dalla professione che esercitano e dal riconoscimento che ogni stato membro effettua della specifica formazione professionale richiesta ai fini di una più agevole mobilità nel mercato interno. Perciò, essi devono essere sottoposti alla nuova disciplina in materia di pratiche commerciali, nonché alla disciplina che specifiche norme dell'ordinamento apprestino per garantire elevati livelli di correttezza professionale.

Nelle professioni regolamentate il principio dell'armonizzazione deve

---

PB 279 in Boll. 9/2009 conclusosi con l'accettazione di impegni. Entrambi i procedimenti hanno riguardato una campagna pubblicitaria realizzata con un'inserzione dal titolo "Senza Notaio meno sicurezza", apparsa sui principali quotidiani nazionali (quali il Sole 24 ore, il Corriere della Sera, Italia Oggi), a partire dal 6 agosto 2008, nella quale si ponevano a confronto due modalità di cessione di quote di s. r. l., l'una realizzabile con firma digitale e con l'intervento di un commercialista di recente introduzione (articolo 36, comma 1bis, D.L. n. 112/08, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133), l'altra realizzabile con l'intervento del notaio.

La campagna promozionale risultava valutabile sia per i profili di ingannevolezza circa le caratteristiche ed i costi relativi al servizio oggetto di promozione (assistenza nella cessione di quote delle società a responsabilità limitata), sia per l'esistenza di una presunta illecita comparazione tra i servizi offerti dai notai e dai commercialisti, con discredito per questi ultimi, infatti il claim finale recitava: "Con il notaio più sicurezza meno costi; senza il notaio più costi meno sicurezza".

«Nella campagna, infatti, sembra emergere un confronto disomogeneo tra le due modalità di cessione attraverso il richiamo all'insieme dei servizi forniti dai notai e dai commercialisti, benché gli stessi servizi non siano destinati a soddisfare gli stessi bisogni; inoltre, sembrano richiamati al riguardo degli elementi non essenziali, né pertinenti e rappresentativi per i destinatari (quali, la conservazione dell'atto, i controlli in materia di riciclaggio, i rischi attinenti a frodi, illegalità e criminalità, i danni sociali ed economici) rispetto ad una corretta informazione circa i servizi pubblicizzati.

Il raffronto sembrerebbe d'altra parte essere effettuato mediante affermazioni suscettibili di indurre in errore i destinatari e di causare discredito nei confronti dei concorrenti, evidenziandosi apparentemente in modo non obiettivo, per un verso, i vantaggi ed i minori costi della cessione con l'intervento del notaio, e, per altro verso, i rischi e i maggiori costi dell'operazione con l'intervento dei commercialisti (tra l'altro, circa i rischi, sembra evidenziarsi indebitamente la pericolosità della firma digitale e l'assenza di responsabilità da parte dei commercialisti; quanto ai costi, sembrano impropriamente poste a raffronto le tariffe delle due categorie di professionisti, pur essendo ormai venuta meno l'obbligatorietà delle tariffe minime o fisse)». L'autorità che nel primo procedimento aveva deliberato di non adottare la misura cautelare della sospensione provvisoria del messaggio pubblicitario sopra descritto ai sensi dell'articolo 8, comma 3, del D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, nonché ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento, nel secondo procedimento ha accettato gli impegni proposti dal CNN consistenti nella pubblicazione di un lettera inviata all'AGCM sul proprio sito nel quale si dichiara l'inesistenza di perplessità in merito alla nuova procedura che per la prima volta attribuisce ai commercialisti il servizio di cessione di quote delle s.r.l.

coordinarsi con quello del mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali, ma non a svantaggio della parte debole del rapporto di consumo. Il recepimento della direttiva nel nostro ordinamento, se così non fosse, determinerebbe una diminuzione di tutela per il consumatore, privandolo di una tutela omogenea nei confronti degli esercenti una professione regolamentata. L'interpretazione della disposizione non deve porsi in contrasto con i principi dell'ordinamento europeo che impone un assetto concorrenziale alle libere professioni qualificate come attività economiche e agli ordini e collegi professionali qualificati come associazioni di imprese<sup>106</sup>.

---

106 Il tema della qualificazione del professionista intellettuale come impresa e delle organizzazioni ordinarie come associazioni di imprese, è emerso in diverse pronunce della Corte europea di giustizia, *ex plurimis*, Corte giust. CE, 18 giugno 1998, causa C-35/96 *Commissione c/Repubblica italiana, (spedizionieri doganali italiani)*; Corte giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, nella quale la corte ha qualificato l'associazione dei medici specialisti come associazione di imprese. Per i servizi legali cfr. Corte giust. CE, 18 febbraio 2002, causa C-309/99 (*Wouters e altri c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*). In quell'occasione la Corte ha valutato la compatibilità col trattato CE di una normativa adottata dall'ordine olandese degli avvocati che vietava le associazioni multidisciplinari tra avvocati e revisori dei conti. Cfr. inoltre: Corte giust. CE, 19 febbraio 2002, in cui la Corte ha dovuto chiarire se la procedura di adozione della tariffa forense italiana si ponesse in contrasto col divieto d'intese restrittive della concorrenza tra associazioni di imprese (*ex artt. 5 e 81 Trattato CE*), giungendo a concludere che poiché il processo di formazione delle tariffe non è completamente delegato al CNF, in quanto sulla sua proposta il ministro di giustizia esercita il controllo, la tariffa varata attraverso un decreto ministeriale si qualifica come misura statale a cui non si applica l'art. 85 del trattato CE.; Corte giust. CE, 5 dicembre 2006, in cui la Corte è tornata ad occuparsi delle tariffe degli avvocati italiani valutate non solo alla luce delle intese restrittive della concorrenza ma anche dell'art. 49 trattato CE che garantisce la libera prestazione di servizi.

Anche i tribunali nazionali hanno aderito all'interpretazione comunitaria fornendo una nozione funzionale di impresa che ripropone le considerazioni della Corte di giustizia. Si vedano: App. Torino, 11 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, 572, che ha qualificato il CNF come un'associazione di imprese, essendo irrilevante, la natura pubblicistica dell'organo, ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria della concorrenza; App. Milano, 29 settembre 1999, in *Giornale dir. Amm.*, 2000, 149; T.A.R. Lazio, 28 gennaio 2000, n. 466, in *Giur. cost.*, 2000, 1903.

### ***§ 1.11 I rapporti tra la normativa comunitaria e la disciplina delle professioni.***

Posto in rilievo nelle pagine che precedono che il professionista intellettuale - di cui ci si sta occupando - è inequivocabilmente un “professionista” ai sensi dell’art. 18 cod. cons., e rimandando al capitolo successivo le diverse incertezze in merito alla definizione di “consumatore”, che già *ictu oculi* si presenta più ristretta rispetto a quella di “cliente”, a conclusione di questa prima tappa, si ritiene necessario investigare quale sia il rapporto tra la disciplina delle professioni prevista a livello comunitario e nazionale (per esempio, per la pubblicità “professionale”<sup>107</sup>, che costituisce una particolare modalità di pratica commerciale) e quella più generale prevista a specifica tutela del consumatore nei novellati artt. 18 ss. cod. cons.

In ordine al rapporto dei nuovi art. 18 ss. cod. cons. con l'*acquis* normativo di derivazione comunitaria già esistente, il comma 3, dell'art. 19 cod. cons. dispone che «*in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*».

Questa parte della norma stabilisce il carattere sussidiario della disciplina delle pratiche di guisa che essa “cede” nelle ipotesi in cui esista una normativa che

---

<sup>107</sup> Si intende far riferimento ai messaggi pubblicitari degli esercenti una professione regolamentata.

Non sono numerosi i casi di pubblicità ingannevole relativi al settore professionale e, in verità, in questo primo anno di applicazione della nuova disciplina non vi è stato alcun provvedimento che ha riguardato “direttamente” un libero professionista o un ordine o collegio professionale per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette. Questa circostanza rende ancora più prezioso il Provv. n.17584 del 8 novembre 2007, PI 5833 *Gpedone.it e newplasticsurgery.it*, in Boll. 42/2007, nel quale l'autorità si è occupata del messaggio pubblicitario diffuso tramite siti internet e volto a promuovere l'attività libero professionale di un medico specialista in chirurgia plastica e ricostruttiva prestata in una struttura sanitaria convenzionata e non in un ospedale come riportato nel messaggio in questione. Per l'approfondimento delle questioni trattate in ordine alla possibilità di qualificare il messaggio una forma di pubblicità e invece di non poter qualificare il potere di verifica ex ante attribuito all'ordine quale pubblicità assentita, vedi quarto capitolo.

disciplini “aspetti specifici” delle pratiche commerciali scorrette di derivazione comunitaria, e sussista un contrasto tra la disciplina di settore e quella contenuta nel codice del consumo.

Con tale previsione sul rapporto tra disciplina generale e regole di origine comunitaria che riguardino specifici aspetti delle pratiche commerciali scorrette il legislatore ha posto un limite all'applicazione della nuova disciplina e alla competenza dell'AGCM: le disposizioni speciali sono destinate a trovare applicazione accanto a quelle generali ma soprattutto anche a prevalere nel caso di incompatibilità.

E' compito dell'interprete operare una ricognizione delle disposizioni legislative speciali vigenti nei diversi settori merceologici per stabilire se debbano ritenersi applicabili.

Ed, invero, il raffronto tra la disciplina del codice del consumo e quelle settoriali deve essere operato caso per caso per evitare per un verso, il rischio di spezzare oltremodo la competenza “generale” dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nonchè per risolvere eventuali conflitti di competenze tra autorità o duplicazioni di interventi<sup>108</sup>.

Gli orientamenti emersi nella giurisprudenza amministrativa evidenziano che tra la nuova disciplina e le discipline settoriali che stabiliscono dettagliati obblighi e divieti, cui è tenuto il professionista nei rapporti con la clientela, non sembra esserci rapporto di specialità. Ciò in quanto le discipline settoriali e precisano per adattarli ai diversi contesti - ma senza confliggere con essi - i medesimi precetti che sono rinvenibili nel Codice del consumo. Sui rapporti tra la normativa generale contenuta nel codice del consumo e le normative di settore, il Tar Lazio è intervenuto chiarendo importanti aspetti relativi alla

---

108 Sul punto GENOVESE A., *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'Agcm relativa al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell'ordinamento*, op. cit.; Sia consentito citare 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 Rapporto sul Consumerism 2010, pubblicato sul sito <http://www.consumersforum.it>

sussistenza di un possibile contrasto tra normative e competenze<sup>109</sup>. Le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza sembrano, dunque, almeno in parte, allontanarsi dall'opinione della dottrina che individua nel criterio della specialità - e non nel criterio del *favor* per il consumatore - il criterio risolutivo dei contrasti che dovessero insorgere fra le nuove disposizioni generali sulle pratiche commerciali scorrette e le regole speciali dettate da normative di derivazione comunitaria per le singole tipologie di pratiche commerciali(...)»<sup>110</sup>. Sembra, infatti, che nell'interpretazione della clausola di specialità di cui alla citata disposizione si debba tener conto proprio della particolare finalità di protezione della capacità di determinazione del consumatore che può giustificare una integrazione delle tutele.

Invece la previsione della lett. d), comma 2 dell'art. 19, con particolare riferimento al settore professionale - “non pregiudicato” dalla disciplina di nuova introduzione - sembra far riferimento sia a discipline di derivazione comunitaria quale quella sul riconoscimento delle qualifiche professionali, sia a norme giuridiche italiane in materia di professioni regolamentate che non sono state introdotte nel nostro ordinamento per dare attuazione a direttive comunitarie, e non pone una clausola di “specialità”.

E' necessario, dunque, comprendere secondo quali principi si possa

---

109 Per esempio, nella sentenza n. 3696 del 6 aprile 2009, caso *Portabilità dei mutui*, il giudice amministrativo, in materia di portabilità dei mutui, ha escluso la sussistenza di un contrasto tra la disciplina speciale di settore e il codice del consumo, ritenendo che la clausola di specialità, di cui all'articolo 19, comma 3, cod. cons., non potesse essere utilmente invocata “*attenendo la disciplina asseritamente violata ad aspetti (pratiche commerciali) che non necessariamente coincidono (e comunque non esauriscono) le disposizioni poste a tutela della trasparenza*”

Nella sentenza n. 13779 del 29 dicembre 2009, caso *Società Milkon Alto Adige* rilevando la differente natura degli interessi tutelati rispettivamente dall'attività dell'Autorità ovvero sia la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza fra imprese, e dal controllo del Ministero della Salute, finalizzato alla verifica della sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana, ha ritenuto che “la normativa di carattere generale in materia di tutela dei consumatori non pregiudica l'applicazione della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di salute e sicurezza dei prodotti, ma coesiste con essa”. Nel settore elettrico che “*il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del consumo venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione*” (cfr. *Tar Lazio, sez. I, sentenza 8 settembre 2009, caso Enel Energia - Bolletta gas, n. 8399, e sentenza 8 settembre 2009, caso Prezzi bloccati dell'elettricità, n. 8400*).

110 G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., in particolare 79-83.

raccordare la piattaforma legislativa in tema di pratiche commerciali con i due gruppi di norme.

La disciplina di derivazione comunitaria sulle eventuali condizioni relative allo stabilimento o ai regimi di autorizzazione non può essere compromessa o alterata dalle disposizioni in tema di pratiche commerciali; parimenti deve ritenersi per la disciplina attuativa della direttiva servizi.

Ed invero, come precisato nel paragrafo precedente, tra le discipline di derivazione comunitarie dettate in tema di accesso e stabilimento delle professioni e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, non si configura alcun contrasto né sovrapposizione di norme, nè duplicazione di interventi. Si pongono in rapporto di complementarità e coerenza in quanto regolamentano diversi profili dell'attività professionale con il fine comune di agevolare la concorrenza tra gli operatori professionali e, al contempo, consentire al consumatore la possibilità di scegliere tra servizi professionali qualificati.

Ad una diversa logica invece risponde, a mio avviso, il richiamo ai codici deontologici e alle leggi specifiche che regolamentano le professioni regolamentate per garantire "elevati livelli di integrità professionale" - locuzione che in sede di recepimento è stata tradotta in quella di "correttezza professionale" - che non siano di derivazione comunitaria ma nazionale.

Per questa parte, l'espressione "*non pregiudica*" che nel contesto della direttiva suona come "monito" rivolto ai legislatori nazionali affinché provvedano a raccordare le discipline interne a quella comunitaria che con queste almeno formalmente e direttamente non interferiscono ma sulle quali è destinata ad avere una incidenza inevitabile, ripetuta nel testo di recepimento, fa nascere il dubbio che il settore delle professioni regolamentate rappresenti un ambito di non applicazione della disciplina.

Sulla questione vi sono diversi elementi che, invece, portano ad una



soluzione di segno diverso. *In primis* il dato letterale: l'espressione infelice «*non pregiudica*» utilizzata dal nostro legislatore non è un sinonimo dell'espressione “non si applica” e, pertanto, non sembra che le attività professionali regolamentate e le leggi nazionali che ne disciplinino particolari aspetti e gli eventuali codici deontologici adottati per l'esercizio di tali attività siano un settore escluso e di non applicazione di questa normativa.

E del resto, sostenere il contrario sarebbe assurdo quanto sostenere che l'analoga espressione utilizzata con riferimento agli aspetti contrattuali<sup>111</sup> voglia significare che alle fattispecie di pratiche commerciali scorrette si applichino solo i rimedi contrattuali e non quelli della direttiva.

Piuttosto può già anticiparsi, rimandando alla trattazione del tema che verrà effettuata nei capitoli successivi del presente elaborato<sup>112</sup>, che la norma sembra porre una "clausola di salvaguardia" che non produce quale conseguenza una limitazione dell'applicazione della disciplina nè una "frattura" nella competenza generale della autorità ma la "salvezza" del sistema normativo nazionale quale risulta dal codice civile, dalle leggi professionali e dai codici deontologici perchè rivolto a tutela di un interesse pubblico diverso sintetizzato nella clausola generale della "correttezza professionale”.

---

111 L'art. 19, comma 2, stabilisce che «*il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto*».

112 In particolare cap. 4 in tema di coordinamento di competenze tra ordini professionali e autorità garante e capitolo 3 in relazione ai codici deontologici.

**Capitolo 2. La struttura e il contenuto specifico della disciplina delle  
pratiche commerciali scorrette introdotta nel codice del consumo.**

### **§ 2.1 L'impianto normativo: le pratiche commerciali ingannevoli, aggressive e la black list.**

Il perno attorno al quale muove l'impianto normativo, costruito dal legislatore comunitario e integralmente trasposto dal legislatore italiano nel nostro ordinamento in sede di recepimento è, per un verso, il divieto inderogabile di porre in essere pratiche commerciali scorrette (art. 20, comma 1, cod.cons.) e, per l'altro, il sistema di valutazione della «scorrettezza» della pratica (art. 20, comma 2, cod. cons.).

Una pratica commerciale posta in essere dal professionista è scorretta, se, al contempo, è contrastante con le norme di «diligenza professionale» nonché «falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile» 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 si diriga specificamente ad un determinato gruppo di consumatori.

Dopo la clausola generale, seguono le due articolazioni di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, (disciplinate rispettivamente agli artt. 21 e 22 e agli artt. 24 e 25 cod.cons.) e, poi, le ipotesi specifiche di pratiche commerciali “in ogni caso ingannevoli” e “in ogni caso aggressive” elencate in modo frazionato rispettivamente agli artt. 23 e 26 cod. cons<sup>113</sup>.

---

113 Le trentuno ipotesi comparivano all'All. I della direttiva. DONA M., *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), op. cit., 212, l'Autore evidenzia che l'elenco rappresenta una “palizzata” a protezione del consumatore e disegna l'identikit del professionista da non imitare. Distribuisce le pratiche commerciali aggressive in pratiche minatorie (nr. 24 e 30) perchè tendenti ad intimidire il consumatore inducendolo a tenere un comportamento che non avrebbe tenuto, petulanti (nn. 25,26,28,29) perchè caratterizzati per l'insistenza del professionista che con i suoi comportamenti invadenti mira a condizionare le scelte negoziali del consumatore, e defatiganti (nn 27 e 31) per indicare le condotte che hanno lo scopo di stancare il consumatore, fiaccarne la resistenza per attenerne che receda da una legittima richiesta o da una aspettativa. Le pratiche ingannevoli consistono in varie tipologie di inganni: sull'apparenza, a cui ascrive l'inganno del codice di condotta, sulla natura del prodotto(nr. 9,12,16,17 e 8,10,23) sulla figura del venditore (nn. 13 e 22), e la propaganda che raccoglie l'inganno sul

Occorre precisare che sussiste un rapporto definibile di continenza o di *speciem ad genus* tra le due sottocategorie (azioni/omissioni ingannevoli e azioni aggressive) e la definizione onnicomprensiva di pratica commerciale sleale. Si tratta, infatti, di specificazioni che contengono sicuramente tutti i requisiti richiesti per configurare una pratica commerciale sleale/scorretta, fermo restando che non ne esauriscono il raggio d'azione. Possono configurarsi cioè altre manifestazioni di pratiche scorrette che, pur non rientrando nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, rientrano in quella generale. Per usare un'immagine si tratta di due sottoinsiemi all'interno di quello costituito dalla clausola generale<sup>114</sup>. In questa prospettiva, la clausola generale svolge, secondo la dottrina prevalente, una funzione sussidiaria, venendo in considerazione per sanzionare le pratiche che il legislatore non ha previsto<sup>115</sup>. Ma il nesso inscindibile che sul piano interpretativo, sistematico e applicativo intercorre tra quest'ultima e i più circoscritti divieti previsti dalla disciplina ne esalta, comunque, la centralità nel sistema normativo comunitario e nazionale<sup>116</sup>.

---

prezzo (n.5,6,20) l'inganno sulle vendite piramidali n.14, sulle condizioni di mercato n.18,19,21, sulla pubblicità redazionale (n.11), sulla fretta (n.7e 15).

Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 13 gennaio 2009 sul recepimento, attuazione e applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e della direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, al punto 8, il Parlamento rileva come il frazionamento operato da alcuni stati membri alla lista nera delle pratiche commerciali sleali vietate possa creare confusione alle imprese e portare distorsioni nell'applicazione della direttiva.

114 L'immagine è nella proposta di direttiva comunitaria.

115 In questo senso, DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»* in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008. *Contra* LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in GENOVESE A. (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova 2008, 30 riconosce al divieto generale il ruolo di norma di principio rispetto alla quale le norme minori avrebbero valore esemplificativo.

116 L'Autorità Garante italiana nei suoi provvedimenti accerta sia la sussistenza dei criteri richiesti dalla clausola generale di cui all'art. 20 cod. cons. sia la sussistenza dei presupposti richiesti dai paradigmi di pratiche ingannevoli o aggressive o delle liste nere. In questo senso nella *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008* dall'Autorità Antitrust, presentata il 30 aprile 2009, 250ss. [www.agcm.it](http://www.agcm.it), si legge: «tale percorso motivazionale si riscontra in ogni provvedimento di accertamento di pratiche commerciali scorrette». E si precisa che l'Autorità ha scelto di operare «un'interpretazione che non relega ad un ruolo marginale l'art. 20 ma che, al contrario, assegna alla disposizione un ruolo centrale di clausola generale». Questo aspetto è sottolineato *sub art. 20, Codice*

Per i gruppi di pratiche ingannevoli e/o aggressive il legislatore pone una presunzione di scorrettezza che ha natura relativa nel senso che ammette la prova contraria che dovrà vertere sull'inidoneità della condotta ad alterare la scelta del consumatore medio.

Invece, per le ipotesi di pratiche in ogni caso scorrette il giudizio di disvalore è talmente grave da essere considerate "in ogni caso" aggressive o ingannevoli, senza la possibilità di una diversa valutazione da parte del giudice: contengono, per espressa previsione normativa, certamente, il carattere di scorrettezza di cui alla definizione generale<sup>117</sup>.

Ne viene fuori un triplice livello di disciplina in cui la clausola generale costituisce solo il primo livello, la base di una piramide o, secondo un'altra immagine, il cerchio più ampio dei cerchi concentrici; per l'applicazione concreta della normativa rimessa agli organi giurisdizionali o amministrativi dal cerchio piccolo si passa via via a quello più grande<sup>118</sup>.

La Corte di giustizia nelle prime sentenze conferma questo percorso

---

*commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Utet, 2010, 1702. Sul rapporto tra la clausola di scorrettezza i gruppi di pratiche ingannevoli e aggressive e quelle in ogni caso scorrette, cfr. BARTOLOMUCCI P., *Pratiche commerciali scorrette - profili civilistici*, op. cit. 101; L'Autore attribuisce alla clausola generale non un ruolo sussidiario ma centrale quale criterio interpretativo imprescindibile nella valutazione dei gruppi di pratiche ingannevoli e aggressive; di conseguenza nella qualificazione in concreto di una determinata condotta commerciale si dovrà procedere con un sistema di collaborazione integrata tra le norme. Altra dottrina evidenzia il carattere reciproco di tale rapporto nella delimitazione contenutistica della clausola generale mediante le previsioni specifiche e per converso di queste ultime mediante i contenuti della prima. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali aggressive*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, 229. Vedi *sub art. 20, Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Utet, 2010, 1702; RABITTI M., *sub art. 20*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit., 142 ss. riporta le varie posizioni dottrinali sull'argomento.

117 Sussiste una presunzione legale assoluta che non ammette la prova contraria. Il catalogo delle pratiche sicuramente sleali, definito dal considerando 17 della direttiva «completa», può essere modificato (a norma dell'art. 5, comma 5, della stessa) solo a seguito di revisione della direttiva in parola. Ciò in quanto l'«armonizzazione completa» degli ordinamenti degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali avrebbe potuto essere elusa dai legislatori nazionali, se in sede di recepimento, avessero avuto la possibilità di introdurre o mantenere previsioni diverse.

118 In questo senso, DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»* DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, e la dottrina prevalente che attribuiscono alla clausola generale una funzione sussidiaria.

interpretativo<sup>119</sup> e, risolve il problema comune ad essa sottoposto, relativo alla compatibilità dei divieti nazionali di offerte congiunte con la direttiva, “facendo leva sulla contrapposizione tra illiceità per sé e valutazione secondo le circostanze che riflette la contrapposizione tra la struttura della direttiva e la struttura delle normative nazionali prese in considerazione, concepite in termini più rigorosi”<sup>120</sup> così ricalcando le conclusioni dell'Avvocato generale<sup>121</sup>. Come efficacemente osservato, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette intende regolare il comportamento di professionisti e consumatori per consentire alla domanda e all'offerta di incontrarsi in modo libero e consapevole: è attenta al “come” e non al “che cosa”<sup>122</sup>. Altrettanto suggestivamente e nella stessa prospettiva altra dottrina ha evidenziato il carattere innovativo della disciplina in esame in quanto “tende a definire la

---

119 In particolare, la Corte constata che le fattispecie di offerte congiunte non figurano tra le pratiche considerate in ogni caso sleali (elencate nell'allegato I), che sono le uniche che possono essere vietate senza procedere ad ulteriori verifiche, afferma la necessità di tener conto, di tutte le circostanze del caso concreto per verificare la sussistenza dei presupposti normativi che consentono di qualificare le condotte commerciali come ingannevoli o aggressive o, altrimenti, sleali ai sensi della clausola generale. Successivamente conclude affermando che i divieti in esame, rappresentando ipotesi ulteriori rispetto a quelle tassativamente individuate nell'allegato I, si pongono in contrasto con il contenuto dell'art. 4, che vieta agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore misure nazionali più restrittive di quelle definite nella direttiva, anche se rivolte a garantire una maggiore tutela per i consumatori.

120 Il rilievo è di DENOZZA F., *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, relazione presentata al Convegno su «Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela», Roma, 29 gennaio 2010, consultabile su [www.agcm.it](http://www.agcm.it). L'Autore in particolare pone in evidenza che la sentenza C-261/07 e C-299/07, VTB- VAB c. Total belgium NV e Galatea BVBA c. Sagoma Magazines Belgium NV cit. non affronta la questione se il giudizio di scorrettezza possa cadere esclusivamente sugli elementi estrinseci incidenti sulle modalità di conclusione del contratto o anche sul contenuto del contratto stesso.

121 Secondo l'Avvocato generale proprio l'impostazione “statica” della legge belga che è più repressiva, in quanto disegna un elenco tassativo di pratiche commerciali lecite non suscettibile di una estensione a favore della libertà imprenditoriale, è contraria all'impostazione della direttiva, che presume la lealtà delle pratiche commerciali, a meno che non sussistano i presupposti, ivi specificamente previsti, per vietarle. Testualmente a riguardo afferma: «Questo divieto di principio comporta, in definitiva, che l'impostazione liberale del diritto della concorrenza sleale, seguita dalla direttiva 2005/29, si converte nel suo contrario, giacché il divieto è elevato a principio e la libertà imprenditoriale è ridotta ad eccezione. Dal punto di vista giuridico, il divieto di cui all'art. 54 della legge belga, a prescindere dalle eccezioni ivi previste, comporta un'incontrollata estensione del catalogo, contenuto nell'allegato I, delle pratiche commerciali vietate, mentre proprio una siffatta estensione è preclusa agli Stati membri in considerazione dell'armonizzazione completa e massima che la direttiva 2005/29 si propone di realizzare». Ed inoltre, evidenzia come la previsione di deroghe al divieto di offerte congiunte non può sostituirsi all'analisi richiesta dalla direttiva 2005/29/Ce.

122 ROSSI CARLEO L., Convegno, *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari*, 19 marzo 2010 in [www.Agcm.it](http://www.Agcm.it).

«qualità» dell'attività economica commerciale, come un a priori rispetto al contenuto e al regolamento dei rapporti giuridici che nell'ambito dell'attività vengono posti in essere"<sup>123</sup>.

---

123 Così SANDULLI M., *sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario* (a cura di) ALPA G. e ROSSI CARLEO L., Esi, Napoli, 2005, 289

### § 2.2 Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i suoi elementi costitutivi

E' particolarmente rilevante soffermarsi sul rigido sistema di valutazione della scorrettezza della pratica, per cui è pratica commerciale scorretta quella che, al contempo, è contrastante con la "diligenza professionale" nonché falsa o idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del "consumatore medio" in ordine al prodotto.

La definizione di scorrettezza proposta dalla norma è molto complessa e densa di contenuti da valutare singolarmente, facendo ricorso al lungo elenco di definizioni fornite dall'art. 18 cod. cons. che si caratterizza per l'adozione di clausole generali e concetti giuridici indeterminati, tecnica normativa che se per un verso è indice della complessità della materia che se regolata con un metodo casistico non avrebbe tutelato adeguatamente il consumatore<sup>124</sup>, dall'altro sembra contraddire l'intento comunitario di creare un quadro normativo unico nei diversi ordinamenti nazionali<sup>125</sup>.

---

124 RABITTI M., sub art. 20, *Le modifiche al codice del consumo*, op.cit. per la riflessione sui pregi dell'utilizzo delle clausole generali nella nuova disciplina, in part. 142-144. Sull'argomento richiama la funzione di progressivo adattamento del diritto alle esigenze della realtà in continuo mutamento assegnato alle "clausole generali" dalla dottrina tradizionale.

125 Cfr. LIBERTINI M., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive.*, relazione presentata al II convegno nazionale "Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale", Roma, 11-12 febbraio 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it). L'Autore ripercorre il dibattito degli ultimi quarant'anni sul tema delle clausole generali nella legislazione italiana a cui si rimanda. L'Autore rileva la confusione esistente tra espressioni come "clausole generali", "principi generali", "norme generali", citando la sentenza di Cass.civ., ss.uu., 18 settembre 2009, n. 21606, ove la buona fede, viene definita prima come "clausola generale", poi come "principio generale", ed infine come "obbligo" a carico della parte ("La clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). I principi di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede e correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica"). Per una definizione di clausola generale cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, secondo il quale: "la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti" (e così anche cfr. C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in



### § 2.3 La diligenza professionale

In particolare la «diligenza professionale», ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons., deve intendersi come «*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista*».

La formulazione della norma che riunisce in sé i riferimenti alla diligenza, alla buona fede e alla correttezza, suscita diversi interrogativi in ordine al rapporto tra le citate clausole generali<sup>126</sup>, alla concretizzazione delle nozioni sul terreno dell'attività professionale di volta in volta considerata e al ruolo che tale parametro svolge nel contesto del giudizio di scorrettezza della

---

*Riv.crit.dir.priv.*, 1986, 21 ss.), ma Libertini M. nella relazione sopra citata conviene sul fatto che "il minimo comun denominatore degli usi linguistici correnti è costituito dalla presenza, all'interno della norma completa qualificata come c.g., di un sintagma indeterminato, ma sembra riduttiva (proprio sul piano ricognitivo, o "esplicativo" che dir si voglia) la definizione che riduce la c.g. a questo sintagma".

L'Autore, sposta, poi l'attenzione sul problema dei criteri di integrazione della nozione giuridica "indeterminata", contenuta in un testo normativo rilevando che "l'interpretazione delle clausole generali stesse debba avvenire non, come prevalentemente si afferma, con criteri "extragiuridici", bensì, in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall'ordinamento positivo". E del resto questo tipo di metodo è stato dallo stesso utilizzato con riferimento alla clausola di correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale: "rispetto a questa si è assistito ad un progressivo spostamento da criteri sociali (usi commerciali, deontologia professionale) a criteri normativi (benessere del consumatore etc.)" e come si dirà nel seguito del lavoro costituisce un metodo utile anche ai fini della interpretazione della locuzione correttezza professionale che compare nell'ambito dell'art. 19 cod.civ.

Secondo l'Autore "l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo) debba essere il criterio fondamentale di integrazione delle clausole generali (i.e. delle c.g. nel senso ampio di norme contenenti nozioni giuridiche indeterminate), lasciando un ruolo residuale - e non principale, a differenza di quanto di solito si afferma - ai criteri di "etero integrazione", cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche". La discrezionalità riconosciuta all'interprete dal ricorso a clausole generali non deve essere intesa come "una delega al potere giudiziario di integrare liberamente la norma; deve piuttosto essere intesa come riconoscimento della complessità dei problemi e delle situazioni di fatto, a cui la norma si riferisce, e quindi dell'inopportunità di formulare testi legislativi dettagliati. Ma questo - se si crede al valore della legalità - accresce e non diminuisce l'onere dell'interprete di argomentare le proprie conclusioni in modo coerente con i valori ufficialmente riconosciuti nell'ordinamento. Quando poi manca la possibilità di far capo a giudizi di valore normativamente fondati, l'attribuzione di significato alle nozioni giuridiche indeterminate deve avvenire con criteri il più possibile "oggettivi", cioè verificabili alla stregua delle acquisizioni ricevute (anche se, ovviamente, mutevoli nel tempo) di discipline tecniche o scientifiche o di correnti culturali riconosciute.

<sup>126</sup> cfr. MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, cit., 81, che pone in risalto la «singolare contaminazione» tra le nozioni di buona fede oggettiva, ragionevolezza e diligenza.

pratica.

La dottrina ha posto in risalto la natura particolarmente insidiosa della nozione, evidenziando, altresì, che proprio perchè è intessuta di clausole generali che, in quanto tali, possono assumere contenuti mutevoli negli Stati membri a seconda delle diverse tradizioni giuridiche, indebolisce lo sforzo definitorio compiuto dal legislatore comunitario per armonizzare il quadro normativo relativo alle pratiche commerciali nel mercato interno<sup>127</sup>.

A questo rischio deve aggiungersi il fatto che rispetto alla definizione comunitaria di diligenza la versione italiana presenta delle significative differenze<sup>128</sup>.

In particolare, si richiama l'attenzione sul riferimento comunitario alle “*pratiche di mercato oneste*” in uso nel settore di attività del professionista che nel testo comunitario costituisce un criterio aggiuntivo o alternativo (e/o) rispetto al richiamo alla buona fede, e che, invece, è sostituito nella legge di recepimento italiana con il richiamo alla “correttezza” che accompagna (come testimonia l'utilizzo della congiunzione “e”) quello alla “buona fede”<sup>129</sup>.

---

127 *Ex plurimis* cfr. ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, cit., 1ss.

128 Pone in evidenza i significativi tratti differenziali tra la nozione di diligenza professionale di cui alla direttiva e quella recata dalla normativa italiana di attuazione, DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, 146 ss. Così anche DE CRISTOFARO -ZACCARIA, *sub art. 20*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, op. cit., par. V, 146-147ss.

129 Letteralmente l'art. 5, n. 2, lett. b) richiama il «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista». Nel testo italiano, invece, la diligenza viene valutata «alla luce di principi di correttezza e la buona fede». DE CRISTOFARO G. *La nozione generale di pratica di mercato scorretta*, op. cit., 149, rileva che il riferimento alle pratiche di mercato oneste potrebbe comunque rimanere come canone di interpretazione della norma nazionale conforme ai principi comunitari. In dottrina, *sub art. 20*, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. CATRICALÀ - P. TROIANO, Utet, 2010, 1704, si è denunciato il pericolo di un “appiattimento del giudizio di scorrettezza sulla conformità alle prassi di settore evidenziando che la conformità di una prassi alla diligenza professionale deve tenere conto anche della consonanza con le prassi di settore ma sempre subordinatamente alla rispondenza di tali prassi con il principio generale di buona fede”. Sul punto cfr. LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., l'Autore osserva che la buona fede consente di superare le pratiche di mercato

Si può osservare che il riferimento alle “pratiche di mercato oneste”, costituisce un concetto indeterminato mutevole da Stato a Stato, che in quanto tale, amplia di molto il contenuto della definizione di diligenza come evidenziato anche nelle prime sentenze della Corte di giustizia in materia<sup>130</sup>. La nozione potrebbe estendersi pericolosamente fino ad “aggirare” i limiti imposti dall'armonizzazione massima e compromettere l'obiettivo di chiarezza e uniformità della disciplina. Ciò giustifica il particolare sforzo ermeneutico rivolto a riempire di contenuti più determinati la clausola generale della contrarietà alla diligenza professionale.

La norma italiana nella determinazione del livello di competenza, cura e attenzione richiesto al professionista nelle pratiche commerciali poste in essere con i consumatori impone di dare rilevanza congiuntamente e cumulativamente alla buona fede e alla correttezza.

In particolare, il riferimento alla buona fede è concordemente inteso nel suo significato oggettivo<sup>131</sup>, come si evince anche dai lavori preparatori della

---

oneste nel senso che impone comportamenti che anche se diversi dai modelli di comportamento più diffusi sono conformi ad un dovere di solidarietà verso il consumatore.

130 L'Avvocato generale nelle sue conclusioni, presentate nella causa C- 304/08 del 14 gennaio 2010, cit., si sofferma sul giudizio di slealtà della pratica consistente nelle vendite abbinata alla lotteria o concorso a premi proprio perché non prevista in nessuna delle fattispecie della c.d. black list o di quelle elencate come ingannevoli o aggressive. In quella sede valuta la contrarietà alla diligenza professionale in riferimento al concetto giuridico di “pratiche di mercato oneste” (punti 90-94 delle conclusioni dell'Avvocato generale). Secondo l'Avvocato generale, nelle pratiche di mercato oneste vanno comprese le considerazioni sulle conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono collegati ai giochi d'azzardo e alle scommesse. Rileva due aspetti: il divieto controverso è compatibile con quanto previsto nel settimo considerando della direttiva, che afferma che quest'ultima non riguarda i requisiti giuridici inerenti al buon gusto e alla decenza e che gli Stati membri dovrebbero poter continuare a vietare le pratiche commerciali per tali ragioni conformemente alle normative comunitarie, anche se tali pratiche non limitano la libertà di scelta del consumatore; il governo tedesco ha esercitato il suo potere discrezionale di emanare misure volte a contenere i pericoli collegati ad un eccessivo desiderio di giocare poichè in materia la giurisprudenza comunitaria riconosce la competenza degli stati membri di “fissare gli obiettivi della loro politica in materia di giochi di azzardo e eventualmente di definire con precisione il livello di protezione perseguito” purchè le misure adottate siano conformi al principio di proporzionalità proprio per perseguire gli obiettivi di tutelare i consumatori, di prevenire la frode e di evitare l'incitazione dei cittadini a spendere somme eccessive per il gioco, nonché di prevenire turbative all'ordine sociale”. Dunque, il comportamento del professionista integra, secondo l'Avvocato generale, una pratica di mercato “disonesta” e, pertanto, contraria alla diligenza professionale, proprio perchè viola il precetto legislativo esaminato ( Cfr punto 92 delle conclusioni).

131 Cfr. Il riferimento alla buona fede è unanimemente inteso in senso oggettivo. Cfr. SCALI M.,

direttiva, in cui si suggeriva di specificare che per il significato della buona fede dovesse farsi riferimento al senso accolto dalla direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive<sup>132</sup>; pertanto, l'interprete italiano potrà senz'altro richiamarsi alla lettura che la giurisprudenza e la dottrina hanno dato della buona fede in senso oggettivo nel contesto degli artt. 1175, 1337 e 1375 cod. civ. adattandola però alla speciale natura della fattispecie pratica commerciale scorretta e alla tipologia del destinatari, i consumatori<sup>133</sup>. Risulta, invece, meno chiaro il riferimento alla correttezza<sup>134</sup>.

---

*sub art. 18, comma 1, lett. h) in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), Le modifiche al codice del consumo op.cit., 76 ss. In questo senso DE CRISTOFARO G., La nozione generale di pratica commerciale «scorretta», cit.,152; LIBERTINI M., Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, cit. 96, BARTOLOMUCCI P., Le pratiche di mercato scorrette. Profili civilistici, cit.,76;*

132 Cfr. il parere espresso dal Parlamento Europeo in prima lettura sulla proposta di direttiva. Sul requisito della buona fede in tema di clausole abusive, fra tutti, cfr. MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli Editore-Torino, 59 ss.

E' stato osservato che «La circostanza che nel principio di buona fede oggettiva gli stessi organi comunitari abbiano individuato la matrice comune alle due uniche discipline comunitarie [direttive CEE/93/13 e 2005/29/CE] di tutela degli interessi economici dei consumatori di valenza autenticamente 'generale', in quanto suscettibili di trovare applicazione a qualsiasi rapporto contrattuale, conferma ed esalta la centralità e l'importanza del ruolo che il principio di buona fede assume ed è destinato ad assolvere nel presente (e a maggior ragione nel futuro) diritto comunitario dei contratti dei consumatori)». DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione di pratica commerciale «sleale» ed i parametri di valutazione della slealtà*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di) *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* 124.

133 Il rilievo è in DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale scorrette*, op.cit., Lo stesso Autore in *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, op. cit. 129, evidenzia "sarebbe invero irragionevole(...)postulare una assoluta e completa autonomia tra i due sistemi normativi (...) Per altro verso deve negarsi che la qualificazione di una pratica commerciale in termini di "scorrettezza"(...) comporti sempre, necessariamente e automaticamente, la contrarietà a buona fede (a norma e ai fini di cui agli artt. 1175,1337,e 1375) del relativo comportamento.

Sulla buona fede e la correttezza nel diritto italiano la bibliografia è sconfinata *ex plurimis* sia consentito richiamare: ROMANO S., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 677ss evidenzia la difficoltà di individuare una definizione unitaria dei tanti significati e sfumature che la buona fede può assumere. BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il Contratto*, Milano, 1984, 591 -633, definisce la buona fede come "l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio". BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto, disc. Priv. (sez. civ.)*,II, Torino,1958, 154ss. CARUSI *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 709 ss.; Sul rapporto tra l'art. 1337 e l'art. 1338 disegnato dalla dottrina prevalente come di *genus ad speciem*, per cui l'art. 1337 è la regola cardine in cui trova fondamento anche l'obbligo di comunicazione, di cui al successivo art. 1338 cod. civ., imposto alla parte che "conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altro" si richiama MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, Giappichelli, 1995, in part. Cap. III, per l'ampia ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale.

134 Cfr. Sembra propendere per una soluzione di autonomia SCALI M., *sub art. 18, comma 1, lett. h) in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), Le modifiche al codice del consumo op.cit., 76 ss. nella stessa opera si veda RABITTI M., sub. Art. 20, che afferma che la correttezza nel contesto dell'art. 20 sembra avere un significato diverso da quello che le è normalmente attribuito nel codice civile, in part. 149.*

La maggior parte della dottrina ritiene che il riferimento alla correttezza non abbia un ruolo autonomo rispetto a quello della buona fede ma ne costituisca un mero rafforzamento<sup>135</sup>.

Alcuni Autori hanno ritenuto che nella determinazione del contenuto della diligenza professionale la nozione abbia una rilevanza autonoma perchè riferita non alla correttezza *tout court* ma alla correttezza professionale che impone non al *quisque de populo* ma all'operatore economico qualificato come professionista il rispetto di regole di comportamento più rigorose che derivano dalla legge, dal contratto eventualmente concluso e anche dalle regole deontologiche<sup>136</sup>.

A conferma di questa interpretazione si assume che tra professionista e cliente-consumatore vi è una rilevante asimmetria informativa<sup>137</sup> e, ciò, già nel diritto comune, impone in capo al primo il più elevato standard di diligenza professionale, di cui all'art. 1176, 2 comma, cod. civ.<sup>138</sup>

Con particolare riferimento all'oggetto della presente ricerca, si osserva che la formulazione dell'art. 19, comma 2, lett. b) cod. cons. fa un espresso richiamo alla "correttezza professionale" che sostituisce il riferimento comunitario alla "Integrità professionale" sottolineandone così per un verso la peculiare declinazione della stessa e per l'altro delimitando i confini di una possibile deroga<sup>139</sup>.

---

135 Anche nel diritto privato la dottrina sembra considerare sinonimi le due clausole generali. CARUSI *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 709 ss. BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il Contratto*, Milano, 1984, 591 -633 DI MAJO A. *Delle obbligazioni in generale, Comm. Cod. civ. Sciaoja - Branca a cura di GALGANO F.*, sub art. 1173-1176, op.cit. Si veda anche la ricostruzione di SALV. ROMANO, voce *Buona fede (dir. Priv.)*, V, Milano 1959, 685 evidenza, tra l'altro, che "sul piano del diritto privato la norma fondamentale di comportamento, in tutte le fasi di un procedimento negoziale, resta quella di correttezza".

136 In particolare, SCALI M., sub art. 18, comma 1, lett. h), in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 88 ss.; RABITTI M., sub. Art. 20, *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit. 142 ss.

137 Cfr. paragrafo 2.8 del presente elaborato per i particolari aspetti dell'asimmetria nel mercato dei servizi professionali.

138 SCALI M., sub art. 18, comma 1, lett. h), in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 88 ss.

139 Si rimanda all'analisi compiuta nel capitolo successivo in ordine ai limiti di applicabilità di questa disciplina alle norme nazionali e ai codici deontologici che disciplinano le professioni e alle diverse posizioni dottrinali in relazione alla disposizione menzionata.

Nell'ambito del rapporto professionale il comportamento secondo correttezza, quale si deduce dal codice civile, che mira a realizzare una solidarietà fra gli interessi delle parti, secondo la dottrina “viene alterato nel senso che sulla bilancia del sinallagma contrattuale hanno maggior peso gli interessi del creditore in quanto, per la loro specifica natura, attengono normalmente ai diritti fondamentali della persona che si configurano come diritti di libertà ( ergo : diritti assoluti)”<sup>140</sup>.

Nel rapporto di natura professionale che intercorre tra il professionista intellettuale e il cliente - consumatore il principio di correttezza proprio in virtù della molteplicità e dell'influenza che in esso hanno assunto i comportamenti individuati dalle regole della deontologia, “giuoca un ruolo di preminenza a prescindere dal rilievo che di volta in volta presentano gli obblighi di diligenza e buona fede”.

La “correttezza professionale” del professionista intellettuale ha una doppia anima: deontologica e negoziale. Dal punto di vista deontologico il concetto di correttezza ha un'estensione di contenuto maggiore rispetto a quella che l'obbligo di correttezza esige dal rapporto giuridico derivante dall'obbligazione. Ed, infatti, in tale prospettiva la dottrina evidenzia che sotto il versante deontologico i doveri di correttezza “si dilatano anche fuori del rapporto professionale per riferirsi a comportamenti che direttamente non riguardano la prestazione professionale, pur potendo indirettamente ad essa in qualche modo riferirsi, come si verifica a proposito dei rapporti del professionista coi suoi colleghi e con i membri delle altre professioni ecc.”<sup>141</sup>.

Del resto, come si chiarirà *ultra*, il concetto di diligenza professionale, che secondo l'interpretazione dottrinale prevalente a cui si aderisce, è elemento strutturale della definizione di scorrettezza della pratica, è a sua volta

---

140 LEGA C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, cit., 635.

141 *Id*, *ibidem*, cit. 636.

strettamente collegato ai codici deontologici e di condotta <sup>142</sup> eventualmente adottati dai professionisti in relazione all'attività esercitata. Questi svolgono una funzione di specificazione degli obblighi di diligenza professionale anche quando sono previsti *ex lege*, come chiaramente espresso nel considerando 20 della direttiva. Nella misura in cui consentono di dare contenuti di dettaglio alle clausole generali, di cui largo uso si fa nella disciplina delle pratiche, costituiscono uno strumento utile ad individuare le condotte che certamente i professionisti non dovranno porre in essere, salvo incorrere ove ne ricorrano i presupposti nella violazione diretta della nuova disciplina oltre che nelle eventuali sanzioni disciplinari.

Un altro Autore ritiene, perfino, che correttezza e buona fede siano principi che hanno una valenza normativa autonoma ed esterna rispetto alla nozione di diligenza e che, in quanto tali, impongono al professionista degli ulteriori doveri di informazione e lealtà nei confronti del consumatore al di là di qualsivoglia prassi commerciale; la contrarietà alla diligenza professionale secondo l'Autore consentirebbe di valutare la “pratica commerciale colpevole” e l'idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore medio, la pratica commerciale scorretta<sup>143</sup>. Questa costruzione esegetica nella quale la diligenza non è un elemento essenziale e costitutivo della fattispecie della pratica commerciale scorretta ma un criterio di valutazione della colpevolezza della condotta del professionista, un criterio di imputazione della responsabilità è criticata dalla dottrina perchè ne ridurrebbe la rilevanza posto che sembra rivelarsi funzionale al risarcimento del danno che non costituisce il principale rimedio contro le

---

142 Sul ruolo dell'autoregolamentazione e dei codici di condotta e deontologici nell'ambito della nuova disciplina, nonché sull'efficacia dell'autoregolamentazione vedi il successivo cap. 3 del presente elaborato. Sulla qualificazione dei codici deontologici nel diritto comunitario si veda LAZZARA P., *Concorrenza e codici deontologici nel diritto comunitario*, in *Foro amministrativo: Consiglio di stato*, 2002, 312ss.

143 LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 48.

pratiche commerciali scorrette<sup>144</sup>. Così come, all'opposto, assumendo la centralità della diligenza professionale un altro Autore ha rilevato che la scorrettezza della pratica sta proprio nella contrarietà alla diligenza professionale che si traduce in un approfittamento della razionalità limitata del consumatore<sup>145</sup> che genera una distorsione del suo comportamento economico.

La diligenza professionale è intesa dalla dottrina come perizia<sup>146</sup>, ovvero come il complesso delle regole di condotta professionali cui il professionista si deve conformare, determinato alla stregua dei parametri della correttezza professionale specifica e della buona fede.

La contrarietà a diligenza professionale è un parametro oggettivo di valutazione della scorrettezza della pratica che deve essere accertato caso per caso in relazione alle caratteristiche di ogni professione e che viene riportato alle aspettative che ragionevolmente i consumatori possono attendersi.

Il grado di perizia usato dal professionista nel rapporto di consumo con il consumatore è da considerarsi deficitario se “ragionevolmente” e motivatamente, alla luce delle regole giuridiche ed economiche che presidiano all'attività, il consumatore può aspettarsi un livello di competenza professionale più elevato<sup>147</sup>.

Dalle indicazioni sopra esposte deriva il seguente corollario: la diligenza professionale esigibile dal professionista intellettuale che opera in un settore sottoposto ad una regolamentazione pubblicistica in funzione dell'interesse

---

144 PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1117 ss.

145 GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali : dal modello economico alla disciplina giuridica*, cit.

146 PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, in particolare 1160; GENOVESE A., *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'AGCM relativa al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell'ordinamento*, cit. 8.

147 GENOVESE A., *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'AGCM relativa al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell'ordinamento*, op.cit., 8.



del cliente e anche dell'interesse pubblico, è “specifica” perchè gli obblighi deontologici di settore “rinforzano la motivazione dell'aspettativa di correttezza – soggettiva e oggettiva – del consumatore”<sup>148</sup>.

E' proprio il riferimento «*alle ragionevoli aspettative dei consumatori*» destinatari della pratica<sup>149</sup> che rompe gli schemi su cui la nostra tradizione civilistica è improntata dal momento che introduce un elemento di valutazione squisitamente soggettivo nella valutazione del *modus agendi* del professionista. L'avverbio “ragionevolmente”, farebbe riferimento non ad un modello astratto e statistico di consumatore poiché questa soluzione interpretativa determinerebbe un appiattimento della diligenza professionale sulle pratiche commerciali del settore ma ad un parametro preciso: quello di consumatore medio all'interno delle circostanze del caso concreto.

In tal modo al consumatore che deve superare le irti difficoltà relative alla dimostrazione della violazione delle specifiche e specialistiche regole professionali inerenti una data attività professionale si concede un nuovo strumento di più facile fruizione in quanto potrà chiamare il professionista a rispondere anche della violazione delle false aspettative che “ragionevolmente” ha creato attorno alla prestazione del suo servizio.

La lettera della definizione sembra rafforzare in tal modo il dovere di diligenza cui il professionista è tenuto, caricandolo anche di una valutazione di tipo soggettivo che pone al centro del rapporto non soltanto le capacità del

---

148 *Id. ibidem.*, 8. La riflessione dell'Autrice effettuata con riferimento ai settori regolati e sottoposti al controllo di altre Autorità amministrative indipendenti, si ritiene che si adatti anche con riferimento al settore delle professioni intellettuali “regolamentate” pur se con le opportune differenze derivanti dalla natura di ente pubblico associativo degli ordini e collegi professionali e non di autorità indipendenti. Inoltre Cfr. T. A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II sentenza n. 16 del 12 gennaio 2010 reperibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) e capitolo 4, par. 4.3 del presente elaborato.

149 DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della scorrettezza*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di) *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, op. cit., 125 ss. L'Autore ha rilevato che «l'ottica nella quale occorre porsi ai fini della concretizzazione delle «ragionevoli aspettative» (necessaria ai fini dell'individuazione del livello di competenza e attenzione che il professionista è tenuto ad adottare), non è dunque quella di un «osservatore» terzo, neutro ed esterno (come invece parrebbe suggerire il testo della direttiva), bensì quella dei consumatori destinatari della pratica».

professionista rispetto ad un modello oggettivo ma anche le esigenze e i bisogni del consumatore con cui entra in contatto per salvaguardare e proteggere la sua libertà di scegliere in modo consapevole.

Da questa prospettiva, si può evidenziare che la condotta del professionista contraria alla diligenza professionale in qualche modo rappresenta in modo distorto e decettivo l'informazione circa la professionalità che il consumatore si aspetta da un dato professionista. Per tale ragione, l'avvenuta lesione della libertà di scelta del consumatore può costituire un indice probatorio da cui desumere *ex post* la violazione della regola di diligenza, almeno nei casi più gravi<sup>150</sup>.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'incessante attività di lotta alle pratiche commerciali scorrette fa riferimento alla condotta che ragionevolmente ci si sarebbe potuti attendere dal professionista medio che svolga il determinato tipo di attività in questione e che quindi l'agente avrebbe dovuto tenere<sup>151</sup>.

Ciò significa che la nozione di diligenza professionale accolta nel novellato art. 18, comma 1, lett. h) è molto rigorosa e avanzata in quanto richiede che una pratica commerciale sia non soltanto conforme alla correttezza professionale in uso nel settore di attività del professionista ma anche ai dettami della buona fede e alle attese ragionevoli del consumatore destinatario della pratica, tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

La diligenza professionale, dunque, si determina in base alla "legalità specifica" del settore ma non si appiattisce nel rispetto dell'esperienza del settore né si esaurisce nell'osservanza delle prescrizioni regolamentari o di

---

150 La dottrina evidenzia che il profilo della diligenza professionale non risulta sempre adeguatamente motivato specie nei casi in cui l'ingannevolezza della pratica è talmente manifesta da implicare un comportamento contrario alla diligenza, così MELI V., in *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, relazione presentata al II convegno nazionale *"Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale"*, Roma 11-12 febbraio 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it), a cui si rimanda per disamina dei provvedimenti dell'AGCM.

151 Così si legge nella *Relazione annuale sull'attività svolta* 30 aprile 2009, 254. M.

fonte deontologica<sup>152</sup>, ove ciò non sia sufficiente a salvaguardare la libertà del consumatore di effettuare scelte di consumo libere e consapevoli specie in settori ove a causa dell'asimmetria informativa ciò diviene particolarmente difficile.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha fornito utili spunti interpretativi per la definizione dell'*identikit* del "professionista diligente". Ed, in particolare, i giudici amministrativi chiamati a decidere come coordinare il divieto di pratiche commerciali scorrette con le regolamentazioni settoriali poste a tutela del consumatore, hanno escluso un contrasto fra disciplina settoriale e disciplina generale, ed hanno ritenuto che la clausola di specialità dettata all'art. 19 cod. cons. non valesse ad affermare la prevalenza della prima sulla seconda. Inoltre, i giudici amministrativi hanno rigettato le argomentazioni difensive basate sulla osservanza della prescrizioni settoriali speciali che impongono obblighi di forma nei confronti delle previsioni generali di contenuto (in primis la conformità della condotta del professionista alla diligenza professionale che il consumatore medio si può ragionevolmente attendersi), dirette ad affermare che trattandosi di settori regolati, la diligenza professionale consiste nell'osservanza della normativa di settore<sup>153</sup>.

In particolare il Tar per il Lazio ha statuito che: «Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamento in parte desumibili da siffatte norme [ossia dalle discipline di settore], ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal

---

152 La diligenza del professionista deve essere apprezzata avendo principalmente riguardo a regole comportamentali di tipo oggettivo e generale; di conseguenza la violazione di obblighi legislativi e regolamentari costituisce l'ipotesi principe di pratica contraria alla diligenza ex art. 18. Sugli sviluppi giurisprudenziali sulla diligenza Cfr. *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2010* dall'Autorità Antitrust italiana, [www.agcm.it](http://www.agcm.it) 291 ss.

153 Ex plurimis per le motivazioni addotte sentenza TAR Lazio 29 marzo 2010, 4931 in [www.giurisprudenza-amministrativa.it](http://www.giurisprudenza-amministrativa.it).

Codice»<sup>154</sup>. E, inoltre, sempre soffermandosi sui parametri da considerare per la valutazione della contrarietà alla diligenza professionale ha precisato: «purchè ovviamente siffatte condotte siano concretamente esigibili, in un quadro di bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale secondo la logica alla base del modello, pur esso di derivazione comunitaria, del c.d. consumatore medio. ».

Da quanto detto si comprende allora che, l'adempimento degli obblighi di informazione e trasparenza stabiliti dalla legge o da regolamentazioni settoriali o di condotta non esclude - di per sé - l'esistenza di una pratica scorretta nei confronti del consumatore. La dottrina ritiene che il riferimento alla buona fede consente di superare o di andare oltre gli standard derivanti dalle pratiche di mercato invalse nel settore di attività di volta in volta considerato, imponendo comportamenti di "salvaguardia" e "promozione" (nel caso per esempio delle omissioni ingannevoli) delle condizioni necessarie a consentire al consumatore l'esercizio autentico e consapevole della libertà di scelta<sup>155</sup>, in conformità ad un dovere di solidarietà che, nella specie, non può essere che solidarietà verso il consumatore<sup>156</sup>. In tal modo si addi viene ad un ampliamento, ad un arricchimento degli obblighi

---

154 Tar Lazio, sentenza 8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia/Bolletta gas*. Il giudice amministrativo ha inoltre messo in chiaro che il richiamo alla disciplina settoriale non viene effettuato dall'Autorità per sostituirsi alle competenze delle autorità settoriali "bensì per evidenziare l'elevato standard di diligenza richiesto a professionisti operanti in settori oggetto di regolazione", precisando che "in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica, vi è il naturale innalzamento del gap di asimmetria informativa tra consumatore e professionista, e che, pertanto, ad esso, l'onere di diligenza gravante sull'impresa deve essere costantemente adeguato". Gli stessi principi sono affermati ripetutamente dal Tar per il Lazio, sentenze 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza 7 luglio 2009, n. 6446, *Fatturazione per chiamate satellitari*, sentenza 8 settembre 2009, n. 8400, *Prezzi bloccati dell'elettricità*, sentenza 9 aprile 2009, n. 3722, *Enel Energia/Cambio di fornitore*.

155 PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1117 ss., in part. 1160.

156 BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche di mercato scorrette. Profili civilistici*, cit., 76; G. DE CRISTOFARO, *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, cit., 152; LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., 96.

professionali ed anche ad una anticipazione degli stessi rispetto all'insorgere di un eventuale contratto<sup>157</sup>.

Nell'esame della nozione di diligenza professionale di derivazione comunitaria la maggior parte dei commentatori ha evidenziato i tratti differenziali e/o comuni con la nozione di diligenza professionale contenuta nel codice civile. In entrambi i casi si tratta di “concetti elastici” - per usare la terminologia di Stefano Rodotà - : «il che accade tutte le volte che il parametro legislativo indicato per la valutazione di un comportamento non è fissato una volta per tutte ed a priori essendo stabilite unicamente le modalità in base alle quali dovrà procedersi alla sua determinazione nelle diverse situazioni.»<sup>158</sup>.

Per una parte della dottrina la nozione di diligenza professionale fornita dall'art. 18 lett. h),<sup>159</sup> si differenzia totalmente dalla diligenza oggettiva cui è tenuto il debitore nell'adempimento delle obbligazioni, secondo il disposto dell'art. 1176, comma 2, cod.civ.<sup>160</sup>, pur se in ambedue i casi l'apprezzamento

---

157 Si è affermato che “Cautele informazioni, avvertenze, specificazioni, non calano più dall'alto (...) *scaturiscono* direttamente dalla posizione economico-sociale di operatore commerciale di natura professionale, essendovi intrinseche, e, dunque, rappresentano una nuova e assai significativa ipotesi di responsabilità da status per violazione di obblighi”, cfr. PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1161.

158 S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. Civ.)*, *Enc. Dir.*, XII ( Milano 1964), 540. Cfr. nota 122 per profili definiti del concetto di clausola generale e per il problema relativo alla concretizzazione di tali concetti indeterminati.

159 È stato osservato che l'aggettivo “normale” è stato “arbitrariamente aggiunto nella sola versione italiana della direttiva, ed improvvidamente mantenuto nella nostra disposizione di recepimento” così DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, 1188, forse il riferimento al normale grado di diligenza è stato assunto senza resistenze in quanto evoca il concetto di diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2 c.c.; MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali sleali*, a cura di GENOVESE A., Cedam, Padova, 2008, 98, l'Autore critica la nozione di diligenza professionale in esame in quanto «essa ci presenta una sorta di ibrido, tra diligenza professionale in senso civilistico e correttezza professionale, che, sotto entrambi i profili appare anacronistica e fuori contesto».

160 BIANCA C. M., *L'obbligazione, Manuale di diritto civile*, Giuffrè, 91, L'Autore definisce la diligenza dovuta dal debitore come «l'impiego normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore», e “la diligenza adeguata alla natura dell'attività esercitata” che il debitore deve usare nell'adempimento delle obbligazioni professionali in luogo della diligenza del buon padre di famiglia richiesta per le prestazioni comuni, come “quello sforzo di energie e mezzi mediamente e normalmente richiesto alla categoria professionale a cui il debitore appartiene, che «esprime (...) una misura oggettiva dello sforzo volitivo e tecnico richiesto al debitore».

deve essere effettuato “con riguardo alla natura dell'attività esercitata”.

La nozione secondo questi Autori, rappresenta una nozione autonoma e speciale rispetto a quella contenuta nel nostro codice civile, per le ragioni di seguito indicate.

La diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. viene in rilievo come parametro di valutazione dell'esattezza dell'adempimento di un'obbligazione apprezzabile con riguardo alla natura dell'attività esercitata e nell'ottica del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.; la diligenza viene valutata in rapporto alla diligenza del buon professionista della categoria di volta in volta considerata; permette di valutare in concreto e per specifiche singole obbligazioni, quale comportamento deve essere assunto dal debitore per soddisfare concretamente l'interesse del creditore.

Invece, la speciale ed autonoma nozione di diligenza nelle pratiche commerciali serve a valutarne la scorrettezza intesa in termini di alterazione, reale o potenziale del comportamento economico del consumatore, prescindendo anche dal danno effettivamente e causalmente prodotto e anticipando la soglia di tutela al pericolo di danno. Sul piano applicativo la contrarietà a diligenza professionale, rileverà ove si dimostri anche soltanto un'astratta idoneità della pratica a ledere il comportamento economico del

---

Inoltre, secondo l'Autore, “la diligenza professionale opera come criterio fondamentale di responsabilità e come criterio di determinazione della prestazione dovuta indicando nel primo caso, lo sforzo che il debitore deve impiegare per evitare l'inadempimento o l'inesattezza dell'inadempimento e, nel secondo caso, il modello di precisione e di abilità tecnica cui il comportamento dovuto deve conformarsi”. Pertanto, nella giurisprudenza si afferma che “il prestatore d'opera intellettuale viola il proprio dovere di diligenza, e perciò è inadempiente alle obbligazioni nascenti dal contratto d'opera professionale, quando risulti che agli abbia agito con negligenza, imperizia, imprudenza tali da violare le regole di comportamento alle quali si sarebbe attenuto un ipotetico professionista medio in relazione al caso concreto ed al risultato che le parti si ripromettevano. Cfr. per esempio Cass. 21 giugno 1983, n. 4245. Sui rapporti tra il primo e il secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. Cfr. DI MAJO A. *Delle obbligazioni in generale, Comm. Cod. civ. Sciaoja - Branca a cura di GALGANO F., sub art. 1173-1176*, cui si rimanda per l'ampia bibliografia. Sulla diligenza richiesta al professionista intellettuale nello svolgimento dell'attività professionale nei confronti del cliente con riferimento alla tradizionale distinzione tra le obbligazioni di mezzi e quelle di risultato, per un approfondimento del tema cfr. GIULIANA CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Cedam, 2008 ; DE ANGELIS P., *Il contratto d'opera intellettuale*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 137 ss.

consumatore<sup>161</sup> invece, la violazione della diligenza di cui all'art. 1176, 2 comma, cod. civ. rileva nella misura in cui abbia provocato un danno al creditore, secondo la regola dell'art. 1218 cod. civ.

---

161 Cfr. SCALI M, *sub art. 18, comma 1, lett. h)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 76ss. E nella stessa opera RABITTI M. precisa che “Si tratta di un “illecito di pericolo”, tale per cui non è necessario che si sia verificato l'effetto lesivo perchè si sia in presenza di una fattispecie giuridicamente rilevante”. Nello stesso senso anche MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di A. GENOVESE, Cedam, Padova 2008, 94.

### § 2.4 *L'attitudine a falsare il comportamento economico del consumatore*

Affinché una pratica commerciale (contraria alla diligenza professionale) posta in essere da un professionista possa considerarsi scorretta è necessaria la sua attitudine a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori (20 cod. cons., comma 2 cod. cons.). Ciò vuol dire che non ogni condotta contraria alla diligenza è per ciò solo idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio.

L'ulteriore parametro di valutazione della pratica è individuato all'art. 18, comma 1, lett. e) «nell'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo, pertanto, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso<sup>162</sup>». L'utilizzo rafforzativo dell'avverbio “sensibilmente”, letto insieme con gli aggettivi “rilevante” o “apprezzabile” che compaiono nel nuovo *corpus* normativo (art. 20, commi 2 e 3), esprime la necessità di selezionare tra le pratiche commerciali quelle che abbiano svolto un ruolo significativo nell'indurre il consumatore ad assumere una certa decisione di natura commerciale.

Come emerge dalla lett. m) dello stesso articolo, la «decisione di natura commerciale»<sup>163</sup> abbraccia in un'accezione molto ampia tutte le fasi dell'atto di consumo e non soltanto la scelta relativa all'intero rapporto contrattuale ma anche le scelte che attengono alle singole pattuizioni del regolamento contrattuale relative a tempi e modalità di pagamento ecc.

---

162 Sulla nozione ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, lett. e)*, in MINERVINI E. ROSSI CARLEO L. (a cura di) *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 66 ss.

163 Sulla nozione SCALI M., *sub art. 18, comma 1, lett. m)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit., 98 ss Cfr. considerando 17 della direttiva 2005/29/Ce che fa riferimento alla decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto; tale decisione può portare il consumatore a compiere un'azione o all'astenersi dal compierla.



L'alterazione sensibile della capacità del consumatore di prendere una decisione di natura commerciale, secondo la dottrina, è volta ad evitare un'applicazione formalistica del divieto di pratiche commerciali scorrette, ed a selezionare le condotte idonee ad influire sui processi di scelta del consumatore<sup>164</sup>. L'alterazione sensibile menzionata nella norma rappresenta una nozione di carattere elastico e relativa «in quanto muta a seconda della categoria dei destinatari, categoria che sembrerebbe doversi legare al tipo di prodotto pubblicizzato»<sup>165</sup>. Il principio è stato concretizzato nei primi casi sottoposti all'attenzione della Corte di Giustizia che in modo esemplare ne evidenziano la centralità nel sistema di valutazione della scorrettezza di una condotta<sup>166</sup> e nei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Questo aspetto deve tenersi in assoluta considerazione con riferimento alle prestazioni rese dagli esercenti un'attività professionale connotate da caratteristiche del tutto peculiari. Il particolare rapporto

---

164 Così LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit. 103. Così, per esempio, tornando al caso delle offerte congiunte esaminato dalla Corte di Giustizia, l'avvocato generale rileva che non ogni congiunzione della vendita di merci con un gioco a premi comporterà, in via di principio e per sé, un effetto manipolativo "rilevante", per stare all'aggettivo utilizzato nella direttiva, come criterio di selezione tra le tante pratiche poste in essere dal professionista

165 Così L. ROSSI CARLEO, *sub art. 18, lett. e*, in E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 66 ss.

166 Il principio era già stato sostenuto nella conclusioni presentate nelle cause riunite C- 261/07, VTB- VAB, e C299/07, Galatea. Infatti, le fattispecie di offerte congiunte, in generale, ove siano trasparenti, non incidono negativamente sulle scelta di natura economica che il consumatore compie potendo comportare per questi anche un vantaggio in termini di prezzo. L'avvocato generale in particolare afferma che non è sufficiente per concludere che l'offerta congiunta è sleale il fatto che in contrasto con la diligenza professionale sia idonea o falsi il comportamento economico del consumatore medio, in quanto risulta necessaria una valutazione della concreta pratica commerciale nel singolo caso. Osserva che «un'offerta congiunta non trasparente può indurre in errore i consumatori sul reale contenuto e sulle effettive qualità delle merci o dei servizi offerti congiuntamente. Un elevato pericolo di induzione in errore sussiste, in particolare, quando chi pubblicizza il prodotto nasconde alcune informazioni fondamentali o le fornisce in maniera non chiara, incomprensibile o ambigua. Se, nella specie, il consumatore cade per tale motivo in errore sulla convenienza del prezzo dell'offerta congiunta, sulle caratteristiche o anche sul valore delle prestazioni congiunte, egli viene al tempo stesso privato della possibilità di confrontare il prezzo e la qualità di questa offerta con prestazioni analoghe offerte da altri operatori, perciò saranno sanzionate solo se impediscono al consumatore di prendere una decisione consapevole in relazione all'eventuale acquisto di un prodotto e alle modalità con cui acquistarlo anche a prescindere, dunque, da un eventuale danno patrimoniale.

cliente/consumatore-professionista è stato infatti oggetto di approfonditi studi che ne hanno posto in evidenza le peculiarità, a cui si dedicherà attenzione nei paragrafi successivi.

L'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile le scelte dei consumatori delimita la sfera applicativa della disciplina<sup>167</sup> costituendo un limite all'agire del professionista che deve rispettare la libertà di decisione del consumatore medio<sup>168</sup> nella fase della scelta finale dell'acquisto di dato servizio o bene<sup>169</sup>.

Questo significa che la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, pur essendo aspetti strettamente connessi e complementari, sono momenti logicamente distinti.

Ed infatti, se è difficile immaginare una alterazione del comportamento economico del consumatore che non sia causata dalla violazione di una regola di condotta<sup>170</sup>, è invece possibile l'inverso, e cioè che, alla violazione di una regola di diligenza non consegua per ciò solo l'alterazione del

---

167 Cfr ROSSI CARLEO L., *sub art. 18, comma 1, lett.* in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit., osserva che l'alterazione sensibile menzionata rappresenta la misura rilevante entro la quale valutare la correttezza della pratica; è una nozione elastica e relativa nel senso che varia in relazione alla categoria dei destinatari e al tipo di prodotto pubblicizzato. Anche LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* (a cura di) A. GENOVESE, Cedam, Padova, 2008, 61, sottolinea che tale criterio impedisce «un'applicazione formalistica del divieto di pratiche commerciali scorrette, in relazione a fattispecie che, in base ad una valutazione sociale tipica, appaiano inidonee ad influire sui processi di scelta del consumatore»

168 Il consumatore medio è una figura introdotta dalla disciplina ma già conosciuta a livello europeo che fa riferimento al consumatore normalmente avveduto. SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), op.cit. 141 ss.; ROSSI CARLEO L., *Consumatore, consumatore medio, investitore, cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette* in *Convegno, La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari, 19 marzo 2010*, cit. l'Autrice evidenzia che il rilievo attribuito dalla nuova disciplina all'attività determina un ampliamento della nozione di consumatore che è svincolato dalla posizione di contraente e risulta destinatario di una tutela più allargata e pervasiva che si specifica e diversifica in relazione al mercato di riferimento nel quale di volta in volta si colloca.

169 Così la dottrina concorda nel rilevare che l'introduzione di questa figura di consumatore tipo comporta implicitamente l'ammissione del c.d. *dolus bonus*, proprio perché si suppone che il consumatore sia in grado di conoscere e riconoscere quel tipo di pubblicità.

170 SCALI M., *sub art. 18 comma 1, lett. e)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit.; GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, *Convegno, La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari, 19 marzo 2010*, cit. sottolinea che falsare il comportamento del consumatore è di per sé contrario alla diligenza perché danneggia il mercato e il singolo consumatore.

comportamento economico del consumatore<sup>171</sup>. Quest'ultima precisazione permette di fare una riflessione ulteriore, e cioè che, proprio l'ancoraggio della nozione di diligenza professionale – di per sé suscettibile di vestire diversi significati a seconda delle tradizioni giuridiche e dei principi etici dei diversi Stati membri – alla idoneità in concreto ad alterare il comportamento economico del consumatore medio rappresenta l'antidoto contro il rischio di aggirare l'armonizzazione massima<sup>172</sup>.

Nella costruzione della maggiore tutela degli interessi economici dei consumatori assume un ruolo cruciale il diritto / dovere alla corretta informazione per una piena capacità di discernimento del consumatore nelle scelte di consumo.

---

171 RABITI M., *sub art. 20 cod. cons.*, in *Le Modifiche al codice del consumo*, cit., 142 ss.

172 In questo secondo elemento compare il riferimento al comportamento economico del consumatore che richiama la scelta del legislatore comunitario fissata nel primo articolo della direttiva di rivolgere questa disciplina agli interessi di natura economica. Nel testo recepito dal nostro legislatore non vi è una analoga e chiara disposizione in tal senso, ma proprio per il carattere massimale dell'armonizzazione che si è intesa raggiungere con questo provvedimento non sembra potersi attribuire a quella che è una connotazione precisa di questa normativa, dei significati più ampi anche se risponenti all'intento di assicurare una maggiore tutela al consumatore.

**§ 2.5 La nozione di consumatore medio come parametro di valutazione della scorrettezza della pratica commerciale.**

E' significativo, comunque, che per la prima volta a livello normativo venga introdotto il concetto di "consumatore medio" che compare non solo nell'art. 20, comma 2, cod. cons. con riferimento alla fattispecie generale di pratica commerciale scorretta ma anche nei commi 1 e 2 dell'art. 21 cod. cons. in tema di pratiche commerciali ingannevoli, nei commi 1 e 2 dell'art. 22 cod. cons. e nell'art. 24 cod.cons.

La nozione in argomento, frutto dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia<sup>173</sup>, riveste un ruolo cruciale nel disegno del legislatore comunitario; rappresenta il consumatore di riferimento a cui raffrontare il comportamento del consumatore che agisce nel caso concreto per valutare l'attitudine della pratica commerciale a falsare in misura apprezzabile il suo comportamento.

Si tratta di una nozione dai contorni non definiti e tale da investire il giudice o l'autorità garante del compito di concretizzarne il contenuto. La lettera del *considerando* 18 della direttiva fornisce un prezioso ausilio in quanto prevede che è "consumatore medio" un consumatore che è "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici". La dottrina, nel determinare nel dettaglio il contenuto della formula citata, ha evidenziato la non omogeneità dei concetti di informazione, avvedutezza e attenzione rilevando che: "l'informazione attiene al bagaglio culturale ed esperienziale della persona attenzione è la vigile consapevolezza del proprio interesse, quale consumatore, includente spirito critico e capacità di selezionare le informazioni, e l'avvedutezza

---

<sup>173</sup> Cfr. causa C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV contro Clinique Laboratoires SNC e Estée Lauder Cosmetics GmbH, Raccolta 1994, I-317; causa C-210/96, Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contro OberKreisdirektor des Kreises Steinfurt, Raccolta 1998, pag.I 4657.

appare il contrario della distrazione o della superficialità. Ne deriva che, nel giudizio sul grado di informazione deve guardarsi al modo di essere del consumatore, in quello sull'attenzione, al suo modo di rapportarsi sul mercato, in quello sull'avvedutezza al suo modo di compiere determinate operazioni economiche<sup>174</sup>.

Il consumatore medio non è individuato statisticamente ma è un criterio generale di riferimento al tipico destinatario di un prodotto e/o servizio<sup>175</sup>.

È un criterio elastico, destinato ad evolversi con l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria che costituirà un punto di riferimento ineludibile per orientare le decisioni dei giudici nazionali nella valutazione della scorrettezza delle pratiche commerciali al fine di ridurre il rischio di decisioni divergenti nel mercato comune e fornire una uniforme applicazione della disciplina nei diversi Stati membri<sup>176</sup>.

Il ricorso alla nozione di consumatore medio risponde ad un principio di proporzionalità, nel senso che costituisce un criterio più oggettivo circa la

---

174 MELI V., in *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, relazione presentata al II convegno nazionale *"Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale"*, Roma 11-12 febbraio 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).

175 Il considerando 18 afferma testualmente che: *«La nozione di consumatore medio non è statistica»*. Con riferimento al nostro ordinamento possono valere le indicazioni offerte dalla dottrina pur se in un altro contesto e con riferimento alla diligenza del buon padre di famiglia Cfr. Di Majo A. *Delle obbligazioni in generale*, *Comm. Cod. civ. Sciaoja – Branca a cura di GALGANO F., sub art. 1173-1176, 416-417*, L'Autore osserva che la figura del *diligens pater familias* non esprime una medietà statistica ma è un concetto deontologico, "che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale". L'Autore, inoltre, prospetta il pericolo che "la gestione del rapporto obbligatorio possa appiattirsi in una statica conservazione degli interessi che sono in esso immediatamente coinvolti (quello debitorio e quello creditorio), senza riguardo ad altri interessi che pure possono essere connessi al rapporto, ed avendosi a modello una nozione di *homo economicus* preoccupato soltanto (della salvaguardia) del proprio utile individuale. Evidenza che "A tale pericolo si dovrà ovviare attraverso una prassi applicativa del criterio che tenga conto di quelle indicazioni costituzionali che si riferiscono generaliter all'operato dei soggetti, sia come singoli sia nelle formazioni sociali di cui fanno parte. Pur non essendo il rapporto obbligatorio una "formazione sociale", è tuttavia da riconoscere che, nell'attuazione di esso sono operanti quei doveri di solidarietà, politica, economica e sociale, di cui parla l'art. 2 cost. Né mancano altre indicazioni in altre norme della Costituzione". E prosegue con il riferimento agli artt 41 e 42. "Così Secondo l'autore così come il criterio della buona fede "anche l'agire diligente dovrà colorarsi di quei contenuti etico-sociali che sono alla base del nostro assetto costituzionale, anche nei rapporti inter partes". Ciò per evitarne un appiattimento nella misura media e normale dell'agire dell'uomo comune.

176 Il considerando 18 prosegue affermando che: *«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.»*.

valutazione di slealtà di una determinata pratica commerciale e consente di contemperare l'esigenza della libera circolazione delle merci e servizi e quella di tutela del diritto del consumatore che "agisce" nel mercato e "sceglie" consapevolmente<sup>177</sup>. Infatti, non potrà essere tutelato l'affidamento del consumatore inescusabilmente distratto o sprovveduto<sup>178</sup>. Questo rilievo ha condotto la dottrina ad ascrivere la nuova disciplina tra gli interventi comunitari a tutela del buon funzionamento del mercato<sup>179</sup>. Come è stato rilevato in dottrina, la disciplina delle pratiche commerciali pone particolare attenzione al modo di comportarsi del professionista ma, al contempo, impone una modalità di comportamento anche al consumatore. Questi, infatti, in ragione del filtro predisposto dal riferimento al consumatore medio, qualora non si comporti in modo ragionevolmente attento ed avveduto non accede alla tutela<sup>180</sup>.

---

177 Cfr. Tar Lazio, sentenza 9 aprile 2009, n. 3723 per cui il consumatore medio configura "un modello giuridico astratto, volto a bilanciare, secondo il principio di proporzionalità, l'esigenza di libera circolazione delle merci e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale." AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta*, 31 marzo 2010, 209 ss.

178 Il riferimento ad un parametro standard potrebbe lasciar fuori un consumatore debole che non rientra nel paradigma del consumatore medio. Per esempio, un contadino di montagna non è un consumatore medio in quanto non rientra in nessuna delle categorie protette ma è possibile che non sia comunque mediamente informato.

179 MELI V., in "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, 24; Genovese A., *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'AGCM relativa al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell'ordinamento*, cit.12. L'Autrice evidenzia che: "L'identificazione del consumatore tutelato riguarda quindi in primo luogo l'incidenza di questa disciplina sull'attività di consumo e sulla soddisfazione di soggetti che hanno conoscenze, capacità patrimoniali e preferenze diverse, anche in relazione al modo e all'intensità con cui le imprese fanno offerte in concorrenza. Sicché l'identificazione del consumatore tutelato con il consumatore medio e l'identificazione del consumatore medio con il consumatore che agisce in modo normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto (cfr. il Considerando 18 della Direttiva 2005/297Ce) è l'espressione di una netta scelta di campo dell'ordinamento a favore della concorrenza effettiva e del consumatore che si attiva per alimentarla anche con le proprie scelte.

La previsione peraltro, nella misura in cui è formulata come standard, lascia all'AGCM consistenti margini di discrezionalità valutativa che investono il fronte più vasto dei rapporti fra tale disciplina e i principi di tutela della concorrenza e del mercato. La concretizzazione della clausola ha infatti ripercussioni anche sull'entità dei costi di una produzione e sull'allocazione di tali costi nelle diverse fasi di un ciclo produttivo o commerciale. Da questo punto di vista, l'attivismo che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette esige dal consumatore, pena il diniego di protezione, si può anche, caso per caso, o settore economico per settore economico, porre in relazione con l'entità dei costi che l'impresa sarebbe chiamata ad affrontare per rapportarsi con il consumatore in modo corretto.

180 ROSSI CARLEO L. *Convegno, Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, 19 marzo 2010.

Tale disciplina, inoltre, esalta il ruolo del consumatore che, diversamente dal passato è considerato non destinatario passivo delle multiformi iniziative promozionali del professionista ma uno degli attori protagonisti del mercato capace di orientare con le proprie scelte la domanda. Non mancano posizioni critiche a riguardo.

In particolare, si condivide l'opinione dottrinale, espressa con riferimento alla direttiva, ma valevole anche con riferimento alla disciplina di recepimento, che ne evidenzia " il passaggio dalla protezione del consumatore quale soggetto debole alla considerazione del consumatore quale operatore economico" ed ancora che "la tutela più che restringersi quantitativamente, sembra ridursi qualitativamente, sempre più limitata, almeno all'apparenza e a una prima lettura, all'"uomo economico" e sempre meno attenta alla persona." <sup>181</sup>.

Si profila in dottrina il dubbio che il riferimento al consumatore medio "possa condurre ad un generalizzato livellamento verso il basso del grado di tutela riconosciuto ai consumatori<sup>182</sup>". Infatti, effettuare un giudizio circa la scorrettezza di una pratica commerciale, sulla base di un criterio esclusivamente oggettivo quale quello del consumatore medio, potrebbe, in alcuni casi, risultare limitativo. Ciò significa che in casi marginali la tutela delle pratiche commerciali scorrette non tutelerà il singolo consumatore "sprovvisto" che potrà avvalersi solo dei rimedi civilistici.

Ma la valutazione dell'attitudine di una pratica commerciale a comportare un'alterazione del comportamento economico del consumatore, andrà effettuata rispetto ad una serie di circostanze concrete e soggettive (caratteristiche culturali, sociali o linguistici dei destinatari di una pratica commerciale) che variano caso per caso come evidenzia anche l'Autorità

---

<sup>181</sup> ROSSI CARLEO L., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., 14.

<sup>182</sup> DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, 27.

garante<sup>183</sup> della concorrenza e del mercato.

Qualche utile indicazione sul parametro del consumatore medio si rinviene anche nelle conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak, presentate nella causa C-304/08 del 14 gennaio 2010, ove si rileva che nel caso concretamente esaminato dalla Corte europea il consumatore medio potrà agevolmente riconoscere che il beneficio è limitato ad una partecipazione gratuita al lotto e che per godere di tale beneficio, deve acquistare merci per un valore minimo di cento euro. E pertanto *può liberamente decidere se partecipare alla promozione, o se soddisfare il suo bisogno di giocare al lotto rivolgendosi ad un concorrente*<sup>184</sup>. Dunque, questo è uno dei casi, in cui si ritiene che l'incitazione a partecipare ad un gioco a premi, pur se contraria alla diligenza professionale, non falserà, o falserà solo in misura non rilevante il comportamento d'acquisto del consumatore.

Sull'argomento, un Autore ha osservato<sup>185</sup> che il carattere innovativo non è da attribuire alla nozione di consumatore medio ma al raggruppamento dei consumatori in categorie, che è funzionale a modulare nel modo più opportuno gli obblighi di comportamento cui il professionista è tenuto, al fine di assicurare una maggiore protezione a gruppi di consumatori più deboli.

Il criterio del consumatore di riferimento è stato, dunque, modulato a seconda che la pratica scorretta si rivolga alla generalità dei consumatori o specificatamente ad un gruppo particolare di destinatari, come ad esempio gli adolescenti, o le persone anziane, o comunque categorie di soggetti più

---

183 Nella "Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007" dall'Autorità Antitrust, presentata il 24 giugno 2008, *www.agcm.it.*, 231-232 si legge che il riferimento al consumatore medio quale parametro per la valutazione di scorrettezza delle pratiche commerciali non sembra destinato a incidere significativamente sulla prassi già seguita dall'autorità in materia di pubblicità ingannevole, che ha sempre valorizzato le caratteristiche soggettive dei destinatari della comunicazione di impresa in relazione alla decodifica del messaggio pubblicitario.

184 Punto 103 delle conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak presentate il 3 settembre 2009 causa C-304/08.

185 E. MINERVINI, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, cit., 80.



vulnerabili (art. 20, comma 3, cod. cons.), in tal caso quale consumatore medio di riferimento verrà considerato un esponente medio appartenente a quel gruppo. In tal modo si è inteso assicurare una maggiore tutela a determinate categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

**§ 2.6 Le nozioni di consumatore e consumatore medio proiettate nel mercato dei servizi professionali.**

Si ritiene opportuno proiettare le nozioni di “consumatore” e “consumatore medio” con riferimento al rapporto di consumo con il professionista intellettuale.

Preliminarmente occorre evidenziare che, come noto, le nozioni richiamate assolvono due diverse funzioni nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

La nozione di “consumatore medio” rappresenta un parametro di valutazione nell'ambito del giudizio sulla scorrettezza di una data pratica commerciale nei termini di cui si è detto nel paragrafo precedente. Invece, la comune e tradizionale definizione di consumatore *tout court* senza alcun tipo di specificazione, che si rinviene nell'elenco delle definizioni raccolte nell'art. 18 cod. cons., analogamente alle varie discipline di derivazione comunitaria, vale a delimitare l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina che riguarda unicamente i rapporti *business to consumer*.

Fatta questa precisazione, si ritiene opportuno per un verso, definire il profilo della clientela che può comprendere sia clienti - professionali che clienti - consumatori, destinatari di diverse discipline, e per l'altro soffermarsi sulle caratteristiche economiche del mercato dei servizi professionali che rilevano nella individuazione dello standard consumatore medio nel settore in esame.

**§ 2.7 Segue. Il cliente - consumatore di servizi professionali: il requisito della «fisicità» e il requisito dei «fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale».**

Il cliente del professionista è, di norma, colui che stipulando il relativo contratto d'opera intellettuale, regolato in massima parte dagli 2230 ss. cod. civ. ha conferito l'incarico al professionista ed è, conseguentemente, tenuto al pagamento del corrispettivo<sup>186</sup>. L'espressione indica genericamente la parte che richiede una prestazione d'opera intellettuale a fronte di un contratto.

Il cliente nel contesto del codice civile del 1942 può essere una persona fisica o una persona giuridica e quest'ultima può avere natura privatistica o pubblicistica.

Invece, la definizione di consumatore, così come formulata nella direttiva 2005/29/CE e recepita oggi, all'art. 18, comma 1, lett. a) cod. cons. restringe l'ambito applicativo della disciplina *“alla persona fisica che nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”*<sup>187</sup>. D'altra

---

<sup>186</sup> Sulla posizione del cliente DE ANGELIS P., *Il contratto d'opera intellettuale*, op. cit. Le parti del contratto tipico in esame sono due: libero professionista e cliente, destinatario della prestazione d'opera intellettuale. Occorre precisare che se è vero che normalmente il destinatario della prestazione d'opera intellettuale è il cliente-contraente vi sono casi in cui il beneficiario della prestazione è un terzo. Ciò si verifica nel c.d. contratto di clientela “caratterizzato da un mandato professionale conferito da un soggetto ad un avvocato o procuratore legale, libero professionista iscritto nel comune albo professionale, affinché esegua senza alcun vincolo impiegatizio, la prestazione autonoma della sua opera professionale intellettuale, estesa a tutte le eventuali controversie da trattare durante il tempo di svolgimento del mandato” così cass., 31 marzo 1969, n.1045, Rep.For. it., 1969, voce *Professioni intellettuali*, c. 2174, n. 48, citata in *Il contratto d'opera professionale*, 150, op.cit.; Cfr. LEGA C. *Il cliente dell'avvocato*, in *giur.it*.1968,I,1,299. Cfr. Trib. Monza Sez. I, 30/08/2010; La stessa precisazione si legge in App. Roma Sez. III, sentenza 02/02/2010 Massima redazionale, 2010 “Il rapporto di prestazione d'opera professionale, la cui esecuzione sia dedotta dal professionista come titolo del diritto al compenso, presuppone l'avvenuto conferimento del relativo incarico in qualsiasi forma idonea a manifestare inequivocabilmente la volontà di avvalersi della sua attività e della sua opera da parte del cliente convenuto per il pagamento del compenso. Ne consegue che il cliente non è necessariamente colui nel cui interesse viene eseguita la prestazione d'opera intellettuale, ma colui che stipulando il relativo contratto ha conferito l'incarico al professionista ed è conseguentemente tenuto al pagamento del corrispettivo”.

<sup>187</sup> Sulla definizione di consumatore si veda KIRSCHEN S., *sub art. 3, comma 1, lett. a)*, in G. ALPA -L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Codice del Consumo. Commentario*, cit., 46 ss.; Con riferimento alla definizione speciale dettata in tema di pratiche commerciali scorrette KIRSCHEN S., *sub art. 18, comma 1, lett. a)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit., 41 ss.

parte è molto più estesa in quanto la disciplina si applica a qualsivoglia pratica commerciale posta in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto. Proprio perché segna il passaggio dalla disciplina dell'atto *in senso statico* - nel caso di specie del contratto d'opera professionale - alla disciplina dell'attività professionale - *in senso dinamico* - ovvero dell'insieme di atti considerati che ricevono una disciplina nel loro complessivo svolgersi.

La dottrina, evidenziando “la complessiva somiglianza” della definizione richiamata a quella corrispondente di cui all'art. 3, comma 1 lett. a) cod. cons., ne ha posto in dubbio l'effettiva utilità e il carattere speciale<sup>188</sup>. La nozione in argomento rappresenta “la risultante delle definizioni che, ormai da anni, nelle direttive comunitarie e nelle relative regole nazionali di attuazione sono state attribuite in modo quasi ripetitivo alla figura del consumatore”<sup>189</sup>.

Tale nozione si differenzia da quella ampia prevista nell'originario art. 18, comma 2 cod. cons. in tema di pubblicità ingannevole<sup>190</sup>. Nel novellato art. 18, comma 1, lett. a) non vi è più il riferimento alla persona giuridica e, del resto, non poteva essere diversamente stante la limitazione comunitaria della tutela delle pratiche commerciali scorrette a favore del consumatore quale persona fisica.

Il requisito della “fisicità” del consumatore è affermato in modo monolitico nella giurisprudenza della Corte di giustizia e anche nella giurisprudenza nazionale, nonostante le perplessità sollevate in dottrina<sup>191</sup>.

---

188 Così KIRSCHEN S., *sub art. 18, comma 1, lett. a)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., 44;

189 *Id.*, *ibidem*, 45.

190 BASSAN F., *sub art. 18*, in G. ALPA -L. ROSSI CARLEO (a cura di) *Codice del Consumo. Commentario*, cit., 203-204. L'Autore ponendo in evidenza l'ampiezza della definizione rilevava “al consumatore si affianca l'utente, alla persona fisica si aggiunge quella giuridica, al destinatario della comunicazione si unisce colui che comunque ne subisce le conseguenze. Non si ha solo l'estensione della nozione di consumatore con quella dell'utente che consente l'applicazione della norma sia ai prodotti sia ai servizi ,ma anche l'inserimento della persona giuridica - di per sé incompatibile con la definizione di consumatore - e infine l'ampliamento, residuale, della categoria dei destinatari, intesi come coloro che comunque, direttamente o indirettamente, ricevano pregiudizio dalla violazione delle norme”. 203.

191 Il condominio rappresenta in giurisprudenza l'unica eccezione al consumatore persona fisica

Conviene, invece, soffermarsi sul requisito dell' "estranità degli scopi all'attività professionale" - non differente nella sostanza dalla formulazione testuale che oggi compare nell'art. 18, comma 1, lett. a) cod. cons. - sul quale la dottrina si è intensamente misurata evidenziando la difficoltà di tracciare dei confini netti specie con riguardo agli scopi promiscui.

Il criterio discretivo tra scopo professionale e scopo extraprofessionale è basato sulla valutazione della "prevalenza" dell'uso personale o professionale del bene oggetto del contratto; mentre nel primo caso, ove cioè l'uso professionale del bene sia solo marginale, e prevalga nettamente quello personale il soggetto è qualificato come consumatore, nel secondo, invece, ove il bene sia destinato ad un uso anche solo parzialmente professionale, il soggetto non potrà accedere alla tutela in quanto operatore professionale<sup>192</sup>.

Anche nell'interpretazione dei "fini" che non rientrano nel quadro dell'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale del consumatore bisogna ricorrere non ad una delicata indagine di natura psicologica ma alle finalità oggettive dell'operazione commerciale quale risulta dalle circostanze del caso concreto.

---

(Cass., ordinanza, 24 luglio 2001, n. 10086, in *Mass. Foro it.*, 2001, 855 ss.).

<sup>192</sup> Cfr. MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, cit. 523 ove l'autore esamina le diverse teorie relative alla natura di consumatore dell'acquirente di beni ad uso promiscuo.

*§ 2.8 Segue. Le caratteristiche peculiari del rapporto cliente-consumatore professionista intellettuale: «asimmetria informativa», «selezione avversa» ed «effetti esterni», e la loro rilevanza sul profilo del consumatore medio.*

Per meglio individuare il profilo del consumatore medio di riferimento e di conseguenza il contenuto del dovere di diligenza di cui all'art. 18 cod. cons. richiesto al libero professionista a tutela dei consumatori e dell'interesse pubblico è opportuno soffermarsi sulle peculiarità del mercato dei servizi professionali.

Nelle analisi economiche condotte a livello nazionale e comunitario al fine di individuare le ragioni della regolamentazione cui le professioni sono sottoposte vengono in rilievo le seguenti caratteristiche: le asimmetrie informative esistenti tra cliente e professionista nei servizi professionali, il conseguente rischio per il consumatore di fenomeni di selezione avversa, gli "effetti esterni" di alcune prestazioni professionali ovvero l'impatto che le attività professionali producono su rilevanti beni giuridici come la salute, l'amministrazione della giustizia ecc.

L'indagine conoscitiva sugli Ordini e Collegi professionali effettuata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>193</sup>, più di dieci anni or sono, può costituire un utile punto di partenza nell'analisi di tali aspetti cui è dedicato un particolare approfondimento anche a livello comunitario.

Quale prima caratteristica si rileva la presenza delle cc.dd. asimmetrie informative, espressione utile ad evidenziare il fatto che il professionista conosce il valore delle proprie prestazioni che hanno una natura particolarmente tecnica; invece, in genere, il consumatore è incapace di

---

<sup>193</sup> AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, IC 15, Prov. n. 5400 *settore degli ordini e collegi professionali*, 9 ottobre 1997, in part. Capitolo II. L'indagine ha al tempo stesso aperto la strada ad una stagione di cambiamenti nel mercato dei servizi professionali, nella quale anche la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette rappresenta un ulteriore traguardo e un ulteriore punto di partenza.

valutarne l'adeguatezza rispetto alle proprie esigenze per difetto di informazioni e cognizioni. L'asimmetria informativa si verifica *ex ante*, nella fase di specificazione della domanda indirizzata al professionista, quando il cliente non riesce nemmeno a identificare con precisione il tipo di prestazione che lo spinge a rivolgersi al professionista né, quindi, a misurare le possibili competenze dello stesso nella soluzione del problema sia *ex-post*, nella fase di valutazione della attività professionale, quando il cliente non è in grado di identificare le caratteristiche principali della prestazione in concreto ottenuta e la loro reale qualità<sup>194</sup>. Per il consumatore il rischio connesso a tale dislivello informativo e conoscitivo è quello di subire una "selezione avversa" tra servizi di differente qualità. Sul punto l'autorità garante della concorrenza e del mercato ben evidenzia che in un mercato dei servizi professionali caratterizzato dalle asimmetrie informative sopra descritte, in mancanza di regolamentazione, il compenso dei singoli professionisti tenderebbe ad appiattirsi verso il basso, risultando disincentivati a permanere e ad entrare nel mercato i soggetti più qualificati, "secondo una progressione che conduce a situazioni di mercato inefficienti caratterizzate dalla presenza di operatori inadeguatamente qualificati"<sup>195</sup>. Inoltre, in un mercato non regolamentato, il comportamento dei professionisti potrebbe essere guidato da ragioni opportunistiche, individuati in stimoli ingiustificati alla domanda per generare prestazioni

---

194 Capitolo 2 "la regolamentazione dei servizi professionali- analisi economica", 26 ss. In rapporto al grado di incertezza della domanda e dunque alla gravità dell'asimmetria informativa si delineano tre diverse categorie di servizi professionali: quando l'incertezza è massima e riguarda sia le competenze del professionista che l'identificazione della prestazione richiesta (*credence goods*); quando l'incertezza *ex ante* può essere elevata ma il consumatore *ex post* può realizzare una qualche forma di controllo facendo riferimento a precedenti esperienze di consumo o a servizi ricevuti da altri consumatori); quando l'incertezza del cliente consumatore è scarsa (*search goods*) e quindi è in grado valutare il mercato dei servizi professionali in cui opera. Gli stessi rilievi si rinvergono in COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Comunicazione della Commissione - Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, Bruxelles, 2004, COM (2004) 83 def., 10; COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE, *Comunicazione della Commissione - I servizi professionali, proseguire la riforma, Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, Bruxelles, 2005, COM (2005) 405 def.

195 *Indagine*, cit. 31-32.

non necessarie, una insufficiente attenzione alla prestazione offerta e/o una dolosa sottoproduzione del servizio richiesto per risparmiare tempo e per ridurre i costi.

Quale seconda caratteristica del mercato dei servizi professionali si rileva che l'erogazione delle prestazioni delle professioni liberali non esaurisce i suoi effetti tra i soggetti protagonisti del rapporto giuridico di volta in volta posto in essere ma produce "esternalità positive" che riguardano l'intera collettività (per esempio il medico cura il paziente ma presidia la tutela della salute, l'avvocato difende il proprio cliente ma contribuisce al funzionamento della giustizia ecc.). "In tali casi gli interessi del cliente cui la prestazione viene fornita di ricevere un servizio di qualità adeguata e della collettività che subisce gli effetti esterni positivi di quella prestazione coincidono e contribuiscono entrambi a determinare il valore sociale della prestazione professionale che supera il mero valore ad essa attribuibile da chi la riceve"<sup>196</sup>.

Da questo punto di vista, la regolamentazione anche di stampo deontologico gioca un ruolo essenziale in quanto è orientata affinché le prestazioni professionali siano volte al perseguimento dell'interesse del cliente e, di conseguenza, per quanto già detto al benessere della collettività nel suo insieme.

Tuttavia, sia a livello comunitario che nazionale si sottolinea che per colmare il "deficit conoscitivo" tra cliente - consumatore e libero - professionista risultano giustificate soltanto le regole deontologiche che tendono ad assicurare la qualità della prestazione professionale, ossia ad introdurre uno "standard" minimo, per cui non possa essere svolto un servizio di qualità inferiore a quello fissato, come la regola dell'esame di stato per selezionare in base alla capacità attitudinali e tecniche, gli aspiranti all'esercizio di una data

---

<sup>196</sup> *Indagine*, cit., 32 e altresì *Comunicazione* 2004, cit. 10.



professione e non altre, come quelle relative a prezzo e pubblicità, che invece sono considerate variabili a disposizione del cliente - consumatore per massimizzare le proprie utilità<sup>197</sup>. In particolare si afferma che la pubblicità nei servizi professionali rappresenta “un canale di trasmissione dell'informazione sulle caratteristiche delle prestazioni (...) che sarebbe particolarmente utile per ridurre i costi di ricerca sostenuti dai consumatori, aumentando l'efficienza dei meccanismi di mercato e il benessere collettivo<sup>198</sup>.

Dunque, “regolamentazione pubblica e codici di condotta vengono quindi considerati complementari poiché disegnerebbero un sistema che, da un lato sottrae le attività professionali ai meccanismi di mercato, attribuendo loro particolari benefici, dall'altro condiziona il mantenimento degli stessi alla adozione di comportamenti orientati al perseguimento degli interessi del cliente”<sup>199</sup>.

---

197 CARBONE S.M., MUNARI F., *La tutela dell'Utente tra deontologia professionale e disciplina della concorrenza*, in ZATTI P., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova, 1996, 91 ss.

198 Ind. cit., 48.

199 Ind. cit., 34.

### **§ 2.9 Segue. Il cliente - consumatore medio di servizi professionali.**

Nonostante a tutt'oggi non si registrino provvedimenti dell'autorità garante che abbiano coinvolto direttamente i liberi professionisti per aver posto in essere pratiche commerciali scorrette, alcune indicazioni generali possono trarsi con riferimento alla materia in oggetto.

Il consumatore medio di riferimento nei servizi professionali non è particolarmente esperto ma al contrario è meritevole di una particolare tutela a causa della complessità delle prestazioni erogate e della asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra cliente e professionista. Questo aspetto risulta indirettamente evidenziato anche dalla Corte di giustizia delle comunità europee che con riferimento al rapporto cliente/consumatore - avvocato, per esempio, osserva che: “gli avvocati dispongono di un elevato livello di competenze tecniche che i consumatori non necessariamente possiedono, cosicché questi ultimi incontrano difficoltà per valutare la qualità dei servizi loro forniti”<sup>200</sup>.

Inoltre, il modello astratto di “consumatore medio” idoneo ai fini del giudizio di scorrettezza, soprattutto nelle ipotesi in cui è sufficiente operare

---

200 Punto 68 della sentenza del 5 dicembre 2006 emessa nei procedimenti riuniti C-94/04 (Federico Cipolla contro Rosaria Portolese in Fazari) e C-202/04 (Stefanano Macrino e Claudia Capodarte contro Roberto Meloni). La Corte rimette al giudice nazionale il compito di verificare se la normativa italiana che vieta in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa forense alla luce delle sue concrete modalità di applicazione, risponda realmente agli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia, che possono giustificarla, e se le restrizioni che essa impone non appaiano sproporzionate rispetto a tali obiettivi. In tale valutazione invita il giudice a considerare l'asimmetria informativa che esiste per esempio tra avvocato e il suo cliente. Sul punto anche v., in particolare, la Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, contenuta nella comunicazione della Commissione 9 febbraio 2004, COM(2004) 83 def., pag. 10. All'origine del rinvio alla corte europea le controversie tra avvocati e clienti per il pagamento degli onorari. La Corte d'Appello di Torino, con ordinanza del 4 febbraio 2004, nella causa pendente fra Federico Cipolla e Rosaria Portolese in Fazari, aveva sottoposto alla Corte di giustizia delle Comunità europee le seguenti questioni pregiudiziali: 1. se il principio della concorrenza del diritto comunitario, di cui agli artt. 10, 81 e 82, Trattato C.E. si applichi anche all'offerta dei servizi legali; 2. se detto principio comporti, o meno, la possibilità di convenire fra le parti la remunerazione dell'avvocato, con effetto vincolante; 3. se comunque detto principio impedisca, o meno, l'inderogabilità assoluta dei compensi forensi.

un bilanciamento, secondo il principio di proporzionalità, tra l'esigenza di libera circolazione delle merci e dei servizi e il diritto del consumatore a determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale, non appare sempre altrettanto utilizzabile in quelle in cui la repressione delle pratiche commerciali, ingannevoli e aggressive, è funzionale alla protezione di più rilevanti beni giuridici, quali, in particolare il diritto alla salute, alla difesa, "la cui tutela deve essere ovviamente assicurata anche ai consumatori più sprovvisti o non particolarmente vigili"<sup>201</sup>.

Tra le ragioni della scelta del legislatore comunitario di sottrarre le professioni al piano dell'uniformazione massima delle disposizioni dei diversi Stati membri deve ritenersi la consapevolezza che in materia di professioni regolamentate non è sempre possibile configurare un consumatore medio, al di sotto del quale la tutela non debba ritenersi operante per l'esigenza superiore di garantire il diritto alla salute, alla difesa, alla corretta amministrazione della giustizia su cui impattano tali professioni.

---

<sup>201</sup> Tar Lazio, sez. I, 11 gennaio 2006 n. 1372, 22 febbraio 2006 n. 2995 citata da MELI V., in *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, relazione presentata al II convegno nazionale *"Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale"*, Roma 11-12 febbraio 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it). Per esempio, nel valutare l'ingannevolezza della pratica commerciale consistente nell'apporre la dicitura approvato FIMP su prodotti alimentari senza una valida procedura di controllo, l'Autorità garante e il giudice amministrativo in sede di impugnazione tengono in assoluta considerazione "la credibilità di cui i medici pediatri godono presso il pubblico dei consumatori". Per porre in evidenza per un verso la "debolezza" del consumatore medio di riferimento "rappresentato dal genitore e per l'altro, l'elevato standard di diligenza richiesto a tali professionisti per la connessione della loro attività al bene salute.

***§ 2.10 L'abrogazione di divieti di pubblicità nel mercato dei servizi professionali e la disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli: profili generali.***

Solo con un anno di anticipo rispetto all'entrata in vigore nel nostro ordinamento della disciplina delle pratiche commerciali scorrette il legislatore nazionale, sulla spinta del diritto comunitario, e recependo le indicazioni dell'AGCM, ha introdotto dei principi di liberalizzazione nel settore dei servizi professionali che ne hanno profondamente mutato il quadro normativo.

In particolare l'art. 2 della legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, «*in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato*» ha abrogato le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali :*” il divieto anche parziale di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni [...]»* e ha stabilito che la pubblicità delle attività professionali deve essere informata a *«criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine»*. Inoltre l'art. 2, comma 3, stabilisce che le disposizioni deontologiche che contengono statuizioni in contrasto con la citata abrogazione, in caso di mancato adeguamento, sono nulle a decorrere dal 1° gennaio 2007. Come è facile intuire la riflessione sui limiti alla pubblicità nei servizi professionali ha avuto nuovo vigore e con essa anche il confronto con le istanze di ordini e collegi professionali.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con l'intento di verificare

la conformità delle disposizioni di natura deontologica e pattizia dei soggetti che svolgono attività professionali ai principi di concorrenza, ha svolto, successivamente, una indagine conoscitiva che ha riguardato i codici deontologici di tredici ordini (e/o collegi), con riguardo, tra l'altro, alla disciplina deontologica in materia di pubblicità informativa<sup>202</sup>. Le risultanze di tale indagine evidenziano il contrasto tra le istanze corporative di ordini e collegi professionali e quelle imposte sulla spinta del diritto comunitario dal diritto della concorrenza e dal codice del consumo, a cui si farà riferimento costante nel corso dello studio.

Questo intervento normativo ha creato un'importante breccia verso un sistema professionale più aperto, la cui costruzione è, comunque, in progress come evidenziano le criticità che emergono in sede di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette agli esercenti un'attività professionale. La disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli rappresenta un osservatorio privilegiato in quanto risultano evidenti le interferenze tra la regolamentazione restrittiva di fonte deontologica all'utilizzo della pubblicità e l'adozione di pratiche commerciali intese come operazioni di presentazione e promozione di un "prodotto" al consumatore.

In particolare, in merito alle competenze degli ordini e collegi, in tema di pubblicità nell'attività professionale si segnala che «l'autoregolamentazione della pubblicità dovrebbe limitarsi a disciplinare profili specifici dell'attività di promozione pubblicitaria dei propri iscritti al fine di tutelare, dal punto di vista deontologico, i fruitori dei servizi professionali e non al fine di impedire od ostacolare l'esercizio del diritto di svolgere attività promozionale.

In altri termini, la disciplina deontologica in tema di pubblicità dovrebbe

---

<sup>202</sup> AUTORITA' DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *provvedimento n. 16369 (IC 34) riguardante il settore degli ordini professionali, 2007* e in essa i riferimenti alle numerose segnalazioni dell'autorità sul tema si veda anche AUTORITA' DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008* in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

essere circoscritta e limitarsi a prevedere, in modo chiaro e secondo indicazioni tassative, quelle restrizioni giustificabili in quanto funzionali alla tutela di pubblici interessi ovvero in quanto necessarie per raggiungere obiettivi di interesse generale».

Con riferimento ai contenuti della pubblicità, diversamente da quanto previsto dalla legge Bersani, l'Autorità garante segnala che diversi codici deontologici vietano la pubblicità di prezzi, risultati professionali e nomi dei clienti, e con riferimento al linguaggio tendono a vietare l'utilizzo di espressioni enfatiche o elogiative che sono elementi tipici della comunicazione pubblicitaria.

L'autorità evidenzia la presenza di ingiustificati ed espressi divieti all'utilizzo della pubblicità comparativa; di limitazioni dei mezzi di diffusione della pubblicità; dei limiti del rispetto della "dignità" e "decoro della professione", che in ragione della estrema genericità, sono utilizzate dagli ordini per limitare il ricorso a forme legittime di pubblicità.

Inoltre, a parere dell'Autorità, il potere degli ordini di autorizzare preventivamente la diffusione della pubblicità non è necessario né proporzionale. E del resto l'ordine professionale non rappresenta i consumatori che possono avere un interesse ad un'informazione più libera<sup>203</sup>.

I rilievi mossi nell'indagine sull'attuazione deontologica delle innovazioni introdotte dalla riforma Bersani sono stati solo in parte recepiti dai diversi ordini professionali in ragione della specificità delle rispettive professioni, di cui si darà conto nell'analisi delle fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli, senza alcuna pretesa di esaustività ma con l'intento di

---

203 L'abrogazione del divieto di pubblicità dovrebbe consentire al consumatore di avere accesso a tutte quelle informazioni necessarie per effettuare una valutazione anche comparata sulla convenienza tra le diverse prestazioni professionali, in relazione alla qualità del servizio offerto e anche al prezzo.

evidenziare i punti di incontro e di contrasto con la disciplina di settore.

### § 2.11 *Le pratiche ingannevoli e quelle in ogni caso ingannevoli*

Nelle pratiche commerciali ingannevoli<sup>204</sup>, suddivise in azioni e omissioni (disciplinate rispettivamente agli artt. 21 e 22 cod. cons.) è particolarmente evidente il risalto attribuito al contenuto dell'informazione e anche alle modalità con cui viene presentata e trasferita al consumatore<sup>205</sup>, quali elementi necessari per il compimento di una scelta consapevole<sup>206</sup>.

La valutazione del carattere ingannevole della pratica commerciale commissiva richiede la sussistenza contemporanea di due elementi: la falsità oggettiva dell'informazione proveniente dal professionista, ed inoltre la "capacità decettiva" della stessa, ossia la capacità di trarre in inganno il consumatore medio alterandone il processo decisionale.

Preliminarmente si vuole evidenziare che ai fini del giudizio di ingannevolezza di una pratica commerciale non è necessario l'accertamento dell'esistenza di un danno patrimoniale effettivamente sofferto e in quanto

---

204 Con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli si vedano PERUGINI S., *sub art. 23, comma 1, lett. a)-m* in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di) op. cit.; MANCINI A., *sub Art. 23, comma 1, lett. n)-bb*) ibi ; COSTA A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), op. cit. 245 ss. PARROTTA D., *L'inganno può derivare da omissioni*, in *Guida dir.*, 2007, n. 39, 32 ss. ; CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 63 ss. DE CRISTOFARO G., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Studium iuris*, 2007, 1181 ss.

205 PARTISANI, *Le azioni ingannevoli*, 88 l'Autore pone in evidenza che con il d.lgs. 146/2007 di attuazione della direttiva 2005/29/CE si sono imposti ai professionisti quattro obblighi di informazione, che individua analiticamente «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., c. cons., quando l'omissione risulti idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso». A parere dell'Autore la violazione degli obblighi informativi menzionati potrà determinare o un'azione ingannevole o un'omissione ingannevole.

206 P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, cit., 109 evidenzia che nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette «L'informazione non è intesa semplicemente come onere formale che deve essere rispettato dal professionista, il quale è chiamato a fornire determinate indicazioni su se stessa sulla propria attività e sui prodotti che commercializza; essa diventa una regola di condotta, che imprime all'attività prenegoziale (ma non solo) del professionista specifiche modalità di comportamento necessarie per ottenere un consenso consapevole ed informato da parte del consumatore»



tale risarcibile.

Ai sensi del nuovo art. 21 cod. cons. è ingannevole, e si realizza con una condotta commissiva, una pratica commerciale che contiene informazioni false, o che, pur se di fatto corrette, inducono o possano indurre in errore il consumatore medio, in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Gli elementi attorno ai quali deve vertere l'informazione corretta sono specificati nelle lettere a) – g) del comma 2 dello stesso articolo<sup>207</sup> : a) esistenza o la natura del prodotto; b) le sue caratteristiche principali (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, 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 o la sua modalità di calcolo calcolarlo o l'esistenza di uno specifico vantaggio sul prezzo; e) la necessità di manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione del prodotto; f) la natura, le qualifiche del professionista, la identità sua dei suoi ausiliari; g) i diritti del consumatore, compreso il diritto di sostituzione e rimborso di cui all'art. 130 cod. cons.

Per la particolare rilevanza dell'informazione relativa all'identità del professionista intellettuale e alle caratteristiche del servizio si rimanda all'analisi degli innumerevoli provvedimenti dell'Autorità che si sono occupati del carattere "regolamentato" della professione, già effettuata

---

<sup>207</sup> La norma in esame aggiunge altre informazioni oltre quelle già elencate nella previgente disciplina in tema di pubblicità ingannevole ovvero: l'assistenza post-vendita, l'eventuale previsione della manutenzione, sostituzione e riparazione, l'eventuale trattazione dei reclami, le indicazioni relative alla sponsorizzazione (diretta ed indiretta).

retro<sup>208</sup>.

Un'altra di tipologia di pratica commerciale ingannevole consiste in qualsiasi attività di commercializzazione del prodotto che possa ingenerare confusione con altri prodotti, marchi e segni distintivi offerti da professionisti concorrenti, ivi compresa la pubblicità comparativa ( art. 21, comma 2, lett. a).

In materia di pubblicità comparativa la norma vieta la sola ipotesi di messaggio pubblicitario confusorio e, pertanto, idoneo a causare una lesione diretta degli interessi dei consumatori orientandone le scelte d'acquisto e solo indirettamente dei professionisti concorrenti<sup>209</sup>. Pertanto, la pubblicità comparativa denigratoria non rientra nell'ampio *genus* delle pratiche commerciali scorrette poiché l'interesse leso sembra essere principalmente quello dei professionisti concorrenti.

Tale rilievo è confermato - indirettamente - dai casi censurati dall'Autorità per la pubblicità comparativa illecita proveniente proprio da esercenti una professione liberale nel primo caso che ha richiesto l'applicazione del d.lgs. 145/2007, riguardando i rapporti tra professionisti concorrenti e solo in via mediata i consumatori.

Si tratta del recente provvedimento conclusosi con l'accettazione degli impegni del Consiglio Nazionale del notariato, autore di una campagna promozionale che raffrontava i servizi dei notai e quelli resi dai commercialisti con riferimento alla cessione di quote di s.r.l. I messaggi

---

208 Cfr. paragrafo § 1.8 Prime ricadute del metodo seguito dal legislatore con particolare riguardo alle singole professioni, nei provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

209 All'ipotesi di pubblicità comparativa denigratoria in quanto idonea a ledere direttamente gli interessi dei concorrenti si applica il d.lgs. 145/2007. PERUGINI S., *sub art. 21, comma 2, lett. a)*, in *Le Modifiche al codice del consumo*, cit., 179 rileva che " *il diverso regime riservato alle due ipotesi di confronto pubblicitario, appare coerente con la ratio della direttiva europea e dei decreti di attuazione che individuano il criterio distintivo tra i due sistemi di disciplina nella titolarità dell'interesse eventualmente leso dalla comunicazione pubblicitaria*".

pubblicitari presentavano degli aspetti di presunta comparazione illecita delle prestazioni con discredito per i commercialisti. tuttavia il provvedimento menzionato è significativo in quanto, con riferimento all'esercente una professione liberale (notaio e commercialista) assume la nozione funzionale di impresa, e considera anche gli ordini professionali, associazioni di imprese.

Con particolare riferimento ai servizi professionali la pubblicità comparativa presenta particolari problematiche, che recentemente sono emerse nel corso dell'indagine conoscitiva conclusa dall'Antitrust al fine di valutare l'attuazione deontologica dei dettami della riforma Bersani. L'indagine ha evidenziato l'esistenza di un quadro deontologico frastagliato in quanto, da una parte, vi è un numero esiguo di ordini professionali che ha previsto espressamente la possibilità di diffondere messaggi pubblicitari aventi natura comparativa e segnatamente il Collegio dei geometri e il Collegio dei periti industriali. Nel mezzo vi sarebbe la maggior parte degli ordini (così i dottori commercialisti e gli esperti contabili, gli architetti, gli ingegneri, i consulenti del lavoro e gli psicologi) che non dettano alcuna disposizione specifica sul punto, ma che sembrano lasciare intendere la non ammissibilità della stessa sotto il profilo deontologico. E dall'altra, alcuni ordini e collegi (così gli avvocati, i medici e gli odontoiatri, i geologi) che vietano espressamente il ricorso alla pubblicità comparativa.

Per esempio, a giudizio del CNF, le limitazioni deontologiche relative alla pubblicità comparativa costituiscono una restrizione giustificata dall'interesse generale alla corretta amministrazione della giustizia e della dignità della professione. In particolare, come si evidenzia anche nella giurisprudenza del CNF<sup>210</sup>, sono volte ad evitare che gli iscritti all'albo

---

210 Il CNF, per esempio, ha sanzionato con la censura un avvocato per aver predisposto e diffuso con chiari fini pubblicitari uno stampato autoelogiativo contenente l'offerta di servizi professionali di

professionale possano compiere attività di promozione e di propaganda capaci di compromettere la fiducia dei clienti e di pregiudicare la dignità della professione. L'informazione è ammessa nei limiti in cui è data per favorire la conoscenza pubblica di notizie utili: esistenza e identità del professionista, luogo ove svolge l'attività, tipo di prestazione che è in grado di garantire, ecc.

Più in generale si osserva che l'informazione non può eccedere tale funzione perché altrimenti, se ciò si ammettesse, l'informazione sarebbe almeno in parte motivata dall'interesse economico del professionista a promuovere le proprie prestazioni, anche a prescindere dalla loro necessità o dalla utilità che possono avere per il cliente<sup>211</sup>.

In tal senso le forme di sollecitazione della domanda di servizi legali (e di esse la pubblicità è lo strumento principale), potrebbero in effetti condurre ad un aumento del contenzioso e della litigiosità tra i consociati, effetto sicuramente contrario ad obiettivi di pubblico interesse.

L'Antitrust, nell'evidenziare la presenza di ingiustificati ed espressi divieti all'utilizzo della pubblicità comparativa invece, afferma che tale forma di comunicazione commerciale che è finalizzata per sua natura alla valorizzazione degli elementi informativi che differenziano il servizio offerto

---

vario genere e di ogni materia vantando anche l'ausilio di professionisti di fama nazionale affermando che :*"Il ripudio di mezzi pubblicitari di ogni genere costituisce tradizione e vanto dell'Avvocatura italiana, che nel corso dei decenni ha da sempre confermato il rifiuto di forme di emulazione diverse da una dignitosa gara di meriti dimostrati attraverso le opere e lo studio."* decisione 23 aprile 1991, n.56 citata in M. TICOZZI, *Autonomia contrattuale, professioni, concorrenza*, Cedam 2007, in nota 22, 204.

211 Queste argomentazioni in verità non sono nuove. Si evidenzia che con riferimento al provvedimento di apertura dell'indagine conoscitiva del 1997 sugli ordini professionali non venivano condivise le considerazioni dell'autorità con riferimento alla professione forense in ragione della funzione sociale che svolge nella tutela dei diritti e degli interessi legittimi degli individui. Con riferimento il d.lgs. 74/1992, che tutelava il consumatore dalla pubblicità ingannevole si osservava che i valori alla base delle limitazioni all'utilizzo della pubblicità non sono tutelabili con la disciplina generale che censura la pubblicità decettiva e ingannevole ma *"attengono proprio alla sollecitazione della domanda che nel caso degli avvocati, può considerarsi per certi versi ex se incompatibile con valori fondamentali dell'ordinamento"*, così CARBONE S.M., MUNARI F., *La tutela dell'Utente tra deontologia professionale e disciplina della concorrenza*, in ZATTI P., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova, 1996, 91 ss.

e pubblicizzato, che non solo non può ritenersi vietata per i servizi professionali<sup>212</sup> ma disciplinata nel codice del consumo e nel decreto 145/2007.

L'ipotesi di pratica ingannevole descritta alla successiva lett. b) dell'art. 21 si inserisce nella discussa tematica della vincolatività dei codici di condotta e pone il problema preliminare di ritenere compreso nella definizione di codice di condotta di cui all'art. 18 lett. f) anche il codice di deontologia professionale per propendere per l'applicabilità di questa norma anche alle professioni. Di queste fattispecie, stante la rilevanza della deontologia professionale nella disciplina delle professioni intellettuali si tratterà diffusamente nei capitoli successivi in modo unitario approfondendo tutte le norme di attuazione della direttiva 29/2005/CE dedicate all'autoregolamentazione, sia nella fase fisiologica, di adozione dei codici menzionati che in quella patologica, di risoluzione di controversie che abbiano ad oggetto le previsioni in essi contenute.

I commi 3 e 4 dell'art. 21 cod.cons. citato contemplano rispettivamente l'ipotesi di azioni ingannevoli che riguardano prodotti che possono mettere a rischio la salute e sicurezza dei consumatori, senza che ne sia fornita adeguata informazione e che minaccino la sicurezza di bambini e adolescenti. Sono ipotesi che si prestano ad una trattazione unitaria in quanto in esse la sicurezza e salute del consumatore sono i beni direttamente tutelati imponendo al professionista un obbligo di informazione sui pericoli del prodotto pubblicizzato, per consentire ai consumatori di assumere un comportamento vigile e prudente.

Ipotesi più specifiche, che si pongono in rapporto di genus ad speciem con le previsioni di cui al divieto generale di cui all' art. 21, comma 3 di cui si è detto sono contenute nell'art. 23, lett. n) cod. cons. che considera in ogni caso

---

212 Cfr. *Indagine conoscitiva* cap. I par.3 La pubblicità nei servizi professionali; e cap. 2.

ingannevole la pratica commerciale posta in essere dal professionista che condiziona il comportamento economico del consumatore facendo leva su uno scenario di pericoli inesistenti o meno gravi di quelli realmente minacciati dal mancato acquisto del bene o del servizio; e nell'art. 23, lett. s) che stigmatizza la affermazione non veritiera, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni.

Si intende evitare che il consumatore ponga a rischio la propria salute credendo a quanto contenuto in messaggi che pubblicizzino l'effetto dimagrante di determinati prodotti di uso comune e le proprietà curative degli stessi e trascuri di utilizzare le specifiche terapie farmacologiche per le sue malattie<sup>213</sup>.

Per le professioni sanitarie, alle quali le ultime ipotesi di pratiche commerciali sembrano potersi riferire è importante evidenziare che, l'art. 2, comma 1, lett.b), l. n. 248/2006, seguendo le indicazioni dell'autorità garante<sup>214</sup>, ha abrogato, tra l'altro, la l. n. 175/92 e successive modifiche che recava la disciplina della pubblicità sanitaria<sup>215</sup>.

Inoltre, il 19 giugno 2007, la Federazione nazionale degli ordini dei farmacisti ha approvato il nuovo codice deontologico, che tiene conto delle importanti trasformazioni normative avvenute nel settore farmaceutico e delle sollecitazioni costanti dell'autorità. L'ordine ha riformulato le regole deontologiche che vincolano il farmacista professionista e il farmacista

---

213 Per un'esemplificazione casistica dei provvedimenti già adottati dall'AGCM in relazione ai profili di tutela rafforzata della salute e sicurezza dei consumatori si rinvia al commento di MANCINI A., *sub art. 21, comma 3, Le modifiche al Codice del Consumo*, cit., 187ss.

214 L'Autorità garante nel parere 29 ottobre 1998 ha posto in evidenza che le restrizioni all'uso della pubblicità contenute nella legge in argomento, non si giustificavano per la tutela della salute pubblica in quanto: "gli standard previsti dalla legge, le disposizioni in materia di accesso alle professioni, nonché i controlli svolti sull'attività dei professionisti rappresentano, adeguatamente svolte, un insieme di misure sufficientemente idonee a garantire prestazioni di livello adeguato nonché a tutelare l'interesse della salute pubblica".

215 L'avvenuta abrogazione è stata confermata dalla Corte Costituzionale con sentenza 15 gennaio 2007, n.652.

imprenditore<sup>216</sup>.

In materia di pubblicità professionale, il nuovo codice deontologico dei farmacisti modifica la disciplina previgente, che differenziava la pubblicità della farmacia da quella del farmacista e assoggettava quest'ultima alle limitazioni di cui alla legge n. 175/1992, e stabilisce ora che è possibile promuovere sia l'attività—professionale che quella di impresa, purché vengano rispettati i principi di correttezza, veridicità e non ingannevolezza<sup>217</sup>. Il medesimo articolo prevede anche la possibilità di pubblicizzare i prezzi praticati.

L'abrogazione del divieto di pubblicità dovrebbe consentire al consumatore di avere accesso a tutte quelle informazioni necessarie per effettuare una valutazione sulla convenienza tra i diversi esercizi farmaceutici e gli altri canali di vendita, attraverso i quali si commercializzano molti prodotti e servizi a prezzo libero. Giova ricordare che l'AGCM ha da sempre rivolto una particolare attenzione non solo alla promozione dell'attività professionale in materia sanitaria ma anche al prodotto che possa risultare pericoloso per la salute del consumatore-utente<sup>218</sup>.

---

216 Il nuovo codice deontologico dei farmacisti non contiene norme suscettibili di restringere la concorrenza tra farmacisti per la vendita di prodotti il cui prezzo è liberamente determinabile (c.d. prodotti parafarmaceutici e, per il disposto dell'art. 5 della legge Bersani, i farmaci da banco e quelli senza obbligo di ricetta, c.d. sop e otc). Sia consentito citare MINERVINI L., *Farmacie*, in *Rapporto sul Consumerism 2009*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito <http://www.consumersforum.it>.

217 Il nuovo codice deontologico dei farmacisti dispone però che contemporaneamente all'attivazione della pubblicità, il farmacista è tenuto a trasmetterne il contenuto all'ordine di appartenenza; al contrario, la legge attribuisce agli ordini un potere di verifica di natura successiva, proprio per non disincentivare le iniziative promozionali dei farmacisti. Del coordinamento di questa competenza attribuita agli ordini professionali rispetto a quella attribuita alla autorità garante in tema di pratiche commerciali si tratterà nel capitolo 4.

218 Per esempio si è occupata del comparto degli integratori alimentari e dimagranti e dei prodotti di dermocosmetica sanzionando numerose società per la diffusione di messaggi costituenti fattispecie di pubblicità ingannevole ai sensi degli artt. 19, 20 e 21 cod. cons., idonei, per impostazione grafica o per le descrizioni sulle modalità di impiego o per la stessa denominazione del prodotto, a indurre i consumatori in errore circa la reale natura del prodotto stesso. Si vedano ad esempio: PI 52279, provv. n. 16169 del 15 novembre 2006, in Boll. n. 46/2006, in cui si lasciava impropriamente intendere che il prodotto commercializzato fosse un farmaco la cui somministrazione tramite iniezione fosse riservata a personale medico specializzato; PI 5627, provv. n. 16963 del 14 giugno 2007, in Boll. n.

Il legislatore nazionale ha dunque aperto il settore professionale alla concorrenza, con misure di liberalizzazione che hanno modificato sia i codici deontologici sia la legislazione statale, facendo cadere le manifestazioni di autoregolamentazione più restrittive in tema di pubblicità e concorrenza tra professionisti, e nel campo sanitario molte barriere all'ingresso di nuovi operatori sul mercato della distribuzione del farmaco.

---

24/2007, in cui viene ritenuto ingannevole il messaggio pubblicitario relativo ad un integratore dietetico che, contrariamente al vero, lasciava intendere che, ove assunto ad integrazione di una dieta equilibrata, fosse in grado di contenere i livelli di colesterolo nel sangue; e, ancora, PI5753, provv. n. 17920 del 24 gennaio 2008, in Boll. n. 3/2008 relativo alla promozione di un trattamento antirughe, ritenuta pubblicità *ingannevole* in relazione alle effettive caratteristiche, proprietà ed effetti sulle diverse tipologie di rughe indicate nel messaggio. Difatti, lasciava intendere contrariamente al vero, che fosse una specialità farmaceutica in luogo di un cosmetico.



### § 2.12 *Segue. Pratica commerciale ingannevole mediante omissione*

L' art. 22 cod. cons., disciplina specificamente il secondo tipo di pratica commerciale ingannevole, quella che si realizza tramite omissioni. Anche questa previsione riflette il fine della novella che è quello di garantire al consumatore che la condotta del professionista sia improntata nella sostanza e non solo nella forma alla correttezza dell'informazione.

Ad integrare la condotta omissiva ingannevole concorre l'oggettiva omissione dell'informazione "rilevante" e l'idoneità dell'omissione di indurre il consumatore a prendere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Per espressa previsione normativa nella valutazione della pratica omissiva si devono considerare tutte le circostanze del caso concreto e naturalmente, il mezzo di comunicazione usato e i tempi ad esso connessi<sup>219</sup>.

Dal tenore testuale della disposizione in esame risulta che non qualsiasi carenza di informazione rileva ai fini del giudizio di ingannevolezza ma solo quella che taccia informazioni rilevanti, quelle di cui il consumatore medio ha bisogno, prima di effettuare una scelta di tipo commerciale.

La definizione di informazione rilevante è fornita più specificamente dal comma 5 del nuovo art. 22 cod. cons., che dispone «*Sono considerati rilevanti ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto*»<sup>220</sup>.

Per esempio, ci si potrebbe interrogare con riferimento alla configurabilità di

---

<sup>219</sup> Sotto questo profilo, l'art. 22, comma 3, sembra creare una falla nel sistema perchè giustifica certe scelte di restrizioni in termini di spazio e tempi.

<sup>220</sup> Cfr. considerando 15 della direttiva.

una pratica commerciale ingannevole per omissione dell'informazione in ordine al “prezzo” di una determinata prestazione intellettuale a seguito delle modifiche legislative intervenute con la legge Bersani<sup>221</sup>. La disciplina delle professioni presenta dei punti deboli, si consideri per esempio, la mancanza di trasparenza dell'informazione sulla vendita dei farmaci, che dovrebbe costituire per tutti gli attori coinvolti, nell'ambito delle rispettive competenze, un importante obiettivo da raggiungere perché l'utente-consumatore, anche in questo settore, possa effettuare scelte consapevoli; la

---

221 La citata riforma Bersani che ha previsto che “dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi”. Così operando ha inciso sulle disposizioni legislative e di fonte deontologica che prescrivevano l'obbligatorietà delle tariffe e l'inderogabilità delle stesse.

A seguito del mutato quadro normativo vi è sia la libertà di pubblicizzare i prezzi praticati per i professionisti che quella di stabilire il compenso per le proprie prestazioni in accordo con la parte.

La giurisprudenza riteneva la regola dell'obbligatorietà della tariffa professionale, già prima delle intervenute modifiche legislative, come posta a tutela degli interessi della categoria professionale ad evitare un illecito accaparramento della clientela. Non era ritenuta una previsione strumentale alla realizzazione di un interesse generale riferibile alla collettività, come, per esempio, per la regola che impone l'obbligatoria iscrizione all'albo professionale, e per tale ragione i giudici hanno ritenuto sul piano civilistico valido il patto che vi derogava, ferma restando la responsabilità del professionista sotto il profilo disciplinare. Cass., sez., Un., 19 settembre 2005, n. 18450, in foro it., 2006, I.

La norma di riferimento, in tema di compenso professionale è l'art. 2233 cod. civ. che pone quale criterio preferenziale per determinare il compenso spettante al professionista quello dell'accordo delle parti e, solo in via sussidiaria, gli altri criteri di determinazione tra i quali si ascrivono le tariffe professionali, gli usi e la decisione del giudice che ha carattere residuale si veda TICOZZI M., *Autonomia contrattuale, professioni e concorrenza*, op.cit., 73 ss.; Il contratto di prestazione d'opera intellettuale come noto è un “contratto sinallagmatico di scambio tra prestazione d'opera intellettuale e corrispondente compenso” cfr. DE ANGELIS P., *Il contratto d'opera intellettuale*, op. cit., 149. Ma il tema del “compenso” presenta delle peculiarità e molte problematiche in quanto è crocevia di regole dirette a salvaguardare la tutela delle parti che concludono il contratto, la tutela della dignità e decoro della professione di volta in volta considerata e anche la tutela della concorrenza. L'onerosità nel contratto di prestazione d'opera intellettuale è un elemento disponibile per le parti. La Corte di cassazione (sent. 17 agosto 2005, n. 16966 ha affermato che “al professionista è consentita la prestazione gratuita della sua della sua attività professionale per i motivi più vari che possono consistere nell'*affectio* nella *benevolentia* o in considerazioni di ordine sociale o di convenienza, anche con riguardo ad un indiretto vantaggio”. Un altro aspetto meritevole di attenzione è la seguente previsione del nuovo terzo comma dell'art. 2233 cod.civ.: “sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali.” E' prevista la forma scritta per l'accordo sulla misura del compenso solo degli avvocati e non di altri esercenti una professione intellettuale protetta. In una dimensione comunitaria la previsione da parte degli ordini e collegi professionale di tariffe obbligatorie per i professionisti iscritti all'albo in quanto idonee a falsare il gioco della concorrenza in violazione dell'art. 81 lett. a) deve essere disapplicata dal giudice nazionale. Per la disamina delle sentenze della corte di giustizia in tema di tariffe professionali vedi TICOZZI M., *Autonomia contrattuale, professioni e concorrenza*, op.cit.,120-133, CORDINANZI M., *Profili critici dell'impatto del diritto comunitario sul regime delle professioni in Italia*, in *Il processo di integrazione europea: un bilancio*, (a cura di) A. TIZZANO, Giappichelli, Torino,153ss.

mancata trasparenza delle tariffe forensi che costituiscono per il consumatore medio un “labirinto sconosciuto” costellato di termini spesso incomprensibili e oggetto di una crescente attenzione del legislatore e della giurisprudenza.

L'indagine deve muovere dalla verifica della natura rilevante o meno dell'informazione relativa al compenso per il servizio prestato dall'esercente una professione intellettuale e della idoneità di questa a alterare il comportamento economico del consumatore inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe assunto.

Nella fase che precede l'inizio della negoziazione, nella quale il professionista sta solo promuovendo il prodotto, che rappresenta il primo contatto tra il consumatore e il professionista, al di fuori di una eventuale fase prenegoziale, il consumatore medio confronta le prestazioni offerte dai professionisti, anche quelle professionali, valutando gli elementi di maggiore interesse rispetto alle proprie esigenze, per orientarsi ad una scelta.

Questa fase puramente promozionale non è regolamentata nel nostro diritto interno, con la previsione di obblighi informativi che attengono al prezzo del servizio professionale; la disciplina del contratto d'opera professionale non prevede obblighi informativi in tal senso.

Pertanto, occorre fare riferimento alle previsioni contenute nei codici deontologici che per alcune professioni continuano a prevedere una regolamentazione restrittiva della promozione dell'attività professionale vietando di indicare i nomi dei clienti o i prezzi delle prestazioni e/o la pubblicità comparativa.

Nemmeno la normativa di settore europea si occupa di questa fase che precede quella precontrattuale, eccetto le disposizioni che si occupano della comunicazione commerciale nel commercio elettronico che regolamentano anche quella proveniente dalle professioni regolamentate rimandando

comunque alla normazione di stampo deontologico.

Con riferimento al primo profilo di indagine sembrerebbe potersi concludere che la suddetta omissione non costituisca pratica commerciale ingannevole, atteso che non esiste, nell'*acquis* comunitario, un obbligo informativo in tal senso.

Si ritiene opportuno proseguire l'indagine soffermandosi sull'ipotesi dell'invito all'acquisto definito ex art. 18, lett i) cod. cons. come «*una 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 effettuare un acquisto*». Anche l'invito all'acquisto è una pratica di comunicazione che per sua natura si pone nel momento che precede la transazione commerciale, che conduce alla decisione di acquistare o meno il prodotto. Sarà ingannevole la pratica commerciale che si avvalga di omissioni informative relative a caratteristiche e prezzo del prodotto, modalità di consegna e pagamento, dati identificativi del professionista ecc.

La particolare attenzione rivolta all'invito all'acquisto nel novero delle pratiche di comunicazione e di promozione dei prodotti si spinge fino all'individuazione di un contenuto minimo di informazioni rilevanti più dettagliato di quello previsto nel comma 5. Questa scelta si giustifica per la particolare diffusione di tali pratiche nelle quali il consumatore attribuisce al prezzo una grande importanza<sup>222</sup>.

Nel mutato contesto normativo si può dare risposta positiva al quesito relativo alla stessa possibilità di configurare un invito all'acquisto per un

---

222 L'ipotesi contemplata alla lett. f) stigmatizza il comportamento del professionista che formuli un invito all'acquisto e successivamente: «rifiuti di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori o rifiuti di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo in un tempo ragionevole», si pensi alle vendite realizzate mediante prodotti civetta, (c.d. pubblicità di aggancio) oppure «faccia la dimostrazione con un campione difettoso al fine di promuovere un altro prodotto».

servizio legale, per una prestazione medica, per un'attività legata all'architettura e così via, mentre rimane quello in ordine alle conseguenze sull'eventuale contratto d'opera cui il consumatore si determini per le informazioni rilevanti ivi contenute e, nella specie, *“il prezzo della prestazione”*.

L'informazione in merito al prezzo della prestazione è *“rilevante”* nel contesto di un invito all'acquisto e, pertanto, la sua omissione potrebbe essere idonea ad alterare il comportamento economico del consumatore medio.

In tal caso ove si integri la pratica commerciale ingannevole per omissione in ordine al prezzo del servizio professionale si avrà sul piano delle conseguenze l'operare del c.d. doppio binario di tutela: da un lato la sanzione amministrativa per il professionista al pari di ogni altro operatore che esercita un'attività economica e dall'altra gli effetti sul contratto eventualmente concluso dal cliente consumatore che abbia fatto affidamento sull'informazione ingannevole.

Pertanto, sembra che la disciplina dell'invito all'acquisto produca quale effetto quello della obbligatoria informazione, da parte del professionista, del prezzo di un determinato servizio, lasciando ai meccanismi del mercato concorrenziale gli effetti relativi sulla scelta dei consumatori. Non sembra che a riguardo ci siano gli estremi per giustificare una deroga alla disciplina generale in quanto il prezzo della prestazione non è ritenuto un elemento essenziale per garantire gli elevati livelli di correttezza richiesti dall'art. 19, comma 2, lett. d), e ciò si desume dagli orientamenti comunitari e interni<sup>223</sup>.

L'obbligo di tacere sui prezzi, previsto in diversi codici deontologici, appare motivabile a parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato con l'intento di evitare che il consumatore utilizzi l'informazione come una

---

223 A riguardo si veda nota 221.

variabile di discriminazione tra i professionisti che offrono il servizio. E in questa prospettiva potrebbe affermarsi che l'omissione del prezzo di una prestazione avrebbe l'intento diretto *“di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative ai prodotti”* richiesto dalla norma ai fini della sua qualificazione come pratica commerciale scorretta, e segnatamente omissiva.

E' particolarmente significativo è il procedimento Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della provincia di Bolzano, avviato a seguito di una segnalazione del Centro tutela consumatori utenti, nel quale è emerso che il suddetto ordine ha inviato agli odontoiatri della provincia di Bolzano una lettera con cui venivano invitati a non prestare il consenso, alla iniziativa promossa dal segnalante, inerente alla pubblicazione in un sito internet di una tabella che recava il raffronto dei prezzi praticati dai diversi professionisti per ciascuna prestazione medica. Il consiglio dell'ordine nella lettera affermava che tale condotta integrava un illecito accaparramento della clientela. Nonostante i rilievi preistruttori dell'antitrust l'ordine non solo non ha adottato alcun comportamento per eliminare gli effetti restrittivi della concorrenza tra gli odontoiatri nella provincia di Bolzano ma ha provveduto all'invio di una seconda lettera minacciando l'applicazione di sanzioni disciplinari. Nella lettera, contrariamente al vero, si affermava, che *“anche l'antitrust ha formalmente riconosciuto le peculiarità della nostra professione, dichiarando di voler tener conto delle particolari esigenze di tutela del cittadino nell'ambito del settore sanitario”*. Queste lettere hanno avuto l'effetto di far ritirare il consenso agli odontoiatri che inizialmente avevano aderito all'iniziativa. Il procedimento dall'Autorità rivolto a verificare che le due lettere rappresentino intese restrittive della concorrenza in quanto rivolte ad impedire ai professionisti di pubblicizzare i prezzi praticati per i singoli servizi si è concluso con la condanna dell'ordine

professionale in questione.

Proprio per garantire una acquisizione delle notizie rilevanti effettiva e non formale, una pratica è altresì considerata ingannevole quando un professionista occulta o rappresenta le informazioni rilevanti, in modo oscuro, ambiguo od intempestivo o non indica l'intento commerciale qualora non risulti già evidente dal contesto generale<sup>224</sup>.

Quest'ultima ipotesi che punta ad assicurare la trasparenza della comunicazione commerciale in mancanza della quale il consumatore non utilizzerebbe le normali diffidenze con cui normalmente decodifica i messaggi promozionali e non puramente informativi, dai primi interpreti viene assimilata alla “pubblicità occulta”, che è una forma di pubblicità non trasparente, vietata dal previgente art. 23, comma 1, cod. cons.<sup>225</sup>.

Alla pubblicità non trasparente si rivolge sia la statuizione della clausola generale di cui all'art. 22, comma 2, cod. cons., sia le previsioni della *black list* delle pratiche ingannevoli dedicate alla c.d. pubblicità redazionale di cui all'art. 23, lett. m), e sia la statuizione che vieta l'inganno basato sull'identità del professionista di cui alla lett. art. 23, lett. aa).

L'art. 23, lett. m), considera pratica commerciale in sè scorretta «*impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore*». La fattispecie è riferibile all'ipotesi della c.d. “pubblicità redazionale” che è una forma di pubblicità occulta consistente in un messaggio commerciale rivolto al pubblico celato sotto le sembianza di un articolo giornalistico riconducibile ad una disinteressata scelta della

---

224 A. MANCINI, *sub art. 22, commi 1 e 2*, in E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 192 ss. Per una disamina delle omissioni ingannevoli che tenga conto dei più recenti provvedimenti dall'AGCM.

225 F. BASSAN, *sub art. 23*, in *Codice del consumo. Commentario*, op.cit., 219ss.

redazione, contrariamente al vero<sup>226</sup>. Con la norma in commento, si intende tutelare il consumatore non dal contenuto ingannevole del messaggio ma dalla confusione generata dalle diverse finalità delle informazioni che raggiungono il destinatario della comunicazione commerciale: informative, d'intrattenimento, e di carattere commerciale<sup>227</sup>. L'effetto persuasivo della pubblicità redazionale è naturalmente legato alla prestigio e serietà della testata giornalistica.

La fattispecie di cui alla lett. aa) dell'art. 23 consiste nel «dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore», può considerarsi un'altra ipotesi di comunicazione commerciale non trasparente. La norma mira ad evitare che il consumatore sia ingannato in merito alla reale identità del professionista.

La ratio della norma è tutelare il consumatore che ritenendo di non essere in contatto con un vero professionista non ponga l'attenzione che altrimenti sarebbe indotto a porre se fosse consapevole che l'altra parte è mossa da un intento promozionale al fine di vendere un dato prodotto e/o servizio<sup>228</sup>. Questa previsione si presta dunque a reprimere le varie tipologie delle moderne e sofisticate tecniche di *marketing*.

Le successive lett. b) e d) dell'art. 23 cod. cons. attengono rispettivamente

---

<sup>226</sup> Per la ricca casistica cfr. Mancini A., *sub art. 22 commi 1 e 2* cit. 192 ss.

<sup>227</sup> Come chiarito in passato con riferimento alla pubblicità occulta, Cfr. F. Bassan, *sub art. 23*, cit. 219 ss, si pone anche in tema di pratiche commerciali omissive il problema di segnare una netta linea di demarcazione tra le comunicazioni di natura informativa che in quanto manifestazioni del pensiero sono tutelate dall'art. 21 Cost. (libera espressione del pensiero) e le comunicazioni pubblicitarie che rientrano nel quadro delle attività d'impresa tutelate dall'art. 41 Cost. con i limiti di cui all'art. 43 Cost. per finalità di carattere generale. Cfr. *supra* MANCINI, *sub art. 22*, cit. 192 ss.

<sup>228</sup> Al vaglio dell'autorità sono stati posti dei falsi annunci privati di ricerca dell'anima gemella in verità, nascondevano iniziative pubblicitarie collegate ad agenzie matrimoniali Cfr. provv. n. 16044 del 4 ottobre 2006, caso PI5265, in Boll. 40/2006. Con altre decisioni, ad esempio, il provv. n. 16340 del 4 gennaio 2007, caso PI5374, in Boll. 1/2007, l'Autorità ha, poi, considerato come pubblicità non riconoscibile anche un messaggio diffuso tramite *sms* personali, che si presentava come un servizio di allerta individuale derivante dalla presenza di messaggi nella propria segreteria telefonica, mentre era in realtà volto a promuovere il contatto con costose numerazioni a sovrapprezzo di tipo 899 (provv. n. 19087 del 9 ottobre 2008, caso PS86, in Boll. 41/2008).



all'esibizione, priva di autorizzazione di marchio di qualità, di fiducia o un marchio equivalente ed alle asserzioni del professionista per attribuire, contrariamente al vero, alla sua impresa, alle sue pratiche commerciali o ai propri prodotti, autorizzazioni, approvazioni e attestazioni, mediante dichiarazioni espresse o uso di loghi <sup>229</sup>.

L'Autorità ha ritenuto scorretta la pratica consistente nell'inserimento sulle confezioni nonchè nei messaggi pubblicitari riguardanti un prodotto alimentare di largo consumo, di un logo in cui era racchiusa la dicitura "approvato FIMP - Federazione dei medici pediatri"<sup>230</sup>. La decisione costituisce uno dei primi esempi di applicazione della fattispecie contemplata dall'art. 23, lett. d), attinente *alla falsa attestazione da parte di un professionista circa l'esistenza di una procedura di approvazione di un prodotto e/o il rispetto delle relative condizioni, attestata da un qualsiasi organismo pubblico o privato*, in quanto non risultava l'esistenza di alcuna procedura di validazione e controllo sui prodotti.

Il provvedimento in questione è particolarmente importante ai fini dell'indagine che si conduce per la qualifica soggettiva del professionista che nella specie è la Federazione Italiana dei medici, associazione rappresentativa di professionisti, che secondo l'Antitrust rientra nella definizione di "professionista" di cui all'art. 18, lett. b) cod.cons.

La pratica commerciale descritta è stata ritenuta contraria alla diligenza professionale poiché *"ove si vogliano vantare approvazioni da parte di qualsiasi organo pubblico o privato, tale dovere richiede che si dia effettivamente corso ad*

---

<sup>229</sup> La casistica è ampia, ante novella l'Autorità ha accertato ingannevolezza della pubblicità effettuata con l'apposizione indebita di marchi di qualità, simboli o diciture su confezioni di prodotti alimentari con l'effetto di evocare nel consumatore caratteristiche di lavorazione dei prodotti o di provenienza degli stessi rivelatesi poi inesistenti. Altri esempi riguardano la falsa indicazione delle certificazioni di qualità del prodotto, di conformità alle norme tecniche per i prodotti pericolosi per la salute cfr. provv. 15580 del 31 maggio 2006, PI5186, in Boll. 22/2006 o alla conformità alle leggi vigenti in tema di cosmetici cfr. provv. 15765 del 27 luglio 2006, PI5189, in Boll. 30/2006.

<sup>230</sup> Cfr. provv. n. 18700 del 31 luglio 2008, PS411(Ovito- Magicannuccia approvati FIMP), in Boll. 30/2008. I.

*attività preordinate all'ottenimento delle stesse, secondo parametri oggettivi, verificabili da terzi – professionisti e consumatori – e con un rilascio che avvenga secondo criteri non discriminatori».*

Dalle risultanze istruttorie dell'Autorità garante, non è emersa nessuna prova dell'esistenza di un processo di valutazione e analisi dei prodotti finalizzato alla concessione dell'uso del logo, sia da parte della Federazione dei pediatri sia da parte delle società da essa partecipate. In verità, gli elementi acquisiti hanno dimostrato che la dicitura racchiusa nel logo sottintendeva un contratto di natura commerciale, a titolo oneroso, avente ad oggetto la sponsorizzazione in esclusiva di un prodotto da parte della FIMP, per un periodo di tempo determinato<sup>231</sup>.

L'utilizzo della menzionata dicitura è ritenuta ingannevole (ai sensi degli artt. 20, 21, lettere b) e c), e 23, lettera d), del Codice del Consumo.), poiché induce in errore i consumatori circa l'esistenza di particolari caratteristiche o della specifica idoneità dei prodotti per i bambini, in quanto li fa percepire come dotati di requisiti ulteriori e migliorativi rispetto ai beni appartenenti alla medesima categoria.

La presenza del termine “approvato” che allude all'esistenza di una specifica procedura di controllo dei prodotti, svolta da un' importante associazione medica, appariva idonea ad influenzare le scelte dei consumatori, accreditando i prodotti di specifiche caratteristiche verificate, atteso l'affidamento notoriamente riposto dai genitori nei pediatri in ragione della cura e attenzione che deontologicamente tali medici riservano all'alimentazione e, più in generale, alla salute dei bambini per favorirne una crescita ed uno sviluppo sani.

---

<sup>231</sup> Come provato dai contenuti dei contratti, finalizzati ad incrementare le vendite del prodotto e dalla clausola di esclusiva che caratterizza l'uso del logo con riferimento a quella categoria di prodotti, non compatibile con un sistema di accreditamento di carattere oggettivo circa le qualità di prodotti di largo consumo.

Nel provvedimento analizzato, dunque, viene equiparata ai fini della violazione delle norme richiamate sia una condotta che si espliciti mediante dichiarazioni espresse sia quella che utilizzi rappresentazioni grafiche comunque idonee a richiamare l'approvazione di un organismo pubblico o privato.

La Federazione pediatri nel corso del procedimento principale alla specifica richiesta di informazioni dell'Autorità, ha risposto fornendo informazioni che si sono rivelate non veritiere alla luce delle circostanze di fatto emerse nel corso dell'istruttoria. E' particolarmente importante segnalare che per tale condotta trasgressiva del professionista l'Autorità ha comminato, ai sensi dell'articolo 27, comma 4 cod. cons.<sup>232</sup>, una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura massima ivi prevista in quanto ha ritenuto un ulteriore indice di aggravamento<sup>233</sup> della violazione dell'agente proprio la natura giuridica della Federazione, che risulta essere un'associazione sindacale di medici professionisti *“che, in quanto tali ed in ragione delle norme di natura deontologica, sono tenuti al rispetto di particolari obblighi di correttezza e veridicità, anche nei rapporti con le pubbliche amministrazione”*. Da tali professionisti è lecito attendersi dunque un livello di diligenza particolarmente qualificato.

Anche per il Tar Lazio la diffusione di messaggi promozionali di prodotti recanti la dicitura "Approvato dalla Fimp - Federazione italiana medici

---

232 L'Autorità nel corso dell'istruttoria può chiedere a enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti ai fini dell'accertamento dell'infrazione.

233 Vedi provvedimento PS 411B. La gravità della colpa sotto il profilo oggettivo è apprezzata per effetti della condotta sull'azione amministrativa. Occorre ricordare che in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del Consumo, per la quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/81. Con riferimento agli effetti sull'azione della P.A. L'autorità nelle valutazioni conclusive ha considerato *“il significativo effetto impeditivo e distorsivo che le informazioni non veritiere rese all'Autorità nel corso del procedimento principale - PS411 - avrebbero avuto con riferimento alla valutazione della pratica commerciale in contestazione; in secondo luogo si apprezza in relazione alla sua idoneità ad incidere negativamente sull'efficacia ed economicità dell'agire amministrativo, atteso che le informazioni richieste per la valutazione della pratica oggetto del procedimento principale sono state acquisite a seguito di accertamento ispettivo, con conseguente rallentamento dell'attività amministrativa.”*

pediatri" - è effettivamente sussumibile nella fattispecie della "pratica commerciale scorretta". Né sono risultate rilevanti per il giudice amministrativo le osservazioni svolte dal professionista con riferimento all'esecuzione, da parte di soggetti terzi, di valutazioni e/o esami sui prodotti dallo stesso commercializzati, e alla piena rispondenza di questi alle specifiche tecniche che ne disciplinano la realizzazione, nonché all'assenza di particolari prescrizioni in relazione al procedimento di "approvazione" dettate nel codice del consumo.

Ciò che è essenziale rilevare per il Collegio sta nel fatto che con il logo della conseguita "approvazione Fimp" veniva veicolato nel pubblico dei consumatori il convincimento di caratteristiche ulteriori e/o aggiuntive possedute dalle linee dei prodotti oggetto della promozione pubblicitaria rispetto a quelle intrinsecamente proprie di quella categoria di beni. Questa pratica commerciale in mancanza di una vera e propria procedura di "accreditamento", risponde al fine di accrescere la connotazione qualitativa del bene, per consentirne una preferenziale collocazione sul mercato rispetto ad altri prodotti "concorrenti".

La pratica commerciale esaminata pur non essendo stata posta in essere direttamente da un professionista esercente una professione intellettuale offre un chiaro esempio dell'impatto anche mediato che la nuova disciplina è destinata ad avere anche sul livello di diligenza richiesto a questi professionisti che hanno maggiori responsabilità verso i consumatori per l'affidamento che questi ultimi ripongono nelle caratteristiche del servizio professionale offerto e nel rispetto delle "norme di etica professionale", ovvero nel complesso dei principi di deontologia enucleabili dal comune sentire di un dato momento storico<sup>234</sup>.

---

234 Così Corte di App. Roma, sez.I, del 5 settembre 2007.

### § 2.13 *Le pratiche aggressive e quelle in ogni caso aggressive*

La disciplina comunitaria recentemente attuata presenta quale novità assoluta, l'autonoma disciplina delle pratiche commerciali aggressive. Si tratta di una tipologia di condotte commerciali che incide sulla libertà di scelta del consumatore non mediante il sapiente utilizzo dell'informazione parziale o falsa, ma mediante condotte anche fisiche che sfruttano le emozioni, le debolezze del consumatore per spingerlo ad una decisione che altrimenti non avrebbe preso. Con riferimento al settore delle attività professionali la disciplina non ha visto alcuna applicazione da parte dell'autorità garante ciononostante si opportuno soffermarsi, per lo meno per brevi cenni, sui connotati essenziali della aggressività delle attività latu sensu promozionali che si aggiunge anche al sistema di tutela del consumatore - cliente dei servizi professionali.

Anche in questa dimensione normativa la capacità di autodeterminarsi del consumatore viene tutelata *“prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto”*.

L'art. 24 cod. cons. introduce una definizione generale di pratica commerciale aggressiva, progressivamente specificata nell'art. 25 e, poi, nell'art. 26 cod. cons. che reca l'elenco di pratiche che il legislatore ha considerato in ogni caso aggressive<sup>235</sup>.

E' aggressiva<sup>236</sup> una pratica commerciale che tenuto conto della fattispecie

---

235 Con riferimento alle pratiche commerciali aggressive per un' accurata esegesi delle norme e per la ricca casistica dei provvedimenti dall'Antitrust italiana ivi riportata vedi PERUGINI S., *sub art. 26, comma 1, lettere a)-d)*, 254 ss. MANCINI A, *sub art. 26, comma 1, lettere e)-h)*, 267ss; DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, 15 ss.; DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 39 ss. DI NELLA L., *Le pratiche commerciali sleali “aggressive”*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le “pratiche commerciali sleali”*, Giappichelli, Torino, 2007, 230. LA ROCCA L., *sub art. 24*, in *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di) V. Cuffaro, II ed., Giuffrè, Milano, 2008; PALLOTTA A., *Le pratiche commerciali aggressive*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *op. cit.* 167 ss.

236 La Direttiva 2005/29/CE, agli art. 9 e 10, introduce, per la prima volta, la definizione di pratica commerciale aggressiva.

concreta, di tutte le caratteristiche e circostanze del caso e del parametro del consumatore medio, mediante molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta del consumatore medio e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Secondo l'opinione dottrinale che ci sembra di condividere la pratica aggressiva è una fattispecie complessa che si compone di tre elementi essenziali: l'utilizzo dei metodi intimidatori della molestia, della coercizione e dell'indebito condizionamento; la «*considerevole*» lesione alla libertà di scegliere del consumatore; l'induzione, anche se solo potenziale, del consumatore a prendere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso<sup>237</sup>.

Altra dottrina evidenzia nella previsione dell'art. 24 cod. cons., il nesso causale che sul piano logico legherebbe i tre requisiti: la condotta "aggressiva" del professionista deve essere tale da determinare nel consumatore una compressione della sua capacità volitiva e, più in generale, della sua libertà; solo successivamente alla produzione di questo risultato il consumatore può essere indotto ad una scelta commerciale che non avrebbe altrimenti voluto.

La condotta aggressiva costituisce il requisito oggettivo della fattispecie, che può manifestarsi *sub specie* di molestia, coercizione e indebito condizionamento. Tali nozioni, come efficacemente rilevato dalla dottrina,

---

237 Cfr. Il requisito della induzione del consumatore evoca il dettato dell'art. 20, 2° comma, che richiede che la pratica commerciale scorretta sia idonea a (o tale da) «*falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto del consumatore medio*»; inoltre, come noto, l'art. 18, lett. e), precisa che «*falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori*» significa impiegare «*una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso*».

sono da interpretare alla luce degli obiettivi e dell'intero sistema normativo comunitario caratterizzato dall'armonizzazione massima piuttosto che alla luce del diritto interno<sup>238</sup>.

Solo l'indebito condizionamento è definito nell'art. 18, lett. l) come «lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole».

Il condizionamento sarebbe “indebito” quando sia conseguenza dello sfruttamento della posizione di preminenza del professionista che può derivare da una molteplicità di aspetti: le circostanze concrete, le asimmetrie informative a suo vantaggio, gli eventuali rapporti giuridici e di fatto in cui nel caso concreto si trova il consumatore, le sue qualità e caratteristiche, come si evidenzia nelle prime applicazioni dell'Autorità garante<sup>239</sup>. Il comportamento aggressivo del professionista finalizzato al condizionamento della capacità valutativa e volitiva del consumatore può far leva sulla sfera affettiva, emozionale o personale così come su quella giuridica ove il professionista trasgressore approfitti del suo maggiore potere contrattuale o della asimmetria informativa per impedire che il consumatore assuma le

---

238 C. SOLINAS, sub art. 24, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit. 233 e ss e in part. 237.

239 AGCM, provv. n. 18698 (PS88) H3G - *Disattivazione operatore lock*, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it). L'AGCM ha applicato questa disposizione giudicando aggressivo il comportamento di un operatore di telefonia mobile consistente nell'ostacolare la procedura di “sblocco” dell'apparecchio cellulare pur debitamente richiesto nei termini fissati contrattualmente, per impedirne o rallentarne l'utilizzazione con SIM card di altri operatori concorrenti. L'autorità garante ha considerato la pratica commerciale aggressiva descritta come un esempio di indebito condizionamento: «la posizione di potere del professionista nei confronti del consumatore in questo caso consiste nella necessaria intermediazione dell'operatore telefonico nella procedura di sblocco del telefono cellulare, attraverso la raccolta dell'apparecchio in un centro all'uopo indicato all'utente ed il suo successivo invio in un apposito centro in cui, intervenendo direttamente sul *software* dell'apparecchio, lo si sarebbe sbloccato. La protrazione *sine die* della procedura per effetto di lungaggini imputabili al professionista si è riverberata negativamente sui consumatori, condizionandone il comportamento commerciale, nella fattispecie precludendo loro la possibilità di utilizzare entro tempi ragionevoli il dispositivo anche con SIM card di altri operatori telefonici.»

informazioni necessarie<sup>240</sup>.

In dottrina si discute sull'autonomia dell'indebito condizionamento rispetto alle altre due forme di condotta aggressiva<sup>241</sup>, o della possibilità di configurarlo come una categoria comprensiva anche delle altre due *species* di condotte aggressive previste dall'art. 24 cod. cons., in ragione del richiamo espresso alla forza fisica o della minaccia del ricorso alla stessa; tra le argomentazioni a favore della prima opzione si adduce l'art. 26, lett. e) che considera in ogni caso aggressiva la pratica che include in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini perché acquistino o convincano gli adulti ad acquistare i prodotti pubblicizzati, in quanto in essa non si ravvisa nessuna forma di minaccia o costrizione ma per l'appunto solo un "indebito condizionamento", un indebito sfruttamento della posizione di preminenza del professionista.

In mancanza di una definizione normativa, per molestia si intende in via interpretativa un «disagio» o fastidio così grande, insistente e costante da essere idoneo ad alterare in modo considerevole le scelte economiche del consumatore medio.

Si riconducono a questo paradigma di condotta aggressiva le ipotesi di pratiche commerciali vietate *ex art. 26, lettere b) e c)* che si realizzano rispettivamente attraverso persistenti e non volute visite presso l'abitazione

---

240 Cfr. LA ROCCA, *sub art. 24, 147*, ha messo in luce che richiede che sia garantita al consumatore la possibilità di prendere una decisione non semplicemente "informata", ma "consapevole" e rileva che: « un consumatore, infatti, può essere anche informato, ma non consapevole - *id est* cosciente - e non essere, pertanto, in grado di assumere una decisione di natura commerciale per sé conveniente, soprattutto se è stata esercitata nei suoi confronti una pressione da parte del professionista, anche mediante ricorso alla forza fisica».

241 Nella «Proposta iniziale della direttiva 2005/29/CE, al § 71 si rinviene un esempio esempio di indebito condizionamento, infatti si legge : «si avrebbe un caso di indebito condizionamento qualora un professionista offrisse a un consumatore già indebitato nei suoi confronti e in ritardo con i pagamenti la possibilità di rinegoziare il debito a condizione che questi acquisti un altro prodotto». E ad attuazione avvenuta, gli interpreti hanno suggerito di considerarne un esempio quello fornito dall'art. 25, lett. c), che sanziona «lo sfruttamento da parte del professionista 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».



del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza e a non ritornarvi oppure attraverso ripetute e sgradite sollecitazioni commerciali, effettuate via telefono, fax, posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, riconducibili a questo paradigma.

La “coercizione” è identificata in una più grave tipologia di condotta aggressiva che può realizzarsi con minacce verbali o costrizioni fisiche rivolte ad estorcere un consenso al consumatore. Le conseguenze delle minacce e delle coercizioni possono riguardare la sfera personale del consumatore o di altri soggetti a lui legati da vincoli di amicizia o di affetto, come pure animali. È essenziale che le minacce determinino una restrizione della libertà di decidere del consumatore come accade di fronte alla prospettazione della scelta del male minore, tra l'adozione di una certa decisione o la realizzazione di una minaccia<sup>242</sup>. Può considerarsi manifestazioni del comportamento coercitivo. «qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata» ai sensi dell'art. 25, lett. e) cod. cons. Sono inoltre riconducibili al concetto di «coercizione» in quanto creano una pressione psicologica molto forte sul consumatore le pratiche elencate nelle lettere f), g) ricevere richieste di pagamento, restituzione o custodia per prodotti non richiesti e creare l'impressione che senza la conclusione del contratto la sussistenza e il lavoro del professionista saranno in pericolo.

Come esempio di coercizione attuata mediante l'esercizio della forza fisica si consideri la pratica di cui alla lett. a) della stessa disposizione consistente nel suscitare nel consumatore l'impressione di non poter lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto.

---

<sup>242</sup> DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2007, 58.

Dunque, la condotta coercitiva si caratterizza per l'approfittamento da parte del professionista della situazione di costrizione consapevolmente creata al fine di influenzare in modo incisivo la capacità di autodeterminarsi del consumatore.

Ai fini di accertare il carattere aggressivo di una determinata pratica commerciale è, inoltre, necessario valutare, rispetto al singolo caso concreto, ai sensi dell'art. 25 lett. a) il luogo, il tempo e la persistenza di una molestia, coercizione od indebito condizionamento. Si tratta di parametri che l'autorità nella sua concreta azione deve prendere in considerazione, ma che non costituiscono certo un *numerus clausus*<sup>243</sup> come confermato dai riferimenti generici e ampi che nella norma si fanno alla «*fattispecie concreta*» e a «*tutte le caratteristiche e circostanze del caso*»<sup>244</sup>.

Per misurare in qualche modo la differente carica aggressiva della condotta del professionista è molto importante considerarne anche la sua natura ossia: se la molestia o la coercizione siano fisiche o verbali per esempio.

Le lett. c), d) ed e), descrivono tre tipologie di pratiche commerciali aggressive che presentano dei tratti di originalità rispetto ai paradigmi sopra illustrati di condotta aggressiva. Si tratta di pratiche aggressive per le quali, diversamente dalle ipotesi di cui all'art. 26 cod. cons., bisognerà valutare la capacità di limitare in modo considerevole la libertà di scelta o di comportamento del consumatore e anche la capacità di indurlo a compiere una scelta economica che altrimenti non avrebbe compiuto.

---

<sup>243</sup> LA ROCCA, *sub* art. 25, 151.

<sup>244</sup> Il riferimento ai tempi dovrebbe intendersi come non confinato ai tempi della relazione commerciale intercorrente tra i due operatori del mercato ma va rapportato al momento della vita quotidiana del consumatore in cui la pratica aggressiva è posta in essere. Infine, la condotta persistente del professionista si riferisce alla sua insistenza anche temporale. Con il riferimento al luogo si vuole intendere che l'incidenza del comportamento del professionista è differente a seconda che si realizzi ai danni di un consumatore che si sia recato in un locale commerciale o al mercato; che abbia già una propensione seppure generica all'acquisto oppure nei confronti di consumatore "sorpreso" nel suo domicilio o in ufficio durante l'orario di lavoro.

In particolare, alla lett. c) si stigmatizza la pratica commerciale posta in essere dal professionista che sfrutti a suo vantaggio un qualsiasi evento tragico o una circostanza specifica di particolare gravità quale un lutto, una malattia o una necessità, tale da rendere particolarmente vulnerabile il consumatore per condizionarne il suo comportamento economico. In relazione a simili fattispecie l'autorità garante ha avuto modo di censurare messaggi pubblicitari ingannevoli come quelli diretti a vendere prodotti legati a gli eventi tragici descritti, oppure le promesse miracolose di guarigione o che presunti maghi collegavano all'acquisto di amuleti e altri oggetti.

La fattispecie descritta all'art. 25, lett. e), cod. cons. consiste in "qualsiasi minaccia di esercitare di promuovere un'azione legale ove tale azione sia manifestamente temeraria o infondata".

L'aggressività della pratica si rinviene nell'approfittamento dello stato di timore causato sul consumatore medio preoccupato di doversi difendere in giudizio<sup>245</sup>. Nella norma si fa riferimento ad una azione «*manifestamente temeraria o infondata*» formulazione che dal punto di vista testuale evoca la disposizione dell'art. 96 c.p.c.

Le due previsioni normative si differenziano nettamente<sup>246</sup>; infatti, mentre per l'accertamento della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. la legge richiede la "soccombenza" della parte che abbia agito o resistito, il dolo o la colpa grave, e la prova del danno subito dalla controparte. Nella pratica aggressiva in esame, si censura il comportamento del professionista tenuto prima di un eventuale procedimento giudiziario, consistente nella "minaccia" di un'azione a prescindere dall'effettivo accertamento

---

<sup>245</sup> LA ROCCA, *Le pratiche commerciali*, 156 ss., cita come esempi «la minaccia di avviare l'esecuzione forzata nei confronti del consumatore, pur in mancanza di idoneo titolo esecutivo, o la minaccia di denunciare il consumatore per un presunto reato quando, in realtà, il comportamento del consumatore non appare neppure in astratto riconducibile ad una fattispecie penalmente rilevante».

<sup>246</sup> C. SOLINAS, *sub art. 25*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 252- 253.

dell'infondatezza sostanziale delle dichiarazioni del professionista<sup>247</sup>. L'ipotesi in esame sembra avere, secondo la dottrina, caratteri simili all'indebito condizionamento<sup>248</sup> o può considerarsi una specificazione della «*minaccia [...] verbale*» di cui alla lett. b) della stessa disposizione<sup>249</sup>.

La dottrina ha posto in rilievo che la minaccia di un'azione legale infondata di cui all'art. 25 lett. e) è da intendersi in senso lato ovvero come minaccia di un'azione non possibile dal punto di vista legale, in conformità al testo comunitario che all'art. 9 lett. e) che censura “la minaccia di promuovere un'azione legale ove non sia giuridicamente ammessa”.

La minaccia di un'azione legale infondata proveniente dal professionista e ancor più dal libero professionista, per determinarlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe assunto, approfittando della ignoranza del consumatore medio costituisce una condotta contraria alle norme della diligenza professionale. Ma per valutare la scorrettezza della pratica occorrerà comunque la valutazione sulla idoneità della condotta a limitare la libertà di scelta del consumatore medio.

Presuppone, in primo luogo, l'esistenza di un contratto tra professionista e consumatore la pratica commerciale consistente in qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista (art. 24 lett. d).

La fattispecie tipizzata nella lett. d) dell'art. 25 cod. cons. richiede la sussistenza di due elementi diversi: il professionista deve ostacolare

---

<sup>247</sup> LA ROCCA, *sub art. 24*, in *Codice del Consumo e norme collegate* a cura di CUFFARO, 2 edizione, Giuffrè, Milano, 2008, 158, parla di subordinazione del giudizio di aggressività «ad una valutazione di tipo prognostico».

<sup>248</sup> DI NELLA, *Le pratiche commerciali*, 243, include la fattispecie nel *genus* dell'indebito condizionamento.

<sup>249</sup> C. SOLINAS, *sub art. 25*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 252.

l'esercizio dei diritti contrattuali del consumatore, mediante un qualsiasi comportamento «*non contrattuale*» ovvero avulso dai diritti derivanti da un contratto con il consumatore e quindi puramente ostruzionistico; l'ostacolo non contrattuale deve essere «*oneroso*» o «*sproporzionato*»: per esempio il consumatore nell'esercizio di un diritto contrattuale deve sostenere dei costi non dovuti o deve sobbarcarsi una spesa eccessivamente onerosa. Sull'inquadramento di questa fattispecie la dottrina non è concorde. Secondo alcuni si tratterebbe di una ipotesi autonoma e originale di pratica commerciale che si aggiunge ai modelli della molestia, della coercizione e dell'indebito condizionamento secondo altri invece costituisce un particolare esempio di indebito condizionamento <sup>250</sup>.

---

250 In questo senso DI NELLA, *Le pratiche commerciali*, 283.

cfr. LA ROCCA, *sub art. 25*, in *Codice del Consumo e norme collegate* a cura di CUFFARO, op. cit., 154 L'Autrice evidenzia che con riferimento alla latitudine temporale della pratica non c'è unanimità di vedute poiché il riferimento all'ostacolo contrattuale ha portato taluni a privilegiare una interpretazione restrittiva della disposizione in esame e a considerarla applicabile alla fase di esecuzione di un contratto e, dunque, ai diritti che il consumatore può voler esercitare con riferimento ad un contratto già concluso, secondo Altri invece, l'ambito di applicazione della disposizione è l'intera fattispecie contrattuale intesa in senso ampio e quindi dalla fase precontrattuale a quella della esecuzione del contratto

**Capitolo 3. Ruolo e funzione dell'autoregolamentazione nelle pratiche commerciali scorrette e la diversa incidenza delle nuove regole in relazione ai codici deontologici delle professioni.**

### **§ 3.1 Il principio dell'autoregolamentazione nelle pratiche commerciali scorrette e la definizione di codice di condotta.**

La normativa in tema di pratiche commerciali scorrette attribuisce un ruolo particolarmente pregnante al principio dell'autoregolamentazione che si esprime con l'impiego di codici di condotta che dettino regole di comportamento valevoli nei specifici settori economici in cui i professionisti operano<sup>251</sup>. Sul tema si sofferma diffusamente già la Commissione europea nel Libro Verde del 2001, *“Sulla tutela dei consumatori dell'Unione Europea”*, nel quale si legge una certa fiducia verso il rapido sviluppo in atto a livello comunitario dell'utilizzo di uno strumento flessibile quale il codice di condotta ma, allo stesso tempo, la consapevolezza del carattere modesto dei risultati ottenuti rispetto alle sue potenzialità, attribuito alla diversità delle leggi dei diversi Stati membri, all'incertezza del valore giuridico degli impegni con essi volontariamente assunti e alla blanda possibilità di esigerne il rispetto con il rigore necessario<sup>252</sup>. Il legislatore comunitario, nel

---

251 Nel campo del commercio elettronico a livello comunitario è stato compiuto un precedente tentativo di rivestire di rilevanza giuridica le manifestazioni di *autoregolamentazione*, incoraggiando il ricorso al codice di condotta. Cfr. Libro verde par. 2.3. anche in Italia il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico prevede all'art. 18: «1. Le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali, professionali o di consumatori promuovono l'adozione di codici di condotta che trasmettono al Ministero delle attività produttive e alla Commissione Europea con ogni utile informazione sulla loro applicazione e sul loro impatto nelle pratiche e consuetudini relative al commercio elettronico. 2. Il codice di condotta, se adottato, è reso accessibile per via telematica e deve essere redatto, oltre che in lingua italiana e inglese, almeno in un'altra lingua comunitaria. 3. Nella redazione di codici di condotta deve essere garantita la protezione dei minori e salvaguardata la dignità umana».

252 L'ampia consultazione avviata con il libro verde del 2001 comprende anche il quesito in ordine all'opportunità di includere nella direttiva quadro un principio di autoregolamentazione, in quanto come sottolineato al par. 2.2. *“l'autoregolamentazione si è dimostrata un complemento potenzialmente utile della regolamentazione, in grado di ridurre la necessità di una legislazione molto dettagliata e di arrecare vantaggi ai consumatori”*. Al successivo par. 4.4 si evidenzia la necessità che essa comporti *«chiari impegni volontari vincolanti nei confronti dei consumatori e che sia applicata in modo appropriato»*. L'intento è fissare gli elementi chiave per un'applicazione efficace e più rigorosa delle norme di comportamento dalla cui violazione, quindi, discendano conseguenze giuridiche precise. E a completare l'insieme di linee guida si legge *«Inoltre, data l'influenza delle associazioni di categoria sullo sviluppo delle pratiche commerciali è logico renderle maggiormente responsabili (...il ruolo e la responsabilità dei garanti dei codici per la loro elaborazione ed il ruolo delle autorità pubbliche per la loro applicazione potrebbero essere rafforzati e chiariti. La combinazione di una direttiva quadro e di alcuni elementi di base per un'autoregolamentazione a livello comunitario potrebbe essere vista come un approccio fondato sulla coregolamentazione, ai sensi del libro*

*considerando* n. 20 della direttiva<sup>253</sup>, espressamente incentiva la diffusione dei codici di condotta che consentano ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della direttiva in specifici settori economici; auspica il coinvolgimento delle organizzazioni dei consumatori nella formulazione dei codici stessi in materia di pratiche commerciali sleali, al fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori; confida nella funzione deflattiva che questi strumenti possano svolgere per evitare il contenzioso amministrativo e giudiziario attraverso il controllo esercitato dai titolari dei codici per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali; vi attribuisce il compito di determinare nel dettaglio gli obblighi di diligenza professionale, "tassativi", ove previsti nei diversi settori economici. Per i settori professionali specificamente disciplinati («*in cui vi siano obblighi tassativi specifici che disciplinano il comportamento dei professionisti,*») come, per esempio, quelli relativi alle professioni regolamentate così come definite all'art. 18, lett. n) cod. cons.<sup>254</sup>, il menzionato considerando sottolinea che i professionisti devono "altresì" dar prova del rispetto degli obblighi di diligenza professionale nel settore di riferimento e così stabilisce una stretta relazione tra norme deontologiche e obbligo di diligenza professionale.

Nel novellato codice del consumo la disciplina dell'autoregolamentazione viene affidata in parte ad un corpo di norme con carattere inderogabile che disegna tre particolari fattispecie di pratiche commerciali scorrette

---

*bianco sulla governance, simile sotto certi aspetti al nuovo approccio»*

253 Nel considerando si legge:«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».

254 V. al riguardo *retro*, il capitolo relativo alla applicazione della normativa di nuova introduzione alle attività professionali e in particolare l'analisi della definizione di professione regolamentata. Inoltre, sia consentito citare C. MAZZÙ e L. MINERVINI, *sub art. 18, comma 1, lett. n)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 128 ss.



ingannevoli (art. 21 comma 2, lett. *b*) e art. 23, comma 1, lett. *a*) e *c*)), coinvolgenti, in vario modo, i codici di condotta; in parte ad un corpo di norme derogabili (artt. 27-*bis*, 27-*ter* e 27-*quater* cod. Cons.) che incoraggiano l'adozione di uno strumento flessibile come il codice di condotta e aprono verso forme di risoluzione stragiudiziale della controversie, che abbiano come attori gli organi di autodisciplina, attuando sul piano normativo le indicazioni del *considerando* n. 20 della direttiva comunitaria, di cui si è detto.

L'analisi della disciplina non può prescindere dall'analisi preliminare della nozione di codice di condotta che l'art. 18, comma 1, lett. *f*) per la prima volta definisce a livello normativo<sup>255</sup> come «*un accordo o una normativa che non è imposta da 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*».

La norma tratteggia i caratteri fondamentali della nozione, richiamata in più parti nel nuovo testo legislativo, su cui occorre soffermarsi ai fini della definizione del perimetro di applicazione della normativa. Ciò si rende ancor più necessario ai fini della ricerca che si conduce in quanto il legislatore nazionale, nell'art. 19, comma 2, cod. cons. utilizza l'espressione “codice deontologico” di cui però non fornisce una definizione *ad hoc* rimettendo all'interprete il compito di comprendere se possa ritenersi un sinonimo o una specie della categoria generale “codice di condotta” o se invece si riferisca ad una fattispecie diversa e con quali conseguenze<sup>256</sup>.

Il codice, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. *f*) cod.cons., nasce da una scelta spontanea, in quanto per un verso, l'adozione non è imposta da fonti non

---

255 Con riferimento alla nozione in esame cfr. BARGELLI E., *I codici di condotta*, in DE CRISTOFARO (a cura di) op. cit., 262 ss. ; FABBIO P., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali*, in *Giur. Comm.*, 2008, 706 ss, 710/1; NUZZO M., sub art.18, comma 1, lett. *f*), in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 70 ss ; Id. sub art.18, comma 1, lett.g), 73-74.

256 Si veda l'art. 19 comma 2 lett. *b*) cod.cons.

solo legislative ma neanche amministrative e regolamentari e per altro verso, l'adesione avviene in forma volontaria. Con i termini "accordo" e "normativa" il legislatore intende riferirsi sia al codice frutto dell'incontro delle volontà di più professionisti, sia al codice adottato unilateralmente, al quale eventualmente un professionista possa aderire in un momento successivo<sup>257</sup>.

Quanto al contenuto: oggetto delle previsioni dei codici di condotta, sono i comportamenti dei professionisti in relazione ad *"una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori specifici"* a conferma della funzione di specificazione ed esemplificazione ad essi riconosciuta in quanto fissano regole di dettaglio che integrano i precetti legislativi generali in determinati settori. È significativo evidenziare il collegamento tra la disciplina statale che opera per principi e la disciplina contenuta nei codici che articola quei principi generali in regole specifiche per in diversi settori, e come così operando svolgono una funzione integrativa rispetto alla legge.

Ed, invero, sulla base del principio di sussidiarietà introducono un insieme di norme di comportamento che costituiscono dei modelli di condotta certi, trasparenti grazie alla conoscenza che il consumatore ne ha, e condivisi perchè posti dagli stessi destinatari, esponenti della categoria professionale. Inoltre, i codici di condotta declinando con significati più concreti le norme di legge contribuiscono a creare una comune coscienza etica e quindi a conformare ad un canone di lealtà il comportamento dei professionisti riducendone così "l'arbitrio" nei comportamenti commerciali e anche a ridurre la discrezionalità dei giudici chiamati a giudicare la slealtà delle condotte commerciali<sup>258</sup>. È importante sottolineare che sono manifestazioni

---

257 FABBIO P., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali*, in *Giur. Comm.*, 2008, 706 ss, 710/1.

258 NUZZO M., sub art.18, comma 1, lett. f), in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 70 ss ; Id. sub art.18, comma 1, lett.g), 73-74.

di autonomia privata che si prestano ad essere strumenti di “promozione” dell'attività professionale a cui si riferiscono in quanto accrescono la fiducia del consumatore sulla serietà professionale e qualità delle prestazioni offerte<sup>259</sup>.

Delle ulteriori indicazioni sulla conformazione normativa dello strumento di autoregolamentazione in esame si rinviengono nell'art. 27-*bis* cod. cons. che ne detta la procedura di adozione. La norma con la locuzione “*codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici*” ne pone in risalto il carattere volontario e vincolante. Stabilisce, poi, la necessità che siano redatti in lingua italiana e inglese, e che siano accessibili al consumatore anche per via telematica a cura del responsabile del codice; che abbiano come contenuto minimo la protezione dei minori e la salvaguardia della dignità umana; che a cura del responsabile del codice che si occuperà anche della conservazione e dell'aggiornamento degli stessi, si provveda a darne comunicazione preventiva all'interno della categoria professionale per la successiva adesione e anche all'esterno a beneficio dei consumatori.

In dottrina, a livello esemplificativo, si è fatto riferimento in senso inclusivo rispetto alla definizione sopra riportata, al codice di autodisciplina della comunicazione commerciale<sup>260</sup> al quale le imprese operanti sul mercato possono scegliere di aderire<sup>261</sup> e di vincolarsi al rispetto delle prescrizioni ivi

---

259 Sia l’Autorità garante che la Commissione europea e il Parlamento europeo attribuiscono una particolare importanza ai codici deontologici delle professioni quali strumenti idonei a promuovere una alta qualità dei servizi professionali e idonei ad accrescere la fiducia tra il consumatore e il professionista. Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sul rapporto sulla competizione nei servizi professionali*, 12 ottobre 2006, 2006/2137INI.

260 La finalità del codice di autodisciplina pubblicitaria vien individuata alla lett. a) delle norme preliminari e generali nello «scopo di assicurare che la comunicazione commerciale, nello svolgimento del suo ruolo particolarmente utile nel processo economico, venga realizzata come servizio per il pubblico, con speciale riguardo alla sua influenza sul consumatore. Il Codice definisce le attività in contrasto con le finalità suddette, ancorché conformi alle vigenti disposizioni legislative l'insieme delle sue regole, esprimendo il costume cui deve uniformarsi l'attività di comunicazione, costituisce la base normativa per l'autodisciplina della comunicazione commerciale».

261 Quanto ai soggetti vincolati dal Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

contenute<sup>262</sup>.

Negli anni si sono sviluppate molteplici forme di autoregolamentazione, si pensi, solo per fare qualche esempio tra i più significativi, ai codici di autodisciplina delle società quotate, ai codici di condotta sul trattamento dei dati personali, al codice di autodisciplina pubblicitaria.

Pertanto, la previsione dell'art. 27 bis cod. cons., che promuove l'adozione di codici di condotta in tema di pratiche commerciali scorrette, non rappresenta certo una novità nel panorama nazionale.

La crescente diffusione di tali manifestazioni di autonomia privata, secondo alcuni Autori, è dovuta all'esigenza di garantire l'ancoraggio ai valori etici all'interno degli ordinamenti<sup>263</sup>. Altri ritengono che il crescente utilizzo di tali strumenti sia dovuto all'esigenza di categorie omogenee di operatori economici di dotarsi di un sistema di autonormazione efficace e flessibile, frutto dell'esperienza specifica del gruppo sociale di riferimento, anche per evitare una regolamentazione pubblicistica e i maggiori costi che ne

---

la lett. b) delle norme preliminari e generali dispone che «è vincolante per utenti, agenzie, consulenti di pubblicità e di marketing, gestori di veicoli pubblicitari di ogni tipo e per tutti coloro che lo abbiano accettato direttamente». Quanto agli obblighi derivanti dall'adesione al codice sia in capo agli enti firmatari e sia in capo ai loro associati la successiva lett. c) prevede «Gli enti firmatari si impegnano ad osservare ed a far accettare dai loro associati le norme del Codice stesso e dei Regolamenti autodisciplinari, a dare opportuna diffusione alle decisioni dell'organo giudicante, nonché ad adottare adeguati provvedimenti nei confronti dei soci che non si attengano al giudizio dell'organo stesso o siano recidivi». In particolare per regolamentare le modalità di accettazione delle norme codicistiche da parte degli associati, la lett. d) reca una apposita «clausola di accettazione» secondo la quale «Per meglio assicurare l'osservanza delle decisioni dell'organo giudicante, gli organismi aderenti si impegnano a far sì che ciascun soggetto ad essi associato inserisca nei propri contratti una speciale clausola di accettazione del Codice, dei Regolamenti autodisciplinari e delle decisioni assunte dal Giurì, anche in ordine alla loro pubblicazione, nonché delle ingiunzioni del Comitato di Controllo divenute definitive».

262 Nelle note preliminari e generali viene offerta una definizione di comunicazione commerciale, di prodotto, messaggio e consumatore. E il titolo I del codice rubricato «regole di comportamento» si apre con l'art. 1, rubricato «lealtà nella comunicazione commerciale», secondo il quale «La comunicazione commerciale deve essere onesta, veritiera e corretta. Essa deve evitare tutto ciò che possa screditarla». Nel codice di autodisciplina non è regolamentata la pratica commerciale aggressiva che si conferma come la cifra innovativa della nuova disciplina. Del resto il diritto ad una informazione non ingannevole è sempre stato affermato in materia consumeristica ed infatti risulta più o meno ampiamente già regolamentato.

263 In questo senso, cfr. F. BUSNELLI, *Il trattamento dei dati personali nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCHOVIC (a cura di) *Trattamento dei dati e tutela della privacy e codice deontologico dei giornalisti*, Milano, 1998,177

deriverebbero<sup>264</sup>.

La dottrina più autorevole parla a riguardo di “formazione negoziale del diritto<sup>265</sup>” per indicare un sistema nel quale le fonti statuali di produzione delle norme concorrono con quelle private nella disciplina delle fattispecie dando vita così ad un complesso “a rete” che si differenzia profondamente dalla produzione normativa tradizionale verticistica definita a “piramide”<sup>266</sup> o da altra dottrina a “costruzione progressiva<sup>267</sup>” caratterizzato da una articolazione che attraversa diversi livelli della gerarchia delle fonti e dalla presenza di tratti di disciplina soggetti ad aggiornamenti periodici. La scelta del legislatore comunitario prima, e di quello statale poi, si inserisce all'interno del c.d. processo di “tramonto del monopolio statale” nella produzione delle norme giuridiche.

---

264 Cfr. P. RESCIGNO, *Protezione dei dati e diritti della personalità*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO ZENCHOVIC (a cura di) *Trattamento dei dati e tutela della privacy e codice deontologico dei giornalisti*, cit. 275.

265 N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, 307 ss.

266 La norma statale detta il minimum inderogabile della disciplina e rimette all'autonomia privata la libertà di manifestarsi all'interno delle maglie della “rete” normativa imponendo obblighi di condotta additivi rispetto a quelli imposti dalla legislazione di settore. Sul tema cfr. G. PINO, *I codici di deontologia in materia di trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2002, 365 ss. N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia privata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 727

267 Così SIMONCINI, *Il sistema delle fonti normative*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, (a cura di) *Il trattamento dei dati personali*, Vol. II, Torino, 1999, 11ss

### § 3.2 «Codice di condotta» e «codice deontologico»: identità e/o diversità.

Sarebbe facile propendere per l'applicabilità della nuova disciplina alle professioni se nella definizione normativa di codice di condotta rientrasse anche la fattispecie di codice deontologico.

Per comprendere in che modo la disciplina attuativa della direttiva 2005/29/CE possa influire sulle normative professionali di settore, e se, abbia introdotto un *quid novi* è necessario interrogarsi sulla misura in cui la natura del codice deontologico, la fonte da cui promana, gli interessi che persegue possano condizionarne l'ambito di applicazione.

I codici di deontologia professionale contengono regole di comportamento emanate da ordini e/o collegi professionali nell'esercizio dei propri poteri di autoregolamentazione, che gli iscritti sono tenuti a osservare nell'esercizio dell'attività professionale a pena dell'applicazione di sanzioni disciplinari<sup>268</sup>.

Occorre porre in risalto che l'adozione di codici di deontologia professionale è da molto tempo radicata nel nostro ordinamento nel settore delle professioni intellettuali, e in particolare nell'ambito delle professioni dotate di organi esponentziali quali ordini professionali e collegi.

Come osservato da A.M. Sandulli negli anni sessanta, l'autoregolamentazione rappresenta l'espressione più elevata del potere di autogoverno della classe professionale<sup>269</sup>, lo Stato si rimette alla sensibilità del gruppo professionale e dei suoi organi per la selezione, la conservazione

---

<sup>268</sup> Il codice civile agli artt. 2229 e ss. e le leggi professionali delineano esattamente la struttura degli organi professionali e le funzioni ad essi attribuite e segnatamente:

- la funzione amministrativa di tenuta degli albi e di organizzazione della professione
- la funzione amministrativa e giurisdizionale in materia disciplinare attribuita alle associazioni professionali dall'art. 2229 c.c. comma 2 ;
- la funzione regolamentare per la tutela della categoria e in materia di determinazione delle tariffe.

<sup>269</sup> Cfr. A.M.SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. Civ.* 1961,I, 616 ss.

e l'osservanza delle regole di correttezza e di decoro professionale, astenendosi per queste da ogni ingerenza convinto che il più geloso custode del prestigio della classe sia la classe stessa.

Si differenziano nettamente dai "codici di autodisciplina" che contengono regole di comportamento emanate da associazioni di categoria volte a garantire i minimi di correttezza e trasparenza da parte degli operatori economici che vi hanno aderito<sup>270</sup>. Ne è esempio il codice di autodisciplina pubblicitaria<sup>271</sup>.

Con riferimento alla definizione di cui all'art. 18 cod. cons. lett. e), la limitazione ai codici "non imposti" può condurre a ritenere che le norme deontologiche delle professioni intellettuali protette rappresentino forme di autoregolamentazione in tutto o in parte escluse dallo schema normativo di codice di condotta proposto dal legislatore delle pratiche commerciali scorrette, per mancanza del carattere volontario nell'elaborazione delle norme e anche nella adesione alle stesse che non è spontanea<sup>272</sup>. Le norme deontologiche delle professioni protette<sup>273</sup> non consentono al libero professionista la scelta di aderire o meno al *corpus* che fissa chiare regole comportamentali per salvaguardare il decoro della professione perchè queste derivano dall'essere iscritti nell'albo o collegio e dal particolare *status* che rivestono, si pensi, per esempio, al codice deontologico dei notai che è stato adottato dal Consiglio superiore del notariato per espressa previsione normativa o a quello dei giornalisti.

E già da tempo risalente la dottrina non ha mancato di evidenziare che il

---

270 NUZZO M, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme-soggetti-attività*, Giappichelli, Torino, 27-28

271 NUZZO M, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme-soggetti-attività*, op.cit., 27-28.

272 La Corte di cassazione nella sentenza resa a sezioni unite il 20.12.2007, n. 26810 rileva che nell'approvazione del codice deontologico consentita dall'ordinamento generale in modo espresso o implicito si estrinseca l'autonomia dell'ordine professionale.

273 Il codice deontologico per il vincolo di destinazione che lo caratterizza in relazione ad ogni specifica professione e la doverosità dell'*am* slitterebbe dalla categoria concettuale del negozio giuridico a quella di atto imperativo e cioè di regolamento amministrativo ad efficacia interna cioè limitata ai soli aderenti all'organizzazione professionale.

codice deontologico persegue non solo la repressione dei comportamenti deontologicamente scorretti, come detto, ma anche altre importanti finalità quali “l'accreditamento l'esterno della categoria professionale e delle sue peculiarità e la salvaguardia dell'autonomia della professione, attraverso una trama normativa che riguarda i rapporti tra gli associati (per garantire la coesione interna della professione e quindi della sua unità), i rapporti con i destinatari della professione (attraverso un utile contemperamento tra gli interessi del professionista e del cliente in nome del «decoro» e del «prestigio», che limita però un'aperta contrattazione economica del cliente nei suoi confronti») e i rapporti con la società (attraverso l'autonomia della professione comportante un «contemperamento» tra l'interesse del professionista all'indipendenza e l'interesse dello Stato ad impedire che si traduca in un ingiustificabile immunità)”<sup>274</sup>.

Con riferimento al contenuto, è stato posto in luce che i codici deontologici che si ispirano a principi etici e alla correttezza professionale per perseguire il decoro della professione, dettano non solo norme di matrice consuetudinaria derivanti dai valori etici comuni al gruppo professionale ma anche regole introdotte dall'ordine stesso senza attingere alla consuetudine, al fine di dettare una disciplina necessaria per la salvaguardia di un bene giuridico rilevante all'interno della categoria di appartenenza. Esempi di questo secondo tipo di regole sono le disposizioni deontologiche che impongono divieti o restrizioni alla pubblicità<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> TERESI F., *Professioni e codice deontologico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 8ss. In verità l'utilizzo dei codici di deontologia professionale procura molteplici vantaggi a tutti i soggetti coinvolti. Allo Stato, il quale ottiene un risparmio di spesa, in quanto trattandosi di scienze tecniche vengono trasferiti sugli operatori di settore i costi derivanti dalla necessità di procurarsi conoscenze appropriate e aggiornate; al cliente consumatore per la necessità di far fronte ad una asimmetria informativa sbilanciata a favore del professionista intellettuale; alla classe professionale in quanto le regole emanate dallo stesso gruppo cui si rivolgono avranno con ogni probabilità i caratteri della ragionevolezza perché se così non fosse il primo a farne le spese sarebbe proprio l'autore e il destinatario del precetto.

<sup>275</sup> MIRANTE S., *Ordini e collegi professionali: i poteri normativi e disciplinari*, in *Giur. It.*, 6, 2010, l'Autrice pone in evidenza anche i regolamenti emanati da alcuni Consigli nazionali relativi ad



Questo aspetto è emerso nella citata indagine conoscitiva condotta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>276</sup> che ha segnalato la mancata conformità ai principi della concorrenza della disciplina deontologica che, tra l'altro, regola in modo restrittivo l'uso della pubblicità professionale o vieta la pubblicità comparativa e la necessità del relativo adeguamento. Il riferimento a tali risultanze è particolarmente importante sia perché quelle rappresentano alcune delle forme che la pratica commerciale può assumere, sia perché l'implementazione della nuova disciplina ha tenuto conto degli orientamenti della Autorità formati nel sistema previgente in ordine alla pubblicità ingannevole.

I codici deontologici delle professioni intellettuali hanno carattere vincolante sia per l'ordine o collegio professionale sia i professionisti ivi iscritti, i quali ove violino i precetti in essi contenuti sono passibili di sanzioni disciplinari.

Soprattutto negli ultimi anni si è alimentato il dibattito dottrinale sulla natura dei codici deontologici e sul valore giuridico delle regole in essi contenute e anche nella giurisprudenza si sono formati due principali orientamenti, come si chiarirà di seguito.

Secondo il primo orientamento più tradizionale della dottrina e della giurisprudenza, le regole deontologiche hanno natura pattizia e producono effetto solo nei confronti dei soggetti che fanno parte del gruppo professionale<sup>277</sup>. Non trattandosi di norme giuridiche ma contrattuali

---

obblighi di formazione continua dei liberi professionisti.

<sup>276</sup> *Indagine conoscitiva*, IC 34 – provv. n. 16369, riguardante il settore degli ordini professionali con particolare riferimento all'adeguamento dei codici deontologici delle professioni indicate ai principi di concorrenza, aperta il 18 gennaio 2007. Sui contenuti dell'indagine vedi par. 2.8 del presente elaborato.

<sup>277</sup> Con riferimento alla natura giuridica delle norme deontologiche in particolare degli avvocati, secondo un orientamento risalente agli anni sessanta, queste non hanno natura giuridica in quanto il potere statale riserva poteri di autonomia alla classe professionale e ai suoi organi la creazione, l'individuazione, l'applicazione, delle regole di deontologia “*ma non fa assurgere tali regole a norme dell'ordinamento generale, e non le assimila a queste*”. A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. Civ.* 1961,I,616ss. In linea con questo orientamento dottrinale nella giurisprudenza amministrativa si veda Cons. di Stato, Sez. VI, 20 febbraio 1997, n. 122, in *Dir.*

possono produrre effetti nell'ordinamento generale solo in quanto richiamate espressamente dalla legge.

I soggetti terzi, estranei al gruppo professionale, clienti e consumatori non sono destinatari di una tutela diretta ma vantano una posizione giuridica assimilabile a quella dell'interesse legittimo. Naturalmente l'illecito deontologico potrà integrare un illecito contrattuale nel caso in cui il richiamo al rispetto delle norme deontologiche sia stato inserito nel contratto tra terzo e professionista.

Secondo questa giurisprudenza l'interpretazione delle disposizioni contenute nel codice deontologico, qualificate come clausole contrattuali, è sottoposta ai canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss cod.civ. e costituirebbe una *quaestio facti* perché ha ad oggetto la comune intenzione delle parti, che rientra nel merito della causa.

Recentemente la Corte di Cassazione, nella sentenza resa a sezioni unite il 20.12.2007, n. 26810<sup>278</sup>, ha ribaltato l'orientamento tradizionale sopra descritto

---

*proc. amm.*, 1998, 193, con nota di LOMBARDI, *Principi di deontologia professionale ed efficacia normativa dell'ordinamento giuridico statale*, ove il giudice amministrativo attribuisce alle regole deontologiche natura di norme indirette, prescrittive per gli iscritti all'ordine ma che nell'ordinamento generale non rilevano come regolamenti, ma come atti amministrativi generali. Da questa interpretazione deriva la previsione di un sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità dei principi deontologici, distinto dai giudizi sull'applicazione delle misure disciplinari rimessi alla giurisdizione del giudice ordinario. In questo senso *ex plurimis* Cass., Sez. un., 10 febbraio 1998, n. 1342, in *Rass. Forense*, 1999, 475 (s.m.); Id., Sez. un., 12 dicembre 1995, n. 12723, *ivi*, 1996, 362.

278 All'origine del contendere vi è una sanzione disciplinare, la censura, inflitta dal Tribunale di Trani ad un avvocato per aver intimato, nella stessa data, dieci precetti cambiari, notificati tutti nel giro di pochissimi giorni, integrando così una violazione dell'art. 49 del codice deontologico forense che vieta di aggravare la posizione debitoria della controparte. E, inoltre, per aver richiesto alla stessa parte debitrice degli onorari sproporzionati o non dovuti in violazione dell'art. 6 del codice deontologico. La sanzione inflitta è ritenuta congrua dal CNF. Avverso questa decisione l'avvocato propone ricorso per cassazione. Al fine di individuare correttamente le norme sulla base delle quali interpretare le norme deontologiche violate e segnatamente l'art. 49, la suprema Corte enuncia il seguente principio di diritto: "le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative di precetto legislativo che attribuisce al Consiglio Nazionale Forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, come tali interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità". La sentenza è annotata da SCARSELLI G., *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, in *Foro It.*, 2009, 1, 3167. Secondo l'Autore il passaggio dalla qualificazione della norma deontologica come "regola interna della categoria" a "fonte normativa", segnato dalla sentenza della suprema Corte di legittimità in esame, potrebbe rilevare anche sotto il profilo della costruzione di una corrispondenza fra illecito deontologico ed illecito civile,

qualificando le regole comportamentali contenute nel codice deontologico forense fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio Nazionale Forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato e come tali le ritiene interpretabili direttamente in sede di controllo giurisdizionale di legittimità per violazione di legge<sup>279</sup>.

Più specificatamente, il carattere di norma di legge deriva dalla “delega” effettuata dalla legge statale alle norme contenute nel codice di deontologia forense e dalla loro “funzione” di parametro normativo generale alla stregua del quale valutare la condotta dei professionisti iscritti<sup>280</sup>. Per volontà del legislatore le determinazioni dell'autonomia collettiva assumono una funzione integrativa della norma legislativa in bianco<sup>281</sup>. Il codice

---

nel senso della possibilità di far valere in giudizio le norme deontologiche per l'azione civile di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del libero professionista.

279 In passato le norme del codice deontologico forense sono state ritenute norme giuridiche obbligatorie per gli iscritti all'albo degli avvocati ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare dalla Cass., Sez. un., 23 marzo 2004, n. 5776, in *Giur. It.*, 2005, 249, ove si legge «Nell'ambito della violazione di legge, va ricompresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare». Successivamente questo orientamento viene confermato dalla stessa Corte in tema di illecito disciplinare relativo ad un geometra (sentenza a sezioni unite emessa il 14 luglio 2004, n. 13078, in *Giurisprudenza del Bollettino legislazione tecnica*, 2004, 520). Secondo la Corte di Cassazione la norma del codice deontologico violata che individua l'illecito deontologico riempie di contenuto la clausola generale contenuta, per i geometri, nell'art. 11 del R.D. 11 febbraio 1929, n. 274, e, pertanto, assume il rango di norma di diritto. Da quanto affermato deriva che l'interpretazione della norma del codice deontologico costituisce una *questio iuris*, prospettabile dinanzi al giudice di legittimità come violazione di legge, e non una *quaestio facti*. In questo senso anche AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, IC 15, Provv. n. 5400 settore degli ordini e collegi professionali, par. 27 cap. I, 18.

280 Il suddetto ente con riferimento al richiamo deontologico ai doveri di dignità e decoro, giudicato troppo generico dall'Autorità, per giustificare le limitazioni all'utilizzo della pubblicità, osserva che dal carattere di norma di legge del codice deontologico, affermato recentemente dalla Corte di cassazione, discende la necessità che la norma deontologica sia formulata in relazione al parametro normativo generale che la legittima, alla stregua del quale deve essere valutata la condotta degli esercenti la professione forense.

281 Di conseguenza “la Corte di legittimità procede all'esame diretto dell'intero precetto legislativo, quale risulta dalla norma di rinvio e dalla fonte collettiva che lo integra”. Nell'interpretazione delle norme di comportamento contenute nei codici deontologici si applicheranno i criteri di cui all'art. 12 delle disp. prel. cod. civ. in quanto come evidenziato dalla suprema Corte: “una diversa opinione, che demandasse al giudice del merito l'esame della fonte contrattuale che integra il precetto di legge, priverebbe la Corte di legittimità della sua funzione nomofilattica ed esporrebbe i cittadini alla possibilità di esiti giurisprudenziali contrastanti, ove si segua quella giurisprudenza diffusa, la quale

deontologico è definito dalla Corte “una autoregolamentazione vincolante nell'ambito dell'ordinamento di categoria” e, dunque, sia per i singoli professionisti che per gli organi dell'ordine.<sup>282</sup>

Da quanto detto, può comprendersi che il rapporto tra codice di condotta di cui all'art. 18 cod. cons. e codice deontologico delle libere professioni non sembrerebbe di identità; le fattispecie sembrano differenziarsi per il requisito dall'adesione volontaria e spontanea agli impegni presi dagli operatori economici (forse superabile ove si ritenga che l'autonomia del professionista si manifesti all'atto dell'iscrizione all'albo professionale), per la natura giuridica delle regole comportamentali (che è normativa per i codici deontologici e contrattuale per i codici di condotta).

Ad una diversa soluzione del problema, riguardante la possibilità o meno di interpretare la locuzione codice di condotta come comprensiva anche della fattispecie “codice deontologico”, si potrebbe pervenire ponendo mente non solo al diritto nazionale ma anche al sistema comunitario da cui è mutuata la definizione in esame che sembra costituire un ampio contenitore di una pluralità di modelli di autoregolazione non omologhi sotto il profilo della

---

sostiene che i criteri logici che presiedono al vaglio della correttezza interpretativa ai sensi degli articoli 1362 e seguenti codice civile, possono legittimamente lasciar filtrare interpretazioni dei giudici del merito contrastanti ed opposte della medesima clausola contrattuale”. Risulta evidente che, in presenza di un codice deontologico che può incidere (come nel caso delle sanzioni disciplinari) su diritti soggettivi sorti sulla base di norme di legge, un siffatto esito non può essere ammesso. D'altra parte, negare un potere di interpretazione diretta della norma deontologica priverebbe il controllo di legittimità della Suprema Corte di qualsiasi contenuto poiché quello è limitato alla constatazione della assenza di motivazione o alla presenza di una motivazione puramente apparente e non può estendersi all'apprezzamento della rilevanza del fatto assunto nel capo di incorporazione.

282 Nella motivazione si legge che l'interpretazione diretta della norma del codice deontologico, da parte della Corte di legittimità non viola l'autonomia dell'ordine professionale. Ciò in quanto la suddetta autonomia si estrinseca nell'approvazione del codice deontologico (consentita dall'ordinamento generale in modo espresso o implicito). Ed, invero, il controllo giurisdizionale in sede di legittimità viene effettuato rispettando l'autonomia degli ordini professionali, in particolare con riferimento alla potestà di normare i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e di applicarne le relative disposizioni ai casi concreti. Così, con riferimento alla concreta individuazione da parte dell'ordine professionale forense delle infrazioni disciplinari, il sindacato di legittimità non consente alla Corte di cassazione di sostituirsi al Consiglio nazionale forense nell'enunciazione di ipotesi di illecito nell'ambito della regola generale di riferimento, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza, atteso che l'apprezzamento della rilevanza dei fatti rispetto alle incolpazioni appartiene all'esclusiva competenza dell'organo disciplinare.

natura giuridica.

Nel diritto europeo i codici deontologici<sup>283</sup> sono qualificati, in quanto previsioni di autoregolamentazione della categoria professionale, quali decisioni di imprese: non rileva il regime pubblicistico a cui l'attività professionale è sottoposta, così come non rileva il carattere di ente pubblico degli ordini professionali considerati associazioni di imprese. Il libero professionista quale esercente un'attività economica è sottoposto alle regole della concorrenza, così come gli ordini e/o collegi professionali<sup>284</sup>. E nello

---

283 P. LAZZARA, *Concorrenza e Codici deontologici nel diritto comunitario*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2002; Per quanto riguarda l'autoregolamentazione da parte delle professioni, l'articolo 81, paragrafo 1 del trattato CE vieta "tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni tra imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune".

284 Cfr. *ex plurimis*, Corte giust. CE, 18 giugno 1998, causa C-35/96 *Commissione c/Repubblica italiana, (spedizionieri doganali italiani)* La corte al punto 3 richiama giurisprudenza costante per cui "la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e che costituisca un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato." Con particolare riferimento alla professione dello spedizioniere doganale afferma che ( punto 37): "l'attività degli spedizionieri doganali presenta natura economica. Infatti, questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'espletare formalità doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario. Inoltre, essi assumono a proprio carico rischi finanziari connessi all'esercizio di tale attività. In caso di squilibrio fra uscite ed entrate, lo spedizioniere doganale deve sopportare direttamente i disavanzi." E aggiunge: " Di conseguenza, il fatto che l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE.(38.); Con riferimento alla qualificazione del Consiglio nazionale quale associazione di imprese, ai sensi dell'art. 55,n.1 del trattato afferma che (punto 40)"lo status di diritto pubblico di un organismo nazionale quale il Cnsd non osta all'applicazione dell'articolo 85 del Trattato. Questo articolo, stando alla sua lettera, si applica agli accordi fra imprese e alle decisioni di associazioni di imprese. Pertanto, l'ambito giuridico entro il quale ha luogo la conclusione di detti accordi e sono adottate dette decisioni nonché la definizione giuridica di tale ambito data dai vari ordinamenti giuridici nazionali sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza e in particolare dell'articolo 85 del Trattato" e precisa " i membri del Cnsd possono essere soltanto spedizionieri doganali iscritti negli albi poiché sono eletti fra i membri dei Consigli compartimentali, i quali riuniscono soltanto spedizionieri doganali". Infine, il ministro italiano delle Finanze, che è incaricato della vigilanza sull'organizzazione professionale considerata, non può intervenire nella designazione dei membri dei Consigli compartimentali e del Cnsd. Cfr. Corte giust. CE, 12 settembre 2000, cause riunite c-180/98 e c-184/98, nella quale la Corte ha qualificato l'associazione dei medici specialisti come associazione di imprese. Per i servizi legali cfr. Corte giust. CE, 18 febbraio 2002, causa C-309/99 (*Wouters e altri c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*). In quell'occasione la Corte ha valutato la compatibilità col trattato CE di una normativa adottata dall'ordine olandese degli avvocati che vietava le associazioni multidisciplinari tra avvocati e revisori dei conti. Cfr. inoltre: Corte giust. CE, 19 febbraio 2002, in cui la Corte ha dovuto chiarire se la procedura di adozione della tariffa forense italiana si potesse in

stesso senso è orientata l'autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>285</sup> ritenendo applicabile a questo settore anche la previgente disciplina in tema di pubblicità ingannevole, come già esposto.

In conformità al diritto comunitario, le limitazioni al libero impiego delle comunicazioni commerciali provenienti dagli esercenti una professione intellettuale devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità<sup>286</sup>. Ed, inoltre, i codici deontologici assicurano che le comunicazioni commerciali relative ai servizi forniti dai prestatori che esercitano una professione regolamentata sono emanate nel rispetto delle regole professionali in conformità al diritto comunitario, riguardanti in particolare, l'indipendenza, la dignità e l'integrità della professione, nonché il segreto professionale, nel rispetto della specificità di ciascuna professione. I codici di deontologia professionale completano arricchendola la disciplina di tutela del consumatore e sembra che non vi possano derogare se non nei limiti in cui le limitazioni ivi imposte rappresentino delle misure non discriminatorie, siano

contrasto col divieto d'intese restrittive della concorrenza tra associazioni di imprese (*ex* artt. 5 e 81 Trattato CE), giungendo a concludere che poiché il processo di formazione delle tariffe non è completamente delegato al CNF, in quanto sulla sua proposta il ministro di giustizia esercita il controllo, la tariffa varata attraverso un decreto ministeriale si qualifica come misura statale a cui non si applica l'art. 85 del trattato CE.; Corte giust. CE, 5 dicembre 2006, in cui la Corte è tornata ad occuparsi delle tariffe degli avvocati italiani valutate non solo alla luce delle intese restrittive della concorrenza ma anche dell'art. 49 trattato CE che garantisce la libera prestazione di servizi.

285 Con riferimento al codice deontologico degli agenti immobiliari Prov. 23 marzo 2004, n. 13035; Cfr. procedimento istruttorio conclusosi nel 2002(I/417 selea/ordini dei farmacisti) che per la prima volta ha comportato una sanzione per limitazioni promozionali restrittive della concorrenza ai danni dell'ordine professionale dei farmacisti e di altre associazioni di categoria, comportando l'eliminazione delle regole deontologiche restrittive della pubblicità professionale.

286 Nel Titolo VI, dedicato alla «*qualità dei servizi*», l'art. 34, Il decreto di recepimento della direttiva servizi nel nostro ordinamento, rubricato "*Comunicazioni commerciali*" stabilisce il principio della libertà di pubblicizzare i servizi professionali ed, invero, fa salvo quanto previsto dall'articolo 2 del decreto legge-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Una recente sentenza della corte di giustizia delle Comunità europee che ha posto in evidenza le caratteristiche peculiari della professione di farmacista e la funzione delle regole deontologiche e le regole sulla proprietà delle farmacie che si giustificano per il prodotto farmaco e l'idoneità al raggiungimento dello scopo ovvero la salute. Corte di Giust. 29 maggio 2009 causa 531/06 con riferimento al regime di proprietà delle farmacie. Sia consentito citare MINERVINI L., *Farmacie*, in rapporto sul Consumerism 2009, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito <http://www.consumersforum.it/>.

giustificate da motivi imperativi di interesse generale e siano proporzionate.

Per tale ragione non si ritiene di poter ritenere escluso il codice deontologico dalla definizione generale di codice di condotta ma di considerarlo una definizione speciale all'interno di una categoria giuridica non omogenea.

Questa interpretazione sistematica ci sembra coerente con gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono andati delineando finendo col conferire ai codici deontologici una efficacia che supera il confine del gruppo professionale di riferimento proprio sulla spinta della crescente importanza che la normativa di derivazione comunitaria ha dato alle forme di autoregolamentazione e al diffuso utilizzo del codice di condotta con riferimento a molteplici ambiti professionali.

Da quanto detto, si può auspicare che nella futura applicazione della normativa al settore delle professioni intellettuali, il mancato rispetto delle regole deontologiche abbia una valenza sul piano concreto anche verso il consumatore come si chiarirà nel seguito del presente elaborato. La prassi seguita dall'Autorità garante della concorrenza e del Mercato nella concreta azione volta a reprimere le pratiche commerciali scorrette consentirà di individuare con maggiore chiarezza gli effetti dell'applicazione della disciplina e i suoi limiti.

**§ 3.3 Il significato dell'art. 19, comma 2, lett. d): diversa incidenza delle nuove regole sulla disciplina deontologica delle professioni regolamentate e non regolamentate e creazione di una summa divisio tra i rispettivi codici deontologici.**

Come già evidenziato, il dato testuale dell'art. 19, comma 2, cod. cons. è ambiguo e fa sospettare una deroga per le norme giuridiche italiane che in generale disciplinano l'attività di coloro che svolgono una professione regolamentata e per i codici deontologici eventualmente adottati deroga che la dottrina ha interpretato, comunque, in modo restrittivo. La formulazione della norma lascia intendere che in questo ambito sia possibile, in quanto trattasi di un settore sottratto all'armonizzazione massima perseguita dal legislatore comunitario, ove prevista nel diritto nazionale, una disciplina parzialmente diversa purchè sia rivolta a garantire un livello di correttezza dell'attività del professionista più elevato rispetto allo standard sufficiente per sfuggire al giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale ai sensi degli artt. 20 ss. cod. cons.<sup>287</sup> ciò in considerazione delle peculiarità delle professioni considerate. In questo caso, nel regolare i rapporti tra le diverse piattaforme normative e i contrasti che eventualmente dovessero porsi, il legislatore non utilizza la clausola di specialità di cui al terzo comma dell'art. 19 cod. cons.<sup>288</sup> ma il diverso criterio del *favor* per il consumatore<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Ad attuazione avvenuta, la previsione dell'art 19, comma 2 cod. Cons., ai sensi della quale l'applicazione dei codici deontologici che disciplinano le professioni regolamentate per garantire livelli elevati di correttezza professionale non è pregiudicata dalla normativa di nuova introduzione è stata intesa nel senso che le norme specifiche che riguardano le professioni regolamentate «sono destinate a trovare applicazione anche se le relative regole divergono rispetto a quelle dettate dagli artt. 20-26 c. cons., a condizione però che tale divergenza sia rivolta a «garantire elevati livelli di correttezza professionale», *id est* che si tratti di regole idonee ad assicurare il rispetto di livelli di correttezza dell'attività del professionista (e quindi di protezione degli interessi dei consumatori) superiori rispetto a quelli la cui osservanza sarebbe sufficiente a consentire ad una pratica commerciale di sfuggire ad una valutazione in termini di «scorrettezza» a norma degli artt. 20 ss. cod. cons.» così De Cristofaro, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, op.cit., 49 ss. in part. 81.

<sup>288</sup> Si rimanda all'analisi effettuata nel capitolo I par. 1.10 in relazione al significato dei richiami



Depone in questo senso il riferimento ai "livelli elevati di integrità dei professionisti" cui fa riferimento la norma comunitaria (art. 3, par. 8) sostituiti dal nostro legislatore nazionale dagli "elevati livelli di correttezza professionale"<sup>290</sup>. È significativo che una delle declinazioni della correttezza professionale nel settore delle professioni intellettuali sia l'integrità del professionista che ha una connotazione etica.

Ciò si spiega in quanto la libera professione si caratterizza per la sua "attitudine a soddisfare bisogni individuali e collettivi rilevanti anche per l'interesse generale della comunità, bisogni che solo le libere professioni hanno la capacità giuridica e professionale di soddisfare"<sup>291</sup>. Il legislatore statale, come già evidenziato nelle pagine di questo lavoro, ha regolamentato l'esercizio delle professioni intellettuali definite "protette" in quanto "ad ognuna di esse ha riconosciuto una particolare funzione sociale nell'organizzazione della società ed ha, con opportuni schemi normativi, attuato un contemperamento degli interessi generali con quelli settoriali (della categoria professionale) e individuali (del soggetto che si è rivolto al professionista). La funzione sociale, attorno alla quale e a partire dalla quale, si sviluppa in varie direzioni la disciplina delle professioni consiste, come rilevato in dottrina, "in una attività di mediazione svolta tra detto soggetto e lo Stato" (...), compito così delicato da richiedere che il professionista sia "dotato di una conveniente preparazione tecnica e salde doti morali"<sup>292</sup>.

---

alla normativa comunitaria in tema di "stabilimento e regimi di autorizzazione" delle professioni regolamentate rispetto alla clausola di specialità posta dal comma 3 dell'art. 19, come interpretata dalla giurisprudenza amministrativa.

289 De Cristofaro, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, op.cit., 49 ss. in part. 81.

290 Non viene imposta l'adozione di appositi codici di condotta in tema di pratiche commerciali sleali per le professioni regolamentate sfruttando la possibilità e anzi il suggerimento del legislatore comunitario ma non viene neanche dettata alcuna norma di raccordo.

291 C. LEGA, op. cit. 38.

292 C. LEGA, op. cit. 38-39.

Il principio di correttezza professionale<sup>293</sup>, richiamato dalla norma, con riferimento ai prestatori d'opera intellettuale, si veste dei contenuti della correttezza deontologica. Si riferisce a qualunque comportamento tenuto dal professionista nei riguardi del cliente, dei colleghi e dei terzi, in quanto sia in qualche modo riconducibile all'esercizio professionale. I comportamenti secondo correttezza non incidono solo sul prestigio e sul decoro della categoria professionale cioè su quei beni astratti che gli enti professionali hanno il dovere di tutelare ma incidono anche sulla "funzione sociale" attribuita a tali professioni.

La correttezza deontologica, cui fa riferimento la norma, a nostro avviso, ha un contenuto più vasto di quello civilistico di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375 cod. civ., in quanto impone il rispetto di regole di comportamento più avanzate e rigorose, sebbene con questa possa interferire e assume, poi, particolari sfumature a causa della diversa natura delle prestazioni.

Non si ritiene che il riferimento alla correttezza professionale sia un richiamo solo all'insieme delle regole deontologiche di contenuto etico fissate dalle categorie professionali, in cui il legislatore comunitario come quello nazionale ripone fiducia, attribuiendovi, quasi come un elemento intrinseco, proprio la correttezza professionale ma riteniamo che si riferisca anche a tutti i principi desumibili dall'ordinamento costituzionale e comunitario che garantiscono il possesso di adeguate qualifiche professionali per lo svolgimento di tali professioni e di adeguate competenze e qualità morali. In questa prospettiva, a seguito dell'innesto degli art. 18 - 27 nel codice del consumo il principio di correttezza cui ogni professionista che eserciti una

---

293 Anche con riferimento all'analogia espressione utilizzata nel nostro ordinamento all'art. 2598, n.3, c.c.vi è stata un'intensa opera della dottrina e della giurisprudenza per conferirle un significato meno generico. Sul dibattito cfr. *LIBERTINI M., I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale, Scritti in onore di Pavone La Rosa, Il Milano, 1999, 511ss.*

professione intellettuale deve attenersi sembra arricchirsi di un dovere di lealtà e solidarietà verso il consumatore che si riferisce alle pratiche riguardanti l'attività promozionale del proprio servizio prima, durante e dopo il contratto che eventualmente venga stipulato.

Questo aspetto è rilevante anche perché i codici deontologici delle professioni sono espressione dell'autonomia della classe professionale e non nascono con la partecipazione del cliente - consumatore e, invece, la novella attraverso il collegamento della correttezza professionale al rapporto di consumo sembra quasi riequilibrarne i contenuti e le tensioni.

Un altro Autore sempre interpretando questa disposizione in senso restrittivo ha affermato che «non pone una deroga a favore dei codici deontologici in quanto tali, bensì per quelle norme deontologiche che abbiano come finalità quella di garantire l'integrità (*scil.* morale) dei professionisti intellettuali. Come tali non potrebbero certo intendersi eventuali norme deontologiche che riducessero il livello di tutela dei consumatori, per esempio limitando la facoltà del professionista di praticare sconti, o vietando ogni forma di comparazione pubblicitaria, etc. In ogni caso, la disposizione deve essere letta in coerenza con l'indicazione più generale del diritto della concorrenza, di cui il divieto di PCS deve considerarsi parte integrante»<sup>294</sup>. Posizione che riecheggia l'orientamento dell'autorità garante e della concorrenza e del mercato esposto nell'indagine conoscitiva compiuta per verificare l'adeguamento ai dettami della recente liberalizzazione attuata nei servizi professionali.

Ed, invero, come già evidenziato le norme deontologiche possono introdurre delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi professionali solo ove siano non discriminatorie e proporzionate rispetto allo scopo prefissato.

---

<sup>294</sup> LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, op. cit. 69

Già prima del recepimento della direttiva 2005/29/CE, in ordine al rapporto della nuova normativa comunitaria e la disciplina delle attività professionali nel nostro ordinamento, nel commentare l'art. 39 cod. cons., altra dottrina ha evidenziato come «in forza del principio di proporzionalità e di sussidiarietà, la norma in commento non potrà pregiudicare l'applicazione delle normative professionali di settore (in specie quelle professioni c.d. protette che hanno propri codici deontologici) le quali – ove esistenti – prevarranno per quanto attiene la qualità della attività su questa normazione da considerare sotto questo aspetto, di carattere generale. Essa avrà pieno valore per le attività professionali non protette o comunque prive di condivisi codici deontologici».

Questa impostazione del legislatore enuclea nella categoria generale dei codici di condotta, i codici deontologici delle professioni protette ai quali attribuisce una sorta di presunzione di lealtà in forza dell'essere rivolti, con una peculiare disciplina, a garantire elevati livelli di correttezza professionale. Ciò in quanto l'ordinamento nazionale attraverso la regolamentazione dell'attività professionale consente di salvaguardare il decoro e il prestigio della classe professionale quale mezzo per la realizzazione di fini pubblici. Questa nuova “guarentigia” in favore delle professioni protette rappresenta certamente una lesione del nuovo impianto normativo improntato all'armonizzazione massima ma bisogna chiedersi se si traduca anche in una diminuzione di tutela, ove elida l'equipaggiamento dei rimedi che la nuova normativa accorda al consumatore, proprio in settori che, invece, dovrebbero essere sottoposti ad una tutela rafforzata in virtù degli interessi che vengono in gioco.

A riguardo la dottrina ha evidenziato che "la peculiarità della disciplina introdotta dalle pratiche commerciali scorrette, che la caratterizza in termini di "generalità", consiste nel tenere distinti i vari obblighi imposti al professionista –

che si pongono come regole a monte sulla cui attuazione vigilano diverse Autorità (Banca d'Italia, Consob, Agcom, Isvap ecc.)", - e aggiungiamo noi anche ordini e collegi professionali - "dal profilo *generale* della correttezza considerato con riferimento alle ricadute dell'attività sul consumatore medio: l'intervento legato alle pratiche non riguarda il rispetto di specifiche disposizioni, quanto piuttosto la rilevanza esterna, con riferimento al consumatore medio di un attività «scorretta»"<sup>295</sup>.

Guardando con questa lente interpretativa la violazione delle norme deontologiche, si comprende come la nuova disciplina sia "rivoluzionaria" (almeno in astratto) per la rilevanza esterna che attribuisce alla condotta del professionista trasgressore, specie se si considera che secondo la dottrina tradizionale la violazione delle norme contenute nei codici deontologici non attribuisce un diritto direttamente azionabile in giudizio dal consumatore.

Dunque, in relazione al quesito iniziale in ordine alla possibilità di ritenere applicabile o meno la disciplina di nuova introduzione anche ai professionisti intellettuali, si osserva quanto segue.

Il legislatore in tema di pratiche commerciali scorrette detta un complesso di disposizioni normative che costituiscono la soglia di protezione del consumatore che deve essere garantita in ogni Stato membro. Lascia la possibilità ai professionisti con la partecipazione dei consumatori di dettare regole condivise ai fini di una maggiore specificazione del quadro normativo di riferimento all'interno dei vari settori professionali. Ma nella vasta congerie di codici di autoregolamentazione ritaglia una particolare disciplina per quelli deontologici che sfuggono alle maglie dell'armonizzazione massima perseguita dal legislatore comunitario per consentire la possibilità di una regolamentazione dell'attività professionale più restrittiva ove sia

---

<sup>295</sup> ROSSI CARLEO L., in *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, 709.

giustificata dall'interesse pubblico protetto, dando vita così idealmente ad una *summa divisio* tra codici di condotta e codici deontologici. Inoltre rafforza il dovere deontologico del singolo professionista arricchendo il ventaglio delle conseguenze negative che derivano dalla sua violazione con la tutela amministrativa di cui all'art. 27 cod. cons. e sottolinea l'importanza del compito affidato agli ordini professionali di dettare regole di comportamento al fine di garantire la "correttezza professionale" pur se come mezzo per il migliore funzionamento del mercato, in ossequio ai principi comunitari.

**§ 3.4 Alcune note sulla rilevanza esterna della violazione delle regole deontologiche.**

A seguito del nuovo fronte aperto in materia di codici deontologici dalla disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, si pone l'interrogativo relativo a quali conseguenze derivino dal mancato rispetto delle norme contenute nel codice deontologico.

Con riferimento alla tutela del cliente consumatore, ci si domanda da tempo se le regole deontologiche che pongono canoni di comportamento nei confronti di medici, avvocati, architetti, ingegneri, ecc., siano di per sé rilevanti sul piano civilistico dei rapporti tra cliente e professionista.

Con riferimento al regime giuridico, secondo la dottrina e la giurisprudenza tradizionale, che affermano la natura extra - giuridica delle norme deontologiche, le regole contenute nei codici deontologici sono valesi all'interno della categoria di riferimento; e, pertanto, la loro violazione non costituisce per il cliente-consumatore titolo di una pretesa risarcitoria o restitutoria azionabile dinanzi al giudice ordinario.

Il cliente che non si ritiene soddisfatto dovrà invocare le norme del codice civile aperte che riguardano il rapporto obbligatorio (la correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1375 cod. civ, l'obbligo di diligenza di cui all'art. 1176, comma 2 cod. civ.).

Si è rilevato che l'illecito deontologico non si può considerare di per sé anche un illecito civile se non nelle ipotesi in cui in concreto, e caso per caso, il fatto comporti anche una violazione di una norma dell'ordinamento civile<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup> Tale rilievo si legge in SCARSELLI G., *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, in *Foro it.*, 2009, 1, 3167 ss. che in nota 2, pag. 3169 prospetta interessanti esempi sull'assunto in parola che si ritiene opportuno riportare integralmente: "Se un avvocato riceve un incarico

Si sostiene che le norme deontologiche abbiano un rilievo giuridico riflesso o indiretto, nel senso che il legislatore in alcuni casi sceglie di avvalersene, per concretizzare concetti elastici del diritto positivo, assumendo cioè spunti dalla realtà *extra ordinem*. Ciò perchè le regole del codice deontologico costituiscono il risultato di una specifica prassi di settore, di un'esperienza consolidata e, pertanto, possono valere a specificare e concretizzare i principi e le clausole generali dell'ordinamento. La loro rilevanza dipende dall'esistenza di una norma giuridica che li richiami<sup>297</sup>.

A seguito del mutamento di indirizzo della Cassazione che ha qualificato le norme deontologiche quali "norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento giuridico di categoria" e non più quale norme interne alla categoria professionale di riferimento, si pone l'interrogativo in ordine alla rilevanza normativa esterna delle stesse rispetto al piano disciplinare.

In particolare il quesito è se il mancato rispetto di un precetto deontologico che abbia una diretta connessione con lo svolgimento dell'attività professionale verso il consumatore possa comportare una infrazione diretta ai doveri assunti con il cliente, e, conseguentemente, far seguire la responsabilità civile, oltre che, ove ne ricorrano i presupposti, le sanzioni amministrative previste dal titolo III del codice del consumo novellato.

Chiaramente il quesito acquista un particolare rilievo con riferimento alle norme deontologiche più avanzate rispetto alle norme civilistiche, che

---

*per proporre una impugnazione e, senza giustificato motivo, non la propone, va da sé che un simile fatto, contestualmente configura tanto una infrazione di una norma deontologica, quanto violazione del mandato ricevuto e quindi è idoneo a far sorgere in capo al legale tanto una responsabilità deontologica quanto una civile. Ma se, al contrario, un legale in violazione dell'art. 28 del codice deontologico, produce corrispondenza riservata, oppure, in violazione dell'art. 32, impugna una transazione raggiunta con il collega, od ancora, in violazione dell'art. 49, aggrava con onerose e plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte, lì non v'è, all'interno della logica di separazione delle due responsabilità, anche un illecito civile, così i fatti riportati potevano, tutto al più, far discendere una responsabilità deontologica ma giammai anche una responsabilità civile.*

<sup>297</sup> In generale sulle problematiche relative ai codici deontologici nel nostro ordinamento ex plurimis cfr. ALPA G. (a cura di), *Autodisciplina e Codice di condotta*, in P. ZATTI (a cura di) *Le fonti di autodisciplina, tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996, 3ss.



stabiliscono, cioè, degli ulteriori e più stringenti doveri, costruendo un “terreno” più esteso di quello civilistico.

Ed, invero, le norme deontologiche, come precisato dalla Cassazione, integrano le clausole generali e/o elastiche dell'ordinamento generale e costituiscono il contenuto specifico della disposizione di legge.

Si consideri per esempio, come suggerito dalla dottrina la previsione dell'art. 1337 cod. civ. che impone alle parti di agire secondo buona fede anche nelle trattative per giungere alla stipulazione del contratto, rispetto all'art. 40 del codice deontologico che impone all'avvocato precisi e puntuali obblighi di informazione; oppure la previsione dell'art. 1176 cod. civ. ai sensi della quale l'obbligazione va adempiuta usando la diligenza del buon padre di famiglia, rispetto agli artt. 41 e 42 del codice deontologico forense che regolamentano gli obblighi dell'avvocato nella gestione del denaro di altri o i doveri conseguenti alla restituzione dei documenti<sup>298</sup>.

Un autore ha posto in rilievo che, per esempio, l'art. 40 primo comma del codice deontologico degli avvocati, prevede degli “obblighi informativi, di tratto peculiare, difficilmente enucleabili dalla struttura legale del contratto d'opera professionale e perciò inesistenti, come tali in una dimensione puramente ed esclusivamente civilistica: tanto vero che di essi non fa menzione né la disciplina codicistica del mandato né quella del contratto d'opera”<sup>299</sup>.

Tale Autore per affermare la rilevanza delle regole deontologiche in ambito privatistico richiama da un lato la natura normativa delle regole deontologiche affermata dalla Cassazione e dall'altro l'art. 1374 cod. civ. ai sensi del quale, come noto, il contratto obbliga le parti anche a tutte le

---

298 SCARSELLI G., *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, in *Foro it.*, 2009, 1, nota 6, 3170.

299 PERFETTI U., *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche in Codici deontologici e autonomia privata*, a cura di G.ALPA e P.ZATTI, Giuffrè, 2006, 16 ss.

conseguenze che ne derivano secondo la legge (o in mancanza secondo gli usi e l'equità), per affermare che il precetto legislativo risultante dall'integrazione della regola posta dagli artt. 12 e 38 della legge forense con le norme deontologiche, integrerebbe il contratto d'opera professionale<sup>300</sup>.

Pertanto, contravvenendo gli obblighi deontologici che attengano al rapporto con il cliente, il professionista non adempie il contratto ed è responsabile ex art. 1218 cod.civ.

Un altro Autore, limitando la natura normativa delle norme deontologiche entro i confini dell'illecito disciplinare in ossequio al principio di legalità, spiega la rilevanza diretta sul piano contrattuale delle norme deontologiche come conseguenza dell'operare di una clausola di rinvio costituente uso ex art. 1340<sup>301</sup>, consistente in una complessiva e generica clausola di richiamo a regole di provenienza unilaterale della categoria che dettano il comportamento dovuto dal professionista. L'Autore ritiene che una tale clausola debba considerarsi implicitamente e costantemente prevista nel contratto d'opera professionale<sup>302</sup>, in quanto "le parti del rapporto d'opera professionale considerino implicito l'adeguamento dell'attività del professionista alla disciplina che segna i limiti del suo comportamento rispetto al gruppo cui appartiene"<sup>303</sup>.

La affermata natura giuridica delle regole deontologiche può produrre delle conseguenze anche in materia di pratiche commerciali. Ove si aderisca alla tesi della natura normativa delle regole deontologiche, con una rilevanza diretta delle stesse anche al di fuori dei confini della responsabilità disciplinare, e si ritenga non sussumibile la fattispecie codice deontologico in

---

300 PERFETTI U., *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche in Codici deontologici e autonomia privata*, op.cit., 16 ss.

301 CERDONIO CHIAROMONTE G., *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008 33ss.

302 Id. op.cit., 37.

303 Id. op.cit., 37.

quella di codice di condotta, l'infrazione consistente nel mancato rispetto degli impegni deontologici potrebbe costituire una violazione diretta della diligenza di cui all'art. 18, comma 1, lett. h), ma potrà integrare una pratica commerciale scorretta ove tale condotta negligente, tenuto conto delle circostanze del caso concreto sia idonea ad alterare il comportamento del consumatore medio del servizio professionale. Il richiamo agli impegni presi nei codici deontologici estende la sfera degli obblighi cui il professionista è normativamente tenuto anche verso il cliente ad una fase non prettamente contrattuale. E ciò in quanto, come detto, la clausola generale di scorrettezza svolge una funzione sussidiaria e antielusiva rispetto a condotte commerciali scorrette che non rientrino negli elenchi più analitici di pratiche commerciali ingannevoli e/o aggressive.

Nel caso in cui, invece, si aderisca alla tesi che considera la rilevanza normativa delle regole deontologiche limitata alla funzione disciplinare esercitata dagli ordini professionali, e il codice deontologico sussumibile nella categoria codice di condotta, la violazione delle regole deontologiche, comunque, rileva nella individuazione del contenuto della diligenza professionale richiesta al professionista che attribuisce un ruolo centrale a tali strumenti, per la spiccata attitudine della regola deontologica a riempire di contenuto quelle clausole generali presenti che sono richiamate nel contesto del giudizio di scorrettezza della condotta professionale. In questo caso però il compito dell'interprete potrebbe essere agevolato dalla previsione specifica di fattispecie ingannevoli coinvolgenti i codici di condotta.

Si comprende allora che, l'inadempimento di un obbligo di informazione preventiva previsto nel codice deontologico con riferimento all'attività promozionale del libero professionista congiunto all'idoneità dello stesso di determinare la decisione economica del consumatore può oggi - ove ne ricorrano i presupposti - determinare anche un controllo amministrativo ai

sensi dell'art. 27 cod. cons. con l'effetto di rafforzare il comando deontologico<sup>304</sup>.

---

304 Questo è un tentativo di approccio al seguente problema sollevato da autorevole dottrina: "il comportamento del libero professionista che di per sè non fosse qualificabile come "pratica scorretta" a norma dell'art. 20 c. cons. ma nel contempo risultasse non rispondente ai più rigorosi canoni di correttezza eventualmente dettati dalle normative speciali ( o dai codici deontologici) concernenti una determinata professione regolamentata potrebbe per ciò solo, integrare gli estremi di una violazione del divieto posto dal comma 1, dell'art. 20, c.cons. alla luce del disposto della lettera d), del comma 2, dell'art. 19, c.cons." in De Cristofaro, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, op.cit., 49 ss. in part. 81.

### ***§ 3.5 Le fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli coinvolgenti i codici di condotta.***

Nell'ambito della cornice tratteggiata dalle definizioni generali si inseriscono tre ipotesi di pratiche commerciali scorrette costruite sulla definizione normativa di codice di condotta di cui all'art. 18 cod. cons.

Preliminarmente si vuole evidenziare il dubbio che l' eventuale diversità di struttura dei codici di deontologia professionale possa costituire un impedimento all'applicazione di queste tipologie di pratiche commerciali scorrette ai professionisti iscritti ad albi o collegi.

La prima è contemplata nell'art. 21, comma 2, lett. *b*), cod cons. (art. 6, secondo comma della direttiva) rubricato «azioni ingannevoli», che qualifica ingannevole la pratica che, in relazione alle caratteristiche e circostanze del caso concreto, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe 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, qualora si tratti di un impegno fermo e verificabile e il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice.”*.

La fattispecie censurata dalla norma richiede la sussistenza di una pluralità di presupposti per l'applicazione della disciplina ossia un impegno volontariamente assunto nei confronti del consumatore a rispettare le regole deontologiche che sia fermo e verificabile; la comunicazione del professionista in una pratica commerciale (e quindi non solo nell'ambito di una pubblicità ma di una qualsiasi condotta commissiva o omissiva finalizzata alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto) di essere vincolato al rispetto delle prescrizioni contenute nel codice; la condotta

materiale successivamente da questi tenuta contrastante con l'impegno fermo e verificabile.

E' inoltre necessario accertare che la dichiarazione di aderire al codice di condotta abbia rivestito una efficacia determinante rispetto alla scelta economica del consumatore medio.

La formulazione della norma pone alcuni problemi interpretativi di non facile soluzione.

La nozione di impegno «fermo» è stata intesa ora come sinonimo di “irrevocabile” ora come “univocamente determinato” o “non soggetto a condizioni”; il carattere «verificabile» si ritiene riferibile ad un impegno “oggettivo”, suscettibile di dimostrazione<sup>305</sup> quale può essere un impegno di cui sia data adeguata conoscenza al consumatore mediante la pubblicità o mediante l'introduzione di clausole contrattuali che vi facciano riferimento. Anche se la forma scritta rappresenta la principale dimostrazione di concretezza è altrettanto possibile, che integri il requisito richiesto una qualsiasi modalità che basti ad indicare che l'attività del professionista è vincolata al rispetto di quanto prescritto nel codice come, per esempio, l'utilizzo del logo che lo richiama.

E' evidente che la violazione degli obblighi prescritti dal codice di condotta che il professionista si sia impegnato a rispettare costituisce un elemento rilevante nel giudizio di scorrettezza ma non integra in sé e per sé la pratica commerciale presuntivamente ingannevole in oggetto.

Occorrerà infatti che il mancato rispetto degli impegni contenuti in un codice di condotta sia preceduto da una dichiarazione del professionista, che

---

305 Il termine “verificabile” è utilizzato dal legislatore italiano in materia di pubblicità comparativa, laddove all'art. 22, comma 2, lett. c) per cui il requisito della verificabilità degli elementi distintivi usati nella comparazione «si intende soddisfatto quando i dati addotti a illustrazione della caratteristica del bene o servizio pubblicizzato sono suscettibili di dimostrazione».

suscitando un falso affidamento nel consumatore, nell'effettivo rispetto di quei doveri comportamentali, sia atta a influenzarne le decisioni di natura commerciale<sup>306</sup>.

Dunque, pur con questi limiti, con le modifiche apportate al codice del consumo mediante il d.lgs. 146/2007 si attribuisce, nel quadro della regolamentazione delle pratiche commerciali scorrette un preciso rilievo giuridico all'adesione ai codici di condotta<sup>307</sup>, anche verso i consumatori.

D'altra parte il fatto che uno certo comportamento non sia vietato dal codice di condotta non basta ad escludere la scorrettezza della pratica in quanto, come già detto, potrebbe ricadere dentro le maglie della clausola generale di cui all'art. 20 cod. cons.

E' interessante il riferimento ai codici di condotta in quanto è sempre stato difficile ancorare la violazione di queste regole al contratto con il consumatore, e ciò vale anche nel caso delle libere professioni.

E' una ulteriore e significativa dimostrazione della particolare rilevanza attribuita all'autoregolamentazione<sup>308</sup> e, di conseguenza, dell'intento di tutelare l'affidamento che i consumatori ripongano nella correttezza del comportamento del professionista che aderisce ad un codice di condotta, il

---

306 PERUGINI S., *sub art. 21, comma 2*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 183, rileva «l'interprete che è chiamato a cambiare, per così dire, prospettiva volgendo lo sguardo al comportamento che smentisce la dichiarazione e non alla dichiarazione in se considerata. La comunicazione (...), rappresenta, infatti, un requisito della fattispecie funzionale all'elaborazione di una valutazione di scorrettezza, in assenza della quale non si potrebbe configurare alcuna distorsione del comportamento economico del consumatore». L'Autrice evidenzia, poi, le tre le fasi in cui dovrebbe articolarsi la valutazione di ingannevolezza della pratica in commento ad opera dell'Autorità: «la prima, volta ad accertare se il professionista abbia indicato in una pratica commerciale di aderire al codice di condotta; la seconda, diretta a verificare se l'impegno violato possa qualificarsi come "fermo" e "verificabile"; la terza ed ultima fase, finalizzata ad accertare se la condotta sia idonea a far assumere al consumatore una decisione che non avrebbe altrimenti preso».

307 L'art 10 della Direttiva inoltre, prevede che gli Stati membri debbano incoraggiare il controllo sulle pratiche commerciali sleali, compiuto dai responsabili dei codici di condotta (a livello nazionale e comunitario).

308 Cfr. Considerando 20 della direttiva. Inoltre, il legislatore comunitario ha auspicato che gli Stati membri incoraggino il ricorso all'adozione da parte dei professionisti di codici di condotta in materia di pratiche commerciali anche al fine di giungere alla soluzione delle controversie in sede di autodisciplina, deflazionando così il contenzioso civile e amministrativo.

fatto che nella c.d. black list figurino due fattispecie che sviluppano e specificano il divieto generale previsto dall'art. 21, comma 2, lett. b), cod. cons. che, come già detto qualifica come pratica commerciale ingannevole il comportamento tenuto dal professionista consistente nel dichiarare, nella vicenda commerciale, di essere vincolato ad un codice di condotta, senza poi rispettarne le regole.

L'art. 23 cod. cons. sotto la rubrica «*Pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli*», alle lettere a) e c) prevede che sia in ogni caso ingannevole rispettivamente, l'affermazione non veritiera da parte del professionista di essere firmatario di un codice di condotta, e l'asserire contrariamente al vero che un codice abbia l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura<sup>309</sup>.

La prima fattispecie censura il comportamento del professionista che afferma falsamente di essere "firmatario" di un codice di condotta, ipotesi che ricorre quando, per esempio, il codice in realtà sia inesistente o non sia specificamente individuabile per l'estrema genericità dell'affermazione<sup>310</sup>.

La seconda pratica prevista come in ogni caso ingannevole è stigmatizzata in quanto può spingere il consumatore ad accordare una maggiore fiducia al professionista che adotti un codice "approvato"<sup>311</sup> ritenendolo migliore

---

309 DONA M., *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, 191 ss.

310 FABBIO P., *I codici di condotta*, cit., 191, l'Autore preliminarmente precisa che «l'espressione "firmatario" esprime un concetto meno ampio di quelle di "aderente" o di "adottante" o della perifrasi "che si è impegnato a rispettare"; e sembra riferirsi (...) all'impegno che il professionista assume non tanto verso il pubblico, quanto nei confronti del responsabile del codice e degli altri professionisti aderenti, secondo le specifiche modalità di adesione di volta in volta previste». Secondo l'Autore l'affermare falsamente di essere firmatari di un codice di condotta esistente, ove il codice non preveda specifici meccanismi di adesione, e l'adesione non comporti l'assoggettamento, non solo a norme di condotta sostanziali, ma anche a forme di controllo e sanzione, ricadrebbe nel divieto relativo al mancato rispetto degli impegni assunti con l'adesione ad un codice di condotta con inganno per i consumatori, «diversamente, infatti, la semplice violazione del c.d.c. si qualificerebbe come pratica sleale; e ciò in contrasto con l'univoca scelta del legislatore comunitario»

311 FABBIO P., *I codici di condotta*, cit., 194 l'Autore propende per un'interpretazione estensiva del termine approvazione ritenendolo un sinonimo di giudizio positivo e ravvisabile in una varietà di formule.



rispetto ad altri. La pratica in questione tutela anche l'interesse della categoria professionale e del responsabile del codice a mantenere alta la credibilità e il prestigio delle iniziative auto-regolamentari.

Il termine "approvazione" viene interpretato in modo estensivo come sinonimo di giudizio positivo che può derivare, per espressa previsione legislativa, sia da istituzioni e organizzazioni pubbliche che da enti o associazioni private dotate di competenze specifiche, e così nella prima categoria possono rientrare le camere di commercio, e nella seconda associazioni di consumatori, associazioni professionali, enti di certificazione, ecc.

E' particolarmente significativa la scelta di collocare le norme menzionate in due diversi piani della struttura piramidale (o a cerchi concentrici) della disciplina di nuova introduzione, che corrispondono ad un diverso giudizio del legislatore sul disvalore delle condotte poste in essere dal professionista con una conseguente diversa graduazione degli effetti che ne derivano nei confronti del consumatore.

Le ultime due ipotesi di pratiche commerciali scorrette a differenza della prima non ammettono prova contraria, determinando *ex lege* il giudizio di scorrettezza, in quanto si prescinde dalla verifica del carattere determinante della decisione di natura commerciale che il consumatore abbia o non abbia assunto. Le false dichiarazioni sull'adesione al codice o sull'approvazione di questo da un organismo pubblico o di altra natura sono censurate con molto rigore e stigmatizzate come in ogni caso scorrette, senza una valutazione in concreto dell'incidenza della condotta sul comportamento economico del consumatore. Invece, la violazione degli impegni assunti con l'adesione ad un codice di condotta viene valutata nel giudizio sulla lealtà del comportamento del professionista con una certa elasticità e con diverse cautele.

Questo assetto che può apparire *ictu oculi* paradossale<sup>312</sup> corrisponde all'intento del legislatore di non disincentivare l'adesione ai codici di condotta ma al contempo di rafforzare il ruolo reale degli stessi e la credibilità del sistema stigmatizzando con molta severità e senza esitazioni la falsità delle dichiarazioni sull'eventuale adesione ad un codice o sull'approvazione che questo abbia da parte di un organismo pubblico o di altra natura<sup>313</sup>.

---

312 LIBERTINI M., l'Autore osserva :«Il risultato finale non mi sembra molto coerente: al limite sarebbe considerata imperdonabile l'inesattezza informativa di chi si attiene alle norme del codice, senza aver effettuato una regolare adesione, mentre nel caso di violazioni, anche ripetute, di norme del codice da parte di un aderente regolare, si dovrebbe verificare in concreto l'idoneità lesiva del comportamento.» 80

313 FABBIO P, *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, 706 ss. cit.

*§ 3.6 Segue Le pratiche coinvolgenti i codici deontologici e/o di condotta posti in essere dai professionisti iscritti ad albi e collegi.*

Un test sull'efficienza della disciplina di nuova introduzione a rafforzare la valenza degli impegni deontologici anche verso i consumatori potrebbe essere effettuato chiedendosi se la violazione degli impegni assunti con l'adesione al codice deontologico, manifestata dal professionista con le modalità richieste dalla legge, possa integrare la fattispecie di pratica commerciale scorretta e ingannevole di cui all'art. 21, comma 2, lett. b) e quale tipo di tutela aggiunga sia nel caso in cui a seguito della condotta scorretta segua la stipula di un contratto sia nel caso in cui non avvenga. Con riferimento alle libere professioni vien da chiedersi se la definizione normativa di codice di condotta di cui all'art. 18 cod.cons., che come detto, sembra limitata ai codici convenzionali e non imposti, determini la non applicabilità di queste ipotesi di pratiche commerciali ingannevoli all'esercente una professione regolamentata.

Si consideri però che all'ipotesi di pratica commerciale in ogni caso scorretta di cui all'art. 23 lett. a) non si dovrebbero poter applicare le sanzioni di natura endoassociativa previste dai codici deontologici, in quanto il soggetto, per definizione, non è un aderente o firmatario del codice e pertanto, si applicheranno solo i rimedi di cui agli art. 18 ss. cod.cons.

Si ritiene improbabile che l'esercente una professione intellettuale dichiari falsamente di aderire ad un codice deontologico in quanto come già evidenziato, questa è una conseguenza derivata dall'iscrizione all'albo professionale e dall'appartenenza necessaria all'ordine o collegio professionale.

Ciò non toglie che la fattispecie possa trovare applicazione nel caso in cui un

professionista dichiarare di aderire falsamente ad codice di condotta ulteriore rispetto a quello deontologico, cercando così di creare un maggiore affidamento dei consumatori e di differenziare il proprio servizio professionale da quello dei concorrenti.

La condotta eventualmente così posta in essere sarà sanzionata a prescindere dall'eventuale stipula di un successivo contratto, o anche dalle eventuali sanzioni deontologiche.

Così non può escludersi che il singolo professionista esercente una professione regolamentata regolarmente aderente ad un codice deontologico vi attribuisca ad un codice di condotta adottato spontaneamente l'approvazione dell'associazione dei consumatori per incoraggiare la clientela.

A parere di chi scrive non risultano ostacoli normativi o definitivi a ritenere applicabile la prima fattispecie (art. 21, comma 2, lett. *b*)) al mancato rispetto degli impegni assunti in un codice deontologico vista la *ratio* dei divieti e il risultato paradossale che ne deriverebbe ove si propendesse per una soluzione di segno negativo. Invece, sul piano applicativo le due fattispecie di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli non sembrano potersi riferire al codice deontologico ma a quello di condotta ulteriormente ed eventualmente adottato.

**§ 3.7 Note sull'elemento di novità introdotto dalla disciplina sulle pratiche commerciali per mezzo del suo dettato inderogabile in tema di codici di condotta.**

Proseguendo la riflessione sulla rilevanza giuridica esterna della violazione delle regole deontologiche<sup>314</sup>, anche alla luce dell'analisi effettuata con riferimento alle fattispecie ingannevoli che coinvolgono in vario modo i codici di condotta, si osserva quanto segue. Il legislatore delle pratiche commerciali scorrette ha fatto diretto riferimento alla formazione negoziale del diritto attribuendo rilevanza giuridica alle regole di origine extrastatuale, elaborate in sede professionale, riconoscendone, dunque, una funzione di complemento e di integrazione rispetto alla legge. E per garantire il ruolo attribuito all'autoregolamentazione conferisce rilevanza diretta e generalizzata dinanzi all'ordinamento giuridico generale alla violazione delle regole contenute nel codice di condotta. Ogni volta che l'adesione ad un codice di condotta venga comunicata al pubblico (sul presupposto che garantisca un comportamento del professionista corretto nella produzione e/o vendita e/o fornitura di un bene o di un servizio), laddove tale comunicazione sia mendace, al ricorrere degli altri elementi richiesti *ex lege*, costituirà una pratica commerciale ingannevole e andrà sanzionata dall'ordinamento giuridico generale.

Gli impegni assunti dal professionista con l'adesione ad un codice di condotta, acquistano una rilevanza giuridica anche per il consumatore, soggetto terzo rispetto all'obbligazione comportamentale e ciò costituisce un sicuro elemento innovativo introdotto con il recepimento nel nostro ordinamento della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette .

---

314 Cfr. par.3.4 .

Inoltre, per rafforzare il ruolo reale dei codici di condotta conia le due fattispecie di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli che stigmatizzano l'abuso che il professionista faccia della fiducia del consumatore medio nei codici anche perchè tali condotte procurano discredito per le forme di auto-regolamentazione, per il ruolo dei responsabili dei codici e delle associazioni professionali.

Conclusivamente appare significativo registrare un lento emergere della vincolatività giuridica dei doveri deontologici e una loro rilevanza sotto il profilo delle conseguenze, da un nuovo angolo visuale, che non è quello del professionista, autore e destinatario delle regole, ma del consumatore. L'adesione ad un codice di condotta gradatamente sembra acquisire una autonoma rilevanza legata al dovere di lealtà nella pratica commerciale che va ad erodere la stessa autonomia negoziale dei professionisti.

L'inosservanza delle norme deontologiche non rileva più soltanto nell'ambito di un giudizio disciplinare interno della categoria professionale di riferimento, su cui ci soffermeremo *ultra*, ma assume un valore anche all'esterno come parametro di valutazione della scorrettezza della condotta tenuta nei confronti del consumatore<sup>315</sup>.

Depone in tal senso il primo comma dell'art. 27-ter che collega il ricorso all'autodisciplina ad una previsione contenuta all'interno di un codice di condotta e anche il tenore testuale del terzo comma dello stesso articolo ai sensi del quale alle sanzioni disciplinari di competenza degli organi associativi si aggiungono le sanzioni proprie dell'ordinamento giuridico, rimesse all'autorità giudiziaria quanto al risarcimento dei danni o all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato competente anche in

---

315 Cfr. VIGORITI L., *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Europa dir. Priv.* 2007, 521 ss che sul punto scrive «Con la novella il vincolo del professionista al codice di condotta non è solo un presupposto di una eventuale sanzione interna al gruppo ma diviene un elemento per la tutela di un soggetto estraneo al gruppo, terzo rispetto all'obbligazione comportamentale, il consumatore».

tema di pratiche commerciali scorrette

**§ 3.8 *L'autodisciplina nelle pratiche commerciali scorrette: una nuova prospettiva per le professioni intellettuali.***

Al fine di conferire maggiore risalto ai fenomeni di autoregolamentazione, la legge di recepimento, in aderenza alla direttiva<sup>316</sup>, attribuisce un ruolo non marginale nella lotta alle pratiche commerciali scorrette all'attività del responsabile del codice di condotta e al funzionamento dei meccanismi di autodisciplina.

La definizione di responsabile del codice introduce nel nostro ordinamento una figura quasi sconosciuta. Per responsabile del codice si intende qualsiasi soggetto od organismo incaricato di rendere accessibile il codice al consumatore, anche in via telematica, di curarne la formulazione e revisione nonché di controllarne l'osservanza da parte di coloro che si sono impegnati a rispettarlo.

Il legislatore nazionale ha espressamente previsto all'art. 27-ter, comma 1°, cod. cons. che i consumatori, i concorrenti, anche tramite le loro associazioni o organizzazioni, prima di avviare la procedura di cui all'art. 27 cod. cons., e fatto salvo, in ogni caso, il diritto di accedere alla giustizia ordinaria o amministrativa, possono convenire con il professionista di adire il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore al fine di concordare in via stragiudiziale la risoluzione della controversia.

L'autodisciplina è prevista come forma alternativa (ma non sostitutiva) alla

---

<sup>316</sup> La direttiva dedica il capo III ai codici di condotta e l'art. 10 che porta la stessa rubrica recita: *“La presente direttiva non esclude il controllo, che gli Stati membri possono incoraggiare, delle pratiche commerciali sleali esercitate dai responsabili dei codici né esclude che le persone o le organizzazioni di cui all'articolo 11 possano ricorrere a tali organismi qualora sia previsto un procedimento dinanzi ad essi, oltre a quelli giudiziari o amministrativi di cui al medesimo articolo. Il ricorso a tali organismi di controllo non è mai considerato equivalente alla rinuncia agli strumenti di ricorso giudiziario o amministrativo di cui all'articolo 11.”*



definizione giudiziale delle controversie (art. 27 ter cod. cons.), si basa “sull'accordo nel disaccordo” si basa, cioè, sulla ricerca preventiva di una “*risoluzione concordata della controversia*” in modo che le parti, professionisti e consumatori, possano condividere decisioni e responsabilità.

Il tentativo di composizione della controversia in sede di autodisciplina non viene configurato nelle concrete modalità operative procedurali.

La procedura autodisciplinare sembra però assumere la veste di una conciliazione ai sensi dell'art. 141 cod. cons. e, difatti, si conclude non con una pronuncia autoritativa dell'organo di autodisciplina ma con una «*risoluzione concordata*» tra le parti.

Così come nella fase fisiologica, di adozione dei codici, altrettanto nella fase patologica, di controversie riguardanti specifici settori professionali, il legislatore valorizza l'autonomia negoziale delle parti.

Del resto lo schema della conciliazione presenta diversi vantaggi per il consumatore per i tempi e i costi notevolmente ridotti rispetto alle procedure ordinarie dalle quali si differenzia inoltre per l'assenza di qualsivoglia formalità, ragione per cui non richiede necessariamente l'assistenza tecnica del consumatore.

Invero, al comma 2 dell'art. 27-ter il legislatore cura il coordinamento tra la facoltà di ricorrere all'autodisciplina e il diritto di adire l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a norma dell'art. 27 cod. cons., o il giudice competente. In particolare si prevede che qualunque sia l'esito della procedura conciliativa, questa non può privare la parte interessata di ricorrere al giudice competente in ossequio al principio costituzionale del libero accesso alla giustizia, riproponendo il dettato dell'art. 141, comma 5, cod. cons. in tema di risoluzione extra-giudiziale delle controversie.

Questa disposizione apre alla concorrenzialità delle discipline e potrebbe

costituire un ulteriore argomento per sostenere che il legislatore disponendo che non sono pregiudicate le norme che disciplinano le professioni regolamentate e i loro codici deontologici non ha inteso circoscrivere l'ambito di applicazione della nuova disciplina, escludendone le professioni regolamentate e i relativi codici deontologici.

Inoltre, il comma 3 dell'art. 27-ter prevede che, nel corso di un procedimento di autodisciplina, le parti, di comune accordo, possono decidere di astenersi dall'intraprendere il giudizio innanzi all'Autorità<sup>317</sup> fino alla pronuncia definitiva ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento già iniziato dinanzi all'autorità da altro soggetto legittimato, in attesa della pronuncia dell'autodisciplina<sup>318</sup>.

In dottrina è stato evidenziato, che tale effetto non può derivare da un accordo intervenuto *prima* che sia instaurato un procedimento dinanzi all'organo autodisciplinare nè, a maggior ragione, da un accordo col quale le parti si impegnano in via generale e preventiva a non rivolgersi all'Autorità.

Invero, bisognerà interrogarsi sulla natura dell'accordo eventualmente raggiunto e sulle conseguenze di una sua eventuale violazione, potendosi ipotizzare che anche la soluzione concordata in sede di autodisciplina potrebbe essere disattesa successivamente.

Ancora una volta traspare la valorizzazione dell'autonomia negoziale delle parti a cui il legislatore attribuisce un ruolo determinante, in quanto confida nella capacità di queste di cercare la soluzione maggiormente rispondente all'interesse tutelato e alla natura della controversia e a questo si aggiunga il risparmio di tempi e costi che ne deriva.

Il ricorso in sede di autodisciplina ha carattere preventivo in quanto va

---

<sup>317</sup> Così TROIANI U., *sub art. 27 - ter, Le modifiche al codice di consumo*, cit, 307ss. ; GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, op. cit.215.

<sup>318</sup> Cfr. regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette per le concrete modalità.

effettuato prima di avviare la procedura di cui all'art. 27, ma il fatto che la norma lo indichi solo come una possibilità comporta che la parte interessata potrà ricorrere all'autorità amministrativa pur in assenza di ricorso all'autodisciplina. La norma in commento, diversamente dalla previgente disciplina in tema di pubblicità ingannevole, per cui era possibile proporre autonomamente il ricorso dinanzi l'organismo di autodisciplina, prevede una «forma concordata» di ricorso all'autodisciplina richiedendo espressamente quale *condicio sine qua non* l'accordo tra le parti<sup>319</sup>.

Sotto il profilo sanzionatorio, la norma prevede che al responsabile del codice in sede di autodisciplina le parti possono richiedere l'inibitoria della pratica commerciale scorretta<sup>320</sup>.

---

319 Nel sistema previgente quindi, la pronuncia in tale sede di autodisciplina *in relazione alla controversia si poneva come pronuncia autoritativa e valeva nei confronti del soggetto o della categoria dei soggetti rispetto al quale o ai quali veniva richiesta l'inibizione alla continuazione della comunicazione commerciale.*

320 Se la norma in questione, nel testo ante novella, disponeva che «*le parti interessate possono richiedere che sia inibita la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole*», adesso l'attuale disposizione riportata nell'art. 27-ter specifica che: «*la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta*».

**Capitolo 4. Quale tutela per il consumatore dalle pratiche commerciali scorrette poste in essere dall'esercente una professione.**

#### § 4.1 *La tutela amministrativa avverso le pratiche commerciali scorrette: profili generali.*

Dopo aver individuato la *ratio* e la portata innovativa della nuova disciplina di derivazione comunitaria riteniamo necessario accertare se e quanto la novella innalzi il livello di tutela del cliente-consumatore di servizi professionali.

Preliminarmente giova rilevare che sul piano *rimediabile*, la direttiva 2005/29/CE ha investito gli Stati membri del compito di prevedere “*mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali*”, tali da consentire ai portatori di un legittimo interesse a contrastare tali pratiche di promuovere “*un’azione giudiziaria*”, o di sottoporre la pratica al “*giudizio di un’autorità amministrativa*”, o di individuare – in aggiunta ai primi – “*altri mezzi*”<sup>321</sup>.

In attuazione della direttiva, il nostro legislatore nazionale ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza di carattere generale nella repressione delle pratiche commerciali scorrette che è ben più ampia di quella già prevista limitatamente alla pubblicità ingannevole e comparativa<sup>322</sup>.

Si tratta di un sistema di tutela di carattere amministrativo volto alla tutela dei *consumatori collettivamente considerati* e non del *singolo consumatore* concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta.

Il carattere peculiare della tutela introdotta con la nuova disciplina delle

---

<sup>321</sup> Cfr. art. 11, par. 1°, direttiva 2005/29/CE.

<sup>322</sup> L’alternativa a cui fa cenno l’art. 11 della direttiva 2005/29/CE poteva essere quella di riservare soltanto all’AGO tali decisioni, riconoscendo ad un organo amministrativo appositamente costituito il potere di promuovere l’azione. Una soluzione di questo tipo si sarebbe rilevata quasi certamente inadeguata ed inefficiente nel nostro ordinamento giuridico cfr. in tal senso A. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, 270-271, che si spinge a parlare di un’ipotesi di “*monstrum*” giuridico basato sulla creazione di un “*pubblico ministero del consumatore*”.

pratiche commerciali scorrette è rappresentato dal fatto che intende colpire il *modus agendi* “scorretto” del professionista in quanto, in contrasto con la diligenza professionale, alteri effettivamente o sia anche solo potenzialmente idoneo ad alterare il comportamento economico del “consumatore medio” in ordine ad una decisione di natura commerciale e, dunque, a prescindere dalla sua concreta ricaduta sul piano del concreto assetto dei rapporti individuali con il consumatore. E', dunque, una tutela generale nel senso che si pone a presidio della correttezza del mercato, come luogo di incontro della domanda e dell'offerta.

In ragione del carattere trasversale e ampio della competenza ad essa attribuita e della ampia valenza della nozione di pratica commerciale rispetto a quella di pubblicità, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel panorama giuridico nazionale è considerata l'Autorità amministrativa di riferimento per la tutela del consumatore<sup>323</sup>.

---

323 Cfr. GENOVESE A., *I divieti di pratiche commerciali scorrette*, 80 ss.

#### § 4.2 *Le novità procedurali introdotte con le modifiche al codice del consumo: profili generali.*

In conseguenza dell'allargamento delle condotte sanzionabili la disciplina di attuazione ha ampliato fortemente i poteri<sup>324</sup> dell'autorità garante e ha inasprito significativamente le sanzioni pecuniarie amministrative<sup>325</sup>.

La prima fra tutte le novità introdotte con l'avvenuta modifica del codice del consumo è la previsione del potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di attivare anche d'ufficio un'istruttoria per l'accertamento della scorrettezza delle pratiche commerciali eventualmente poste in essere dal professionista.

La procedibilità d'ufficio, pur con qualche perplessità manifestata in dottrina<sup>326</sup>, rappresenta uno strumento di cui l'Autorità può avvalersi, per estendere la propria attività su possibili profili di scorrettezza non denunciati dalle parti e su determinati settori e determinate fattispecie di pratiche commerciali scorrette particolarmente rilevanti<sup>327</sup>.

Con riguardo alla legittimazione riconosciuta a "ogni soggetto o

---

324 Per un accurato esame dei nuovi poteri dell'antitrust in relazione alle pratiche commerciali scorrette e anche in relazione alla pubblicità comparativa e ingannevole, cfr. FRENI, *pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale dir. Amm.*, 3, 2008, 271 ss. 271ss., e FALCE V, *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. Industriale*, 1, 2008, 47 ss. GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, op. cit., 209 ss.

325 Anche in aderenza alla direttiva che all'art. 13 esige che le sanzioni siano adottate nel rispetto del principio per cui esse devono essere "effettive, proporzionate e dissuasive".

326 DE CRISTOFARO sub art. 27, in *Commentario breve al codice del consumo*, 2010, 212, ritiene discutibile tale scelta in quanto potrebbe minare l'imparzialità e la neutralità dell'Autorità.

327 MANCINI A. rileva la possibilità da sempre esercitata dall'Autorità di effettuare un'autonoma valutazione su tutti i possibili profili di ingannevolezza del messaggio, anche in aggiunta rispetto a quelli evidenziati dal denunciante. In questo senso, ad esempio, TAR Lazio, sez. I, 13 ottobre 2003, n. 8321, si legge la disciplina in materia di pubblicità ingannevole: «(...) pur configurando un procedimento ad istanza di parte, non vieta affatto all'Autorità di spingere la sua azione di controllo e di valutazione (in ordine alla ingannevolezza del messaggio pubblicitario) su profili giuridici diversi da quelli evidenziati dal denunciante, o su aspetti fattuali che emergano nel corso dell'istruttoria e che si appalesino rilevanti ai fini del definitivo giudizio». GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, op. cit., 209 ss. in part. 231 ritiene opportuna tale previsione "per rendere più efficace l'enforcement"

organizzazione che ne abbia interesse” si osserva che già nel sistema previgente la prassi dell'autorità garante era nel senso di riconoscere tra i soggetti legittimati anche gli ordini professionali per contrastare i messaggi professionali relativi ad attività prestate da soggetti non iscritti all'albo<sup>328</sup> e ciò può ritenersi, a nostro avviso, anche con riferimento alla nuova disciplina purchè vi sia una lesione diretta degli interessi economici dei consumatori.

L'Autorità garante ha adottato un «*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette*»<sup>329</sup>, che ha operato una fondamentale ripartizione di ruoli tra l'organo collegiale a cui assegna tutte le attività e competenze connesse alla “fase decisoria” e il responsabile del procedimento cui competono le attività connesse alla “fase istruttoria”.

E, pertanto, l'atto di avvio del procedimento amministrativo viene comunicato ai professionisti ed ai soggetti richiedenti interessati dal responsabile del procedimento<sup>330</sup> in capo al quale rimangono gli altri adempimenti pre-istruttori, quali l'esercizio di iniziative di *moral suasion* volte ad ottenere la rimozione dei profili di scorrettezza della pratica, la possibilità di chiedere informazioni, ecc., nonché gli adempimenti in fase istruttoria, quali l'attribuzione al professionista dell'onere della prova, la convocazione di audizioni, anche su istanza di parte, le richieste di informazioni, la comunicazione della conclusione del procedimento, la richiesta di parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni come si chiarirà nel prosieguo.

In sede d'istruttoria sono previste delle novità rilevanti dal novellato art. 27

---

328 Si vedano per esempio Provv. n.5783, in Boll. 11/98; Provv. 6363 in Boll. 35-36/98 ; Provv. n. 6791 in Boll. 1/99. Agli ordini e collegi professionali, enti strumentali alla realizzazione di interessi pubblici, si riconosce la legittimazione ad agire nei confronti degli atti lesivi della sfera giuridica dell'ente come soggetto di diritto ma anche per la tutela degli interessi di categoria dei liberi professionisti. Il rilievo è in MIRANTE S., *Ordini e collegi professionali: i poteri disciplinari e normativi*, op. cit.

329 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. del 5 dicembre 2007, n. 283.

330 art. 6, comma 3, del regolamento sulle procedure istruttorie.



che al comma 1, cod. cons. si apre stabilendo che l'AGCM può contrastare le pratiche commerciali scorrette anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del 27 ottobre 2004, in materia di cooperazione tra le autorità nazionali responsabili per la tutela dei consumatori contro infrazioni transfrontaliere<sup>331</sup>.

Segue, poi l'art. 27, comma 2, cod. cons. che, nel prevedere i poteri investigativi ed esecutivi dell'AGCM, richiama anche per le infrazioni nazionali in materia di pratiche commerciali scorrette i poteri appositamente previsti dal citato regolamento di cooperazione per le violazioni transfrontaliere (tra cui, appunto, poteri ispettivi, poteri di ottenere informazioni, poteri sanzionatori, poteri di *moral suasion*, ecc.).

Inoltre, analogamente a quanto previsto per le proprie competenze in materia di concorrenza, l'AGCM può avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza, che agisce con i poteri previsti dalla normativa in materia di accertamenti delle imposte sui redditi e dell'imposta sull'Iva.

Di particolare rilevanza è la previsione dell'art. 27, comma 4, che prevede apposite sanzioni per il caso di inottemperanza alla richiesta di informazioni senza giustificato motivo o l'inoltro di informazioni non veritiere. In questo caso su proposta del responsabile del procedimento viene deliberato dall'Autorità un autonomo sub - procedimento nel rispetto del principio del contraddittorio.

Il primo caso di provvedimento sanzionatorio di inottemperanza adottato dall'Autorità, ai sensi della norma in commento, è la decisione relativa alle informazioni fornite da un'Associazione di medici pediatri in relazione alle certificazioni rilasciate per l'etichettatura di un prodotto alimentare.

---

<sup>331</sup> Oltre ai poteri di segnalazione, scambio di informazioni, esercizio di attività comuni coadiuvate dall'utilizzo di un'apposita banca dati, il regolamento di cooperazione prevede, ad esempio, la possibilità per l'AGCM di chiedere l'attuazione di una misura esecutiva da parte di un'altra Autorità comunitaria di tutela dei consumatori per la più efficace repressione di una pratica ritenuta scorretta posta in essere da professionisti con sede all'estero, ma indirizzata a consumatori italiani (violazioni transfrontaliere).

Ai sensi dell'art. 27, comma 5, cod. cons., l'Autorità ha, quale strumento fondamentale per cercare di analizzare la veridicità dei dati presenti nei messaggi promozionali, il potere di disporre che il professionista fornisca le prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale in contestazione che saranno considerati inesatti ove la prova sia omessa o insufficiente<sup>332</sup>.

Continuando l'esame del procedimento si osserva come la previsione di cui all'ultima parte dell'art. 27, comma 5, cod. cons. dell'obbligo del professionista di provare, con allegazioni fattuali, che non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'art. 20, comma 3, ovvero su un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili in relazione alla propria età, ingenuità, infermità mentale o fisica<sup>333</sup>, determina un'inversione dell'onere della prova.

Così come nel sistema previgente, il novellato art. 27, comma 6, cod. cons. prevede che l'Autorità garante richieda il parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom) qualora una pratica commerciale è stata o deve essere diffusa attraverso la stampa periodica o quotidiana ovvero per via radiofonica o televisiva o altro mezzo di telecomunicazione. Si tratta di un parere obbligatorio ma non vincolante, ed infatti qualora ne dissenta non è tenuta a fornire una specifica motivazione su ciascun singolo punto<sup>334</sup>. Non è prevista alcuna altra forma di coordinamento con altri enti pubblici

---

332 Il regolamento sulle procedure istruttorie (l'art. 15) prevede che tale misura, che grava dell'onere probatorio il professionista che, per la propria situazione e collocazione fattuale, è nella condizione migliore per fornire il riscontro degli elementi fattuali oggetto di contestazione venga adottata dal responsabile del procedimento. Questi vi deve provvedere con una comunicazione di attribuzione dell'incombente istruttorio alle parti, indicando gli elementi di prova richiesti, la motivazione della richiesta stessa ed il termine per la produzione della prova. Cfr. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, 285.

333 CIATTI *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, cit. 398

334 Sul piano procedurale, la richiesta del parere all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni comporta anche una dilatazione dei termini di chiusura del procedimento ma in caso di mancata trasmissione entro il termine di 30 giorni dalla richiesta l'Autorità è autorizzata a chiudere il procedimento senza attendere di acquisirlo.

preposti dalle regolamentazioni settoriali alla tutela di aspetti che possano interferire con la disciplina in tema orizzontale delle pratiche commerciali scorrette.

Con riferimento alla chiusura del procedimento il novellato l'art. 27, comma 7, cod. cons. introduce la procedura della presentazione degli impegni di porre fine all'infrazione da parte del professionista.

Si tratta di un istituto già noto all'Autorità ed impegnato dal 2006 in materia di concorrenza (art. 14 ter l. 287/1990). Per espressa previsione normativa, gli impegni proposti non sono ammissibili nel caso si riferiscano ad una pratica commerciale di manifesta scorrettezza e gravità. Al di fuori di queste ipotesi ove l'Autorità garante della concorrenza e del mercato li ritenga idonei a rimuovere i profili di illegittimità della pratica, li accoglie con provvedimento motivato rendendoli così obbligatori per il professionista. Quando li ritiene solo parzialmente idonei può fissare un termine al professionista per una eventuale integrazione degli stessi. Con accettazione degli impegni si addivene alla archiviazione del procedimento senza l'accertamento dell'ipotesi di violazione contestata in sede di avvio e senza irrogare sanzioni. La valutazione di idoneità degli impegni può avere anche esito negativo: l'autorità, infatti, ove li ritenga inidonei può rigettarli. E' di tutta evidenza che questo modello di chiusura del procedimento è ispirato ai metodi di definizione consensuale della controversie caratterizzati da una notevole semplificazione ed economicità del procedimento. Da altra prospettiva la dottrina più recente evidenzia come tale strumento spinga la funzione dall'autorità amministrativa ad azioni e risultati di tipo regolatorio<sup>335</sup>. L'inottemperanza agli impegni determina l'irrogazione di

---

335 LAZZARA P., *Autorità indipendenti e tutela del consumatore dai compiti di vigilanza alla funzione regolatoria e proconcorrenziale*, in rapporto sul Consumerism 2010, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito <http://www.consumersforum.it/>. osserva che l'adozione di impegni in sostituzione delle sanzioni e conclude: "è evidente che attraverso l'accettazione degli impegni la funzione antitrust muta significativamente, soprattutto per essere la potestà sanzionatoria formalmente collocata in posizione strumentale (e dunque secondaria) rispetto all'esigenza ripristinatoria (regolatoria e pro concorrenziale) del mercato di talché appare legittimamente percorribile

sanzioni pecuniarie amministrative.

Il procedimento può concludersi con un provvedimento dell'Autorità che accertata la scorrettezza della pratica commerciale ne vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata<sup>336</sup>. Inoltre, con lo stesso provvedimento l'Autorità può disporre, a cura e a spese del professionista, la pubblicazione della decisione, anche per estratto, quale misura accessoria, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti.

Con il provvedimento che accerta la violazione delle disposizioni in tema di pratiche commerciali scorrette l'autorità "dispone", inoltre, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da irrogare al professionista responsabile, tenuto conto della gravità e durata della violazione. Contro i provvedimenti dell'AGCM è previsto il ricorso al TAR del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, come unico organo competente<sup>337</sup>. Infine, con riferimento all'estensione del potere di sindacato del giudice amministrativo, esso appare estendersi sia alla verità dei fatti posti a fondamento dei provvedimenti dell'AGCM, sia alle sanzioni irrogate dall'Autorità<sup>338</sup>.

---

qualsiasi rimedio in grado di raggiungere il suddetto scopo modulando discrezionalmente (sino ad eliderlo del tutto) il potere sanzionatorio". Con riferimento al settore professionale, pur se in ambito di pubblicità comparativa ingannevole a danno di altri concorrenti (ordine dei commercialisti) i primi impegni ammessi dall'autorità sono quelli del Consiglio Nazionale del notariato, di cui si è detto nelle pagine precedenti. Sulle specifiche previsioni regolamentari, GENOVESE A., *L'enforcement e le tutele*, op. cit., 209 ss. in part. 237.

336 L'articolo 27, comma 3, cod. cons. attribuisce all'Autorità la facoltà di pronunciare, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussista una particolare urgenza. Nel regolamento sulle procedure istruttorie (art. 9) sono indicati i profili procedurali. La sospensione in via provvisoria della pratica commerciale può essere adottata dal collegio dell'Autorità sia con lo strumento ordinario del contraddittorio, che "inaudita altera parte".

337 La legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'Autorità è attribuita ai professionisti destinatari della pronuncia negativa. Il Consiglio di Stato, con riferimento alla possibilità di consentire l'esercizio di tale facoltà anche ai segnalanti, ha affermato che "il denunciante non può vantare un interesse qualificato ad un corretto esame della propria segnalazione, salvo il caso in cui dimostri di essere portatore di un interesse differenziato e specifico che sostiene di essere stato leso dalla mancata adozione da parte dell'Autorità del provvedimento repressivo". cfr. Mancini, *sub art. 27*, op.cit. E' ammissibile l'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità anche attraverso ricorso straordinario al Capo dello Stato, ove sussistano gli estremi previsti dalla relativa disciplina (d.p.r. 2 marzo 1999 e d.p.r. 20 ottobre 1998).

338 Quanto al sindacato sull'attività discrezionale e tecnica dell'AGCM, il giudice amministrativo ha

I destinatari delle sanzioni possono essere sia i professionisti intellettuali che gli ordini professionali in quanto come già evidenziato la definizione di professionista comprende qualsiasi persona fisica o giuridica, pur con non poche resistenze di questi ultimi evidenziate già nella previgente disciplina.

---

solo il potere di censurare le valutazioni tecniche che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili, Cfr. ancora Cons. Stato, 3 febbraio 2005, n. 380.

***§ 4.3 Il coordinamento tra l'ampia competenza attribuita all'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette e quella attribuita agli ordini professionali: la pubblicità assentita.***

Con particolare riferimento al settore professionale giova interrogarsi sulla esistenza di ragioni di delimitazione della competenza dell'Autorità nella repressione delle pratiche commerciali scorrette.

L'art. 27, comma 14, cod. cons. pone un limite significativo all'ampia competenza di carattere generale in materia di pratiche commerciali scorrette attribuita all'Autorità prevedendo la possibilità che sia derogata nei soli casi in cui la pratica commerciale sia stata "assentita" ovvero sia stata autorizzata con provvedimento amministrativo di un'altra amministrazione. Così come nel regime previgente in materia di pubblicità ingannevole e comparativa<sup>339</sup>, la deroga opera nei soli casi in cui l'atto di autorizzazione dell'amministrazione riguardi pratiche commerciali specificamente valutate per la loro correttezza, e non profili differenti anche se ad esse correlati come per esempio l'immissione in commercio del prodotto<sup>340</sup>. Sul punto in una recente sentenza il giudice amministrativo rileva: "l'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, anche con riferimento ai messaggi pubblicitari costituiti dalle indicazioni inserite sulla confezione dei prodotti, è volta alla protezione del consumatore e degli interessi concorrenziali delle imprese, mentre il controllo svolto dal Ministero della Salute sull'etichettatura del prodotto prima dell'immissione in commercio persegue la specifica finalità di verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana". E per tale ragione afferma che "la normativa di carattere generale in materia di tutela dei

---

<sup>339</sup> Il limite della pubblicità assentita alla competenza dell'antitrust era previsto già dal d.lgs. 74 del 92 in materia di pubblicità ingannevole all'art. 7 comma 14.

<sup>340</sup> Tar Lazio, sentenza n. 13779 del 29 dicembre 2009, caso *Società MilKon Alto Adige*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

consumatori non pregiudica l'applicazione della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di salute e sicurezza dei prodotti, ma coesiste con essa". E prosegue affermando che: "l'eventuale autorizzazione, infatti, non avrebbe ad oggetto la pratica commerciale e non sarebbe preordinata anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa, alla tutela dei soggetti e delle organizzazioni che vi abbiano interesse", così come prevede l'art. 27, comma 14 del codice del consumo. (...) Non sarebbe pertanto comunque possibile ravvisare l'ipotesi di cui all'art. 27, comma 14 del d.gls. 206/2005, posto che l'autorizzazione rilasciata da parte del ministero della salute non atterrebbe comunque al profilo del rispetto del principio di correttezza nei rapporti con il consumatore".

Per esempio, sono ritenute ipotesi di pubblicità assentita: a) la pubblicità delle specialità farmaceutiche, sottoposta al controllo amministrativo preventivo del Ministero della salute; b) i messaggi pubblicitari di sollecitazione del pubblico risparmio, sottoposti al controllo amministrativo preventivo della Consob<sup>341</sup>. In questi casi il provvedimento può essere impugnato dai soggetti che abbiano interesse ad ottenerne la declaratoria di illegittimità con ricorso al giudice amministrativo.

Nell'applicazione concreta della disciplina previgente, l'Autorità garante non ha qualificato il controllo esercitato dagli ordini e collegi professionali sulle comunicazioni commerciali dei liberi professionisti, anche ove previsto per legge, quale ipotesi di pubblicità assentita. Sull'argomento è particolarmente significativo il provvedimento dell'Autorità concernente il messaggio pubblicitario diffuso tramite siti internet volto a promuovere l'attività libero professionale di un medico specialista in chirurgia plastica e ricostruttiva, ritenuto ingannevole in ordine alle caratteristiche delle prestazioni professionali pubblicizzate in quanto la struttura sanitaria (ospedale Sant'Eugenio di Roma) era dal 2003 una clinica privata anche se convenzionata e non un ospedale,

---

341 MANCINI A., *sub art. 27, commi 11-13*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit., 291 ss.

come dichiarato nel messaggio<sup>342</sup>. Nelle valutazioni conclusive del provvedimento in parola si affermano due principi importanti in tema di pubblicità emanante dagli esercenti le libere professioni: il messaggio in questione è una pubblicità commerciale ai sensi dell'art. 20 cod. cons., nel testo previgente alla novella, effettuata «nell'esercizio di una attività professionale con l'evidente scopo di promuovere le prestazioni e gli interventi di chirurgia plastica effettuati in intramoenia del chirurgo»; l'Autorità ha competenza piena nei procedimenti aventi ad oggetto la valutazione della correttezza e veridicità dei contenuti del messaggio pubblicitario proveniente da un libero professionista in quanto non sussiste una competenza esclusiva dell'ordine professionale. In particolare, precisa che: «il nulla osta rilasciato dall'ordine dei medici a seguito della verifica del rispetto delle norme di cui alla legge n. 175/92 e contenute nel proprio regolamento interno non rappresenta un atto, per natura ed efficacia, assimilabile ad un provvedimento autorizzatorio di un'autorità amministrativa, con gli effetti preclusivi di cui al citato art. 26 cod. cons. pertanto, si ravvisa la piena legittimazione dall'Autorità a pronunciarsi sulla fattispecie in questione, nell'esercizio della propria competenza di carattere generale nel controllo dei messaggi pubblicitari ad essa attribuiti dal decreto sopra citato, in quanto nel caso di specie non si verte in materia di pubblicità "assentita"».

---

342 in Provv. n.17584 del 8 novembre 2007, PI 5833 *Gpedone.it e newplasticsurgery.it*, in Boll. 42/2007.



*§ 4.4 Segue. Il potere di verifica attribuito all'ordine e/o collegio professionale.*

Già nel sistema previgente alle intervenute modifiche al codice del consumo con la riscrittura dei novellati artt. 18 ss, non si riteneva che sussistesse, dunque, una competenza esclusiva degli ordini professionali nel sindacato sulla correttezza dell'informazione pubblicitaria volta a promuovere il servizio professionale.

Posto che nell'implementazione della nuova disciplina l'Autorità ha seguito la prassi del sistema previgente, bisogna domandarsi se non vi siano nuovi elementi normativi che portino ad una soluzione di segno diverso in materia di pratiche commerciali scorrette poste in essere dagli esercenti una professione.

Peraltro, l'eccezione sollevata dagli ordini professionali di versare in ipotesi di pubblicità assentita sembra definitivamente superata a seguito delle recenti misure di liberalizzazione che hanno inciso sulle professioni liberali al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi. Ciò non toglie però che bisogna interrogarsi sui poteri ancora attribuiti agli ordini in materia di pubblicità.

In particolare l'art. 2, comma 1°, lettera b) del d.l. 223/2006 cosiddetto decreto Bersani, convertito in legge 248/2006, ha abrogato, dalla data della sua entrata in vigore, le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, "il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del

messaggio il cui rispetto è verificato dall'Ordine". L'abrogazione del citato divieto ha determinato anche l'abrogazione della legge n. 175 del 1992 che in precedenza disciplinava la pubblicità concernente l'esercizio delle professioni sanitarie (Cassazione civile, sez. III, 30 novembre 2006, n. 25494).

Del tema dei limiti del potere di verifica attribuito agli ordini professionali in rapporto alla nuova competenza generale attribuita all'autorità garante in materia di pratiche commerciali scorrette si è recentemente occupato il T.A.R. per l'Emilia Romagna<sup>343</sup>. Il tribunale amministrativo ha accolto il ricorso proposto da alcune società (Inizia Dental Bologna S.r.l. e Bologna uno S.r.l.) contro l'Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri della Provincia di Bologna, per l'annullamento di un provvedimento<sup>344</sup> con il quale l'ente professionale ha intimato la cessazione delle iniziative pubblicitarie intraprese in merito alla loro attività ambulatoriale monospecialistica di odontoiatria, deducendone l'illegittimità.

Nel provvedimento impugnato l'ordine professionale richiama, a fondamento del proprio potere inibitorio della pubblicità il menzionato articolo 2, comma 1°, lettera b) del D.L. 223/2006, convertito in legge 248/2006 "nonché il Codice di deontologia medica, le relative guide in merito di pubblicità informativa sanitaria e delle relative note esplicative elaborate dall'Ordine stesso" e ritiene che la pubblicità dell'attività sanitaria sia "non conforme alle disposizioni di legge ed alle regole e principi sanciti dalla disciplina deontologica". Inoltre, interpretando in modo restrittivo la previsione normativa citata, prospetta l'esistenza di una differenziazione, sotto il profilo della pubblicità, tra l'attività dei singoli professionisti e le attività professionali svolte in forma societaria, con conseguente applicazione

---

343 T.A.R. Emilia - Romagna Bologna sez.II sent. n.16 del 12 gennaio 2010 reperibile sul sito [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

344 delibera n. 160 del 16 dicembre 2008 citata nella sentenza in argomento unitamente al parere negativo sul contenuto della pubblicità emesso dalla Commissione pubblicità costituita in seno all'ordine suddetto.

del divieto di pubblicità, e del potere inibitorio dell'ordine a queste ultime. Il giudice amministrativo, al contrario, riafferma il principio per cui nel quadro normativo vigente la pubblicità dell'attività professionale medica è legittima anche quando riguardi le attività professionali svolte in forma societaria; ed invero il c.d. decreto Bersani non prevede alcuna differenziazione a riguardo. Questa soluzione interpretativa secondo il tribunale amministrativo “non determina alcun vuoto normativo di tutela poiché i decreti legislativi n. 145/2007 e 146/2007 che recepiscono le direttive comunitarie 2006/114/CE e 2005/29/CE, e che introducono una nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa (modificando il decreto legislativo n. 206/2005 - Codice del consumo) e delle pratiche commerciali sleali affidano all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il potere di avviare i procedimenti ispettivi, su segnalazione ed anche d’ufficio, e di adottare i conseguenti provvedimenti sanzionatori”. Pertanto, nel mutato contesto legislativo che ha comportato abrogazione del divieto di svolgere pubblicità informativa e della legge 175/1992<sup>345</sup>, all’Ordine professionale, “residua soltanto un potere di verifica della veridicità del contenuto della pubblicità, non contestata nel provvedimento impugnato, al fine di effettuare eventuali segnalazioni agli organi competenti in proposito”. Inoltre, vale la pena sottolineare come nell'indagine conoscitiva sull'attuazione deontologica dei principi della legge in parola è ritenuta illecita qualsiasi forma di controllo preventivo sulla pubblicità informativa prevista dagli ordini professionali.

La sentenza esaminata conferma come il modello di tutela amministrativa prescelto dal legislatore nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, si pone a "completamento" del quadro complessivo dei poteri pubblici sanzionatori e di

---

345 Cassazione civile, sez. III, 15 gennaio 2007, n. 652.

*enforcement*, a tutela dei consumatori<sup>346</sup>.

Ciò in quanto, come già evidenziato nelle pagine precedenti, la valutazione di scorrettezza della pratica si parametrizza alla diligenza professionale di cui all'art. 18, comma 1, lett. h), cod. cons. ovvero sia al normale grado della specifica competenza e attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e buona fede nel settore di attività del professionista. Gli obblighi di diligenza richiesti dalla normativa in tema di pratiche commerciali scorrette non coincidono completamente o, comunque, non si esauriscono in quelli previsti nei codici deontologici e nella legge.

Come rilevato nel parere reso dal Consiglio di Stato, con riferimento alla competenza della Consob nel settore finanziario, il rapporto tra sistemi normativi e competenze deve essere indagato facendo riferimento al caso concreto.

Il menzionato parere offre degli utili criteri interpretativi che possono essere applicati anche con riferimento ad altri ambiti<sup>347</sup> compreso quello delle

---

346 In tal senso si è espresso il Tar Lazio, 29 marzo 2010 n. 4931. Il Tar per il Lazio ha evidenziato come *“il nuovo quadro di tutela offerta dal Codice del consumo, venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall’altro, a quelli derivanti dall’esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione”*. In tal senso cfr. Tar Lazio, sez. I, sentenza 8 settembre 2009, caso *Enel Energia - Bolletta gas*, n. 8399, e sentenza 8 settembre 2009, caso *Prezzi bloccati dell’elettricità*, n. 8400). Il problema è stato affrontato nel rapporto sul Consumers 2009 e 2010, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi “Roma Tre”, pubblicati nel novembre 2009 e nel novembre 2010 sul sito: <http://www.consumersforum.it/>. In particolare F. BASSAN, *Profili relativi alle liberalizzazioni* ivi e M. SANDULLI- D. SPAGNUOLO, *L'attribuzione di competenze in tema di tutela del consumatore tra AGCM e le altre Autorità indipendenti*, 80 e P. LAZZARA, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei consumatori: innovazioni e problematiche attuali*; sia consentito citare nella stessa opera MINERVINI L. *Il coordinamento tra la competenza generale della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette e la competenza delle autorità di settore : gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa*.

347 Il problema si è proposto anche nel settore energia e gas regolamentati dalle rispettive autorità ed è stato risolto dalla giurisprudenza amministrativa occupandosi dell’impugnativa di alcuni provvedimenti affermando la complementarietà.

In particolare si segnala, per le motivazioni addotte a sostegno della complementarietà delle competenze, la sentenza Tar Lazio 29 marzo 2010 n. 4931 che ha confermato il provv. 19603 del 5 marzo 2009 adottato per il caso PS 95 che riguardava una pratica commerciale scorretta posta in essere da una società di telecomunicazioni e consistente nell’aver acquisito nuova clientela attraverso la conclusione di contratti di utenza a mezzo contatto telefonico ponendo in essere condotte ingannevoli e aggressive

In sede di impugnativa il professionista, sulla base dei principi espressi dal Consiglio di Stato, assumendo cioè che sussiste una regolamentazione organica e compiuta volta a curare il medesimo

professioni intellettuali pur con le dovute precisazioni nella demarcazione dei confini della disciplina trasversale e orizzontale delle pratiche commerciali scorrette e della competenza generale dell'antitrust rispetto alla disciplina nazionale e alle funzioni degli ordini o collegi professionali.

Come noto, l'Alto Consesso in sede consultiva, riscontrando la mancanza di disposizioni legislative vigenti che prevedano strumenti di risoluzione anticipata dei conflitti, ha rilevato la sussistenza di *un duplice apparato normativo* per la cura di un *medesimo interesse* che si identifica nella regolare concorrenza tra soggetti economici<sup>348</sup> e ha enunciato il principio per cui la competenza della

---

interesse, ha exceptato l'incompetenza dell'AGCM ad intervenire in materia di conclusione di contratti a distanza che rientrerebbero sotto la competenza dell'AGCOM.

Ed invero, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, a fronte dell'ingente mole di segnalazioni, ha adottato la delibera 664/06/CONS che stabilisce i tempi e le procedure da seguire in materia di fornitura di servizi di comunicazione a distanza. Le disposizioni regolamentari precisano le norme del Codice del Consumo (artt. 50 ss.), e in particolare, per quanto riguarda l'utilizzo del mezzo telefonico, l'art. 2 - *Conclusioni dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica* - dispone che l'adempimento degli obblighi informativi da parte del professionista e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione, purché il consumatore, prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto, riceva i moduli contrattuali con tutte le informazioni previste.

Inoltre, il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) all'art. 70 affida all'autorità di settore il compito di vigilare sul rispetto degli obblighi di legge posti a tutela del consumatore e all'art. 71 il compito di garantire la trasparenza delle informazioni relative ai prezzi in materia di accesso e uso dei servizi telefonici.

L'AGCM ha affermato che il corretto assolvimento da parte del professionista degli obblighi stabiliti dalla regolamentazione settoriale e, nel caso di specie, dall'Autorità competente (AGCOM) non esclude la possibilità di individuare ipotesi di pratiche commerciali scorrette. Si afferma che "l'applicazione delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non può essere condizionata dalla presenza di norme regolamentari, avendo la normativa a tutela del consumatore portata generale ed una finalità diversa (individuazione ex post e sanzione di specifiche pratiche commerciali poste in essere dai professionisti ed idonee a falsare il comportamento economico dei consumatori) rispetto a quella perseguita dall'attività dell'ente di regolamentazione". Dunque, anche dall'esame della giurisprudenza amministrativa si evince il principio affermato dal Consiglio di Stato per cui nel caso di contrasto tra le normative di cui si è detto si applicherà il criterio di specialità a vantaggio dell'autorità di settore, ma ciò che è importante sottolineare è che il contrasto deve sussistere tra la regola di comportamento imposta *ex ante* e quella che l'antitrust di fatto individua come esigibile dal professionista diligente. L'Autorità della concorrenza e del mercato ha adottato il provvedimento impugnato esercitando un potere proprio verificando, cioè, la concreta attuazione di quello standard di diligenza richiesto dall'art. 20 cod.cons. Ciò sembra significare che l'antitrust può andare oltre lo standard di diligenza previsto dalla regola di comportamento posta *ex ante* ma non può incidere sulla norma che regola quel comportamento ritenendola contraria a diligenza.

348 Con parere n. 3 dicembre 2008, n. 3999, il Consiglio di Stato enuncia il principio per cui la normativa di settore contenuta nel T.U.F. del 1998 prevale su quella generale, di cui agli artt. 18-27 *quater* del codice del consumo anche "ai fini dell'identificazione dell'Autorità competente ad intervenire."

Il Consiglio di Stato analizza il rapporto tra la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette e quella di settore e riscontra la sussistenza di *un duplice apparato normativo* per la cura di un *medesimo interesse*

Consob prevale su quella della Autorità Garante per il criterio della specialità. Con riferimento agli ordini professionali occorre in primo luogo evidenziare che non si tratta di Autorità amministrative indipendenti<sup>349</sup>; "gli ordini professionali - come efficacemente posto in risalto anche dal giudice amministrativo<sup>350</sup>- costituiscono degli Enti esponenziali degli interessi di categoria, ancorchè dotati di una propria autonomia gestionale e decisionale, che operano (nel caso delle professioni sanitarie) sotto la vigilanza del Ministero della Salute. Essi sono stati istituiti dal Governo Giolitti, con legge n.455 del 10 luglio 1910, e ricostituiti dall'Assemblea Costituente con D.L.C.P.S. del 13 settembre 1946, n.233 il cui regolamento di esecuzione è stato approvato con D.P.R. n.221 del 5 aprile 1950, e svolgono importanti funzioni nei confronti dei propri iscritti".

---

che si identifica nella regolare concorrenza tra soggetti economici.

Al duplice apparato normativo secondo il Consiglio di Stato corrisponde una duplice competenza: il T.U.F prevede obblighi di informazione, di trasparenza e assegna alla Consob poteri di vigilanza, inibitori e sanzionatori e la disciplina introdotta agli artt. 18 ss. assegna la competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette all'AGCM. Rebus sic stantibus, trattandosi di normative pariordinate, in applicazione dei principi generali, il contrasto poteva essere risolto facendo ricorso non al criterio cronologico ma a quello di specialità per due ordini di ragioni.

Il primo, esplicito, rinvenibile nel dato normativo della direttiva, è rappresentato dalla lettera del considerando 10 che precisa che per i "*prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori occorrono obblighi più particolareggiati*", e dall'art. 2 che per i servizi finanziari pone una deroga al principio dell'armonizzazione massima; l'altro, implicito costituito dall'esistenza di fatto di una *organica e compiuta disciplina di settore* che tocca tutti gli aspetti di tutela del consumatore e che, dunque, non si risolve solo in affermazioni di principio.

Per queste ragioni il Consiglio di Stato enuncia il principio per cui "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". Dunque, limitatamente al settore finanziario la competenza della Consob prevale su quella della AGCM per il criterio della specialità.

Il parere del Consiglio di Stato solleva perplessità in merito alla rilevata identità di interessi coincidente con la corretta informazione al consumatore.

Invero, l'effettivo interesse tutelato dal codice del consumo non attiene solo alla correttezza e veridicità delle informazioni ma alla capacità di determinarsi del consumatore che può essere lesa tutte le volte in cui sia destinatario non solo di pratiche ingannevoli ma anche di pratiche aggressive. Pertanto, non può sottovalutarsi il rischio che questa tipologia di condotte non risulti sanzionabile dalla Consob.

349 Cfr. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, ove l'Autore effettua una analisi storica dell'affermarsi di queste amministrazioni nel nostro ordinamento giuridico.

350 T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II sent. n.16 del 12. 01. 2010 cit. il tribunale ha preliminarmente respinto l'eccezione di tardività del deposito del ricorso, avvenuta il 29° giorno dalla notificazione dello stesso, rilevata dalla difesa dell'Amministrazione intimata la quale sostiene che l'Ordine dei Medici costituisca un'Autorità Indipendente, con conseguente dimidiazione dei termini per il deposito del ricorso in caso d'impugnativa dei propri atti.

E aggiunge che tali enti professionali “non svolgono, per previsione normativa, una funzione indipendente ed imparziale a tutela di interessi di grande rilevanza e propri dell’intera collettività generale, assimilabile a quella delle Authority, istituite in tempi successivi e relativamente recenti, a partire dalla metà degli anni ‘80 nel quadro di un nuovo modello di organizzazione amministrativa, e sottratti da ogni forma di vigilanza o controllo, per quanto concerne la propria attività istituzionale, da parte dell’amministrazione governativa e che si esprimono in posizione di terzietà, equidistanza e neutralità rispetto a tutti gli interessi coinvolti della collettività generale”.

L'art. 2 della legge Bersani attribuisce il potere di verifica agli ordini professionali in funzione della natura di enti pubblici con funzione disciplinare sugli iscritti.

Invece, nell’attività di contrasto alle pratiche commerciali sleali, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato "tutela in maniera diretta la libertà di autodeterminazione dei consumatori e, indirettamente, l’interesse pubblico alla realizzazione di un mercato pienamente efficiente e concorrenziale"<sup>351</sup>.

Anche le sanzioni disciplinari si pongono su un piano completamente diverso rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie che derivano a conclusione del procedimento di cui all'art. 27 cod.cons.

La violazione della norma deontologica al cui controllo *ex post* è preposto l'ordine o collegio professionale è presupposto per la responsabilità deontologica del professionista per aver posto in essere una condotta contrastante con il decoro della professione, come si chiarirà *ultra*, ma non esclude la competenza dell'Antitrust al controllo in tema di pratiche commerciali scorrette anche nel settore professionale che si rende ancor più necessaria a seguito dell'abrogazione dei divieti deontologici all'utilizzo della

---

351 In tal senso si è espresso il Tar Lazio, 29 marzo 2010 n. 4931 consultabile su [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

pubblicità informativa.

Un medesimo fatto, una medesima pratica commerciale potrebbe rilevare per entrambi gli ordinamenti di settore cui sono preposti da un lato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'altro gli ordini professionali, e, dunque, essere causa di intervento sia per l'una che per gli altri, ciascuno nell'esercizio dei propri poteri, proprio perché gli interessi generali tutelati mediante i due interventi appaiono diversi.

Una conferma della tesi che si propone è indirettamente rappresentata dal primo provvedimento reso applicando il d.lgs. 145/2007 che ha riguardato la pubblicità comparativa illecita proveniente dal Consiglio nazionale del notariato, organo rappresentativo della professione regolamentata per eccellenza.

Le due discipline non si pongono in alternativa, ma su due piani diversi che possono avere delle zone di aderenza, in quanto è possibile che vi sia l'accertamento di una pratica commerciale scorretta e che, poi, questo possa agevolare, ove ne ricorrano i presupposti, anche un eventuale provvedimento disciplinare del Consiglio dell'ordine. Gli strumenti disciplinari che non si propongono direttamente la tutela del consumatore, come si chiarirà nel paragrafo che segue, indirettamente vi possono concorrere.

Ed, infatti, mentre la violazione delle norme deontologiche rileverà sotto il profilo disciplinare come aggressione al decoro della professione, sul piano della tutela amministrativa rileverà come illecito nei confronti del consumatore ove sia idoneo ad alterarne il comportamento economico.

Del resto sembra questo il solco tracciato dalla rilevanza esterna attribuita ai codici deontologici da questa normativa e anche dalla recente giurisprudenza di Cassazione di cui si è detto nel capitolo precedente.

Con riferimento alle norme italiane che regolamentano l'attività professionale il



legislatore, riportando nell'art. 19 comma 2, cod. cons. pedissequamente il testo comunitario, ha introdotto una c.d. clausola di salvaguardia che non produce l'effetto di limitare l'applicazione della disciplina, nè di limitare la competenza dell'autorità garante ma di fare salvo il sistema normativo nazionale in materia di professioni perchè afferisce ad un ambito distinto rivolto alla tutela di un interesse pubblico diverso<sup>352</sup>.

E', dunque, alla luce di questo impianto normativo che devono valutarsi i casi di parziale sovrapposizione delle regole poste da codici deontologici sulla cui osservanza vigilano gli ordini e i collegi professionali con le norme sulle pratiche commerciali scorrette. Si comprende allora che non vi sarà una soluzione unica da applicare nel caso di pratica commerciale posta in essere da un professionista intellettuale ma un esame del caso concreto e degli interessi lesi dalla condotta trasgressiva a cui farà seguito il rimedio o i rimedi più efficaci.

In queste pagine si è cercato di porre in evidenza come la disciplina di carattere orizzontale sul comportamento del professionista attraversi anche "la specificità" del settore professionale modulandosi nel rispetto della complessità della regolamentazione nazionale ma, comunque, introducendovi nuove trame.

---

352 C. TUVERI, sub art. 19, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. CATRICALÀ -P. TROIANO, Utet, 2010

#### **§ 4.5 La responsabilità deontologica e le pratiche commerciali scorrette.**

Sul piano delle sanzioni è particolarmente significativo ai fini dell'indagine che si conduce sottolineare che la violazione delle regole deontologiche integra un'ipotesi di responsabilità del privato professionista non verso l'ordinamento generale, bensì nei confronti dell'ordinamento settoriale di appartenenza<sup>353</sup>.

Agli ordini e collegi professionali è attribuito dalla legge il potere disciplinare nei confronti degli iscritti all'albo finalizzato a reprimere i comportamenti adottati in contrasto con il corretto esercizio della professione<sup>354</sup>.

La responsabilità deontologica determina l'irrogazione di sanzioni amministrative personali e afflittive che nei casi di maggiore gravità giungono a determinare l'espulsione del singolo dal gruppo, con la conseguente cancellazione dall'albo professionale e l'inibitoria d'esercizio dell'attività.

Come evidenziato anche nelle pagine di questo lavoro gli organi professionali svolgono un ruolo attivo sia nella creazione delle regole deontologiche sia nell'effettività delle stesse, applicandole nel concreto e sanzionandone la violazione in sede disciplinare.

Ciò è ancora più evidente ove si ponga mente al fatto che il legislatore nelle leggi professionali individua le fattispecie legittimanti le sanzioni disciplinari

---

<sup>353</sup> La già accennata nuova configurazione del carattere delle norme deontologiche come fonti giuridiche integrative del precetto legislativo sembrerebbe poter far sorgere nuove ipotesi di responsabilità civile del libero professionista come si chiarirà nel prosieguo

<sup>354</sup> È considerato il più importante fra poteri attribuiti agli ordini per il raggiungimento dei fini a cui sono preposti. C. LEGA, le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza, op. cit., 293 precisa che "il concetto di potere disciplinare si ricollega, ovviamente, a quello di disciplina inteso come corrispondenza dei rapporti e dei comportamenti che si svolgono in un determinato ambiente alle regole, principi e norme di natura etica e giuridica".

con formule ampie ed astratte, quali ad esempio “la violazione del decoro professionale”, o “le mancanze di lieve o grave entità nello svolgimento della professione”, qualificati in dottrina quali “concetti giuridici indeterminati” che come tali sono suscettibili di diverse interpretazioni in quanto non definiscono compiutamente i presupposti e gli elementi della responsabilità disciplinare del professionista ma ricevono un significato più concreto proprio alla luce delle regole deontologiche di dettaglio. A riguardo appare condivisibile l'opinione delle dottrine tradizionali secondo la quale le diverse espressioni adottate dal legislatore o dagli enti professionali nelle diverse fonti normative “sono generalmente manifestazioni diverse di uno stesso principio di carattere deontologico, quello della correttezza”<sup>355</sup>.

La concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare, definite dalla legge mediante clausole generali, dunque, è rimessa di norma alla valutazione discrezionale del Consiglio dell'ordine o collegio, le cui determinazioni sono tuttavia soggette al controllo di ragionevolezza in sede di legittimità, con la conseguenza di poter essere ritenute viziate allorché il giudizio di illiceità disciplinare non sia sostenuto da alcuna *ratio* o sia accompagnato da una *ratio* soltanto apparente, ma in realtà priva di un intrinseco fondamento<sup>356</sup>.

Occorre precisare che il potere disciplinare è discrezionale con riguardo alla valutazione degli elementi che nel caso concreto costituiscono una infrazione alla deontologia, ma doveroso con riferimento al suo esercizio.

---

355 C. LEGA, *le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, op. cit. 305.

356 Così Cass., Sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15600, in *Rass. Forense*, 2002, 364. Che ha cassato decisione del Consiglio nazionale forense, relativa ad un avvocato che aveva richiesto il pagamento l'onorario ponendo in esecuzione il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, ad uno soltanto dei clienti, coobbligati in solido, senza considerare la solvibilità del debitore e comunicare l'intenzione di agire in esecuzione al collega che, per conto del debitore, gli aveva fatto pervenire la minor somma che riteneva dovuta. Le sezioni unite hanno escluso che il sindacato in sede disciplinare possa avere ad oggetto la scelta fra le varie possibili modalità dell'esercizio di un diritto, potendosi configurare una rilevanza deontologica dell'esercizio del diritto ove avvenga con modalità “manifestamente vessatorie, intimidatorie ovvero lesive dei diritti fondamentali del destinatario, o comunque dirette a perseguire interessi estranei alla realizzazione della pretesa”. Citata in Mirante, op.cit.

In ordine alla individuazione della norma concretamente violata, la giurisprudenza non ritiene necessaria la tipizzazione dei comportamenti doverosi in materia di deontologia professionale per individuare le regole di cui si deve esigere il rispetto poiché la conoscenza delle regole di comportamento è da sempre parte integrante della formazione professionale e del patrimonio culturale del professionista.

Alla funzione disciplinare esercitata dai consigli territoriali delle professioni è riconosciuta natura amministrativa<sup>357</sup>, invece ai consigli nazionali istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione, si riconosce natura di giurisdizioni speciali, essendo ritenuta applicabile nei loro confronti la sesta disposizione transitoria, secondo cui gli organi di giurisdizione speciale già esistenti nel nostro ordinamento continuano ad essere operanti; mentre per gli ordini professionali posteriori al 1° gennaio 1948 vige il divieto posto dall'art. 102, comma 2, Cost. di istituire nuove giurisdizioni non solo straordinarie, ma anche speciali<sup>358</sup>.

---

357 La natura amministrativa del potere disciplinare degli ordini viene affermata fin da Cass., Sez. un., 14 marzo 1961, n. 579, come evidenzia TRIALE, *Codici deontologici e autonomia privata. Il procedimento disciplinare*, in *Rass. Forense*, 2005, 979. Nella motivazione della sentenza richiamata, citata da SILVIA MIRANTE, op.cit. si legge che la natura amministrativa è " elemento connaturato alla natura stessa degli ordini e del ruolo che questi esercitano all'interno del gruppo di cui curano gli interessi, nonché al rapporto che lega il singolo libero professionista all'ordine di appartenenza. Il potere disciplinare viene, dunque, ritenuto espressione diretta dell'autonomia e dell'autogoverno dell'ordine professionale che, in quanto ordinamento giuridico particolare, «crea appunto rapporti fra il gruppo eretto in persona, e il singolo che concorre a formarli, in virtù dei quali questo è tenuto ai comportamenti richiesti dai fini istituzionali del gruppo». Posta la natura amministrativa del contenzioso disciplinare gli organi disciplinari territoriali sono legittimati a stare in giudizio nei procedimenti di impugnazione concernenti i provvedimenti da questi assunti. Più di recente cfr. *ex multis* Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, cit.

358 Per esempio è attribuita la natura di organi amministrativi e non di giudici speciali al Consiglio nazionale dell'ordine dei geologi, su cui cfr. Cass., Sez. un., 29 novembre 2007, n. 24815, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 237, e al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, di cui al D.P.R. 27 ottobre 1953, n. 1067. Invece, il carattere di "giudice speciale" è, ad esempio, pacificamente riconosciuta al Consiglio nazionale forense, avverso le cui decisioni è previsto ricorso alla Corte di cassazione a Sezioni unite, come evidenzia TRIALE, *Codici deontologici e autonomia privata. Il procedimento disciplinare*, in *Rass. Forense*, 2005, 979. La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto sussistere sufficienti garanzie d'indipendenza e di imparzialità posta «l'origine elettiva dei suoi componenti e la prescrizione dell'osservanza nei procedimenti davanti ad esso instaurati delle comuni regole processuali e dell'intervento del pubblico ministero». Ciò è affermato fin dalle sentenze della Corte costituzionale 26 giugno 1967, n. 110, e 18 giugno 1970, n. 114. E più di recente *ex plurimis* Cass.

In ambito disciplinare, dunque, il controllo si svolge sui seguenti livelli: un procedimento amministrativo contenzioso dinnanzi all'organo professionale territoriale, un sindacato (in alcuni casi avente natura giurisdizionale) da parte del Consiglio nazionale di riferimento e un giudizio di legittimità dinnanzi alla Corte di cassazione come sottolineato anche in giurisprudenza<sup>359</sup>.

La natura amministrativa del procedimento disciplinare sembra, peraltro, indurre il richiamo a tutti i principi generali dell'azione amministrativa espressi dalla legge n.241/1990<sup>360</sup> compresi a principi derivanti dal diritto comunitario<sup>361</sup>.

E' evidente che la funzione disciplinare espletata da ordini e collegi professionali ha fondamento e caratteristiche che la distinguono nettamente dalla funzione amministrativa svolta dalla Autorità garante della Concorrenza e del mercato in tema di pratiche commerciali scorrette.

Tuttavia, in relazione ai mobili confini della disciplina delle pratiche commerciali scorrette che sembra attraversare la disciplina comunitaria e

---

Sez. un., 28 settembre 2007, n. 20360, in *Mass. Giur. It.*, 2007. Altro esempio è dato dalla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, organo di giurisdizione speciale, istituito presso il Ministero della Salute con il decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, le cui decisioni sono impugnabili in Cassazione per violazione di legge, come ribadito di recente da Cass., Sez. un., 21 giugno 2007, n. 14385, in *Mass. Giur. It.*, 2007, e per esteso in *Corriere Giur.*, 2008, 675.

359 La violazione delle norme deontologiche comporta delle sanzioni giuridiche espressamente previste dall'ordinamento a conclusione di un procedimento giurisdizionale con il controllo finale della Cassazione in sede di legittimità per violazione di legge.

360 Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 20 aprile 2006, n. 7, in *Corr. del Merito*, 2006, 815, nonché Id., Sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7111, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 416, con nota di Rodriguez, *La qualità di autore di un esposto quale legittimazione all'accesso*, sulla possibilità di esercitare il diritto di accesso in relazione agli atti del procedimento amministrativo a carattere disciplinare svolgentisi dinnanzi all'ordine degli ingegneri e della fase prodromica alla sua apertura. cfr. anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 marzo 2008, n. 551, in *www.giustizia-amministrativa.it*, sul diniego di accesso opposto dall'Ordine dei medici di Milano illegittimo in quanto non sorretto da una motivazione adeguata in ordine alle effettive esigenze di tutela della riservatezza del contro-interessato destinatario dell'esposto disciplinare.

361 In dottrina si sottolinea la rilevanza del principio di proporzionalità fra valutazione della gravità dell'illecito commesso e la determinazione della relativa sanzione nell'attività dell'organo professionale chiamato a sanzionare il comportamento del professionista che abbia violato le norme deontologiche. C. Lega, op. cit., 293 ss.

nazionale delle professioni intellettuali, e' auspicabile, come rilevato in dottrina che la partecipazione al procedimento come garanzia per il corretto svolgimento dell'azione amministrativa rilevi nell'ambito dell'attività svolta dagli organi professionali non solo in relazione al contenzioso disciplinare, in funzione di difesa del soggetto interessato, ma anche in una più ampia accezione, di partecipazione in funzione di co-decisione nell'ambito dei poteri di produzione di norme deontologiche da parte degli ordini professionali<sup>362</sup>.

Ed, invero, come si è cercato di evidenziare in queste pagine le regole di deontologia professionale presentano un rilievo che va ben oltre i limitati confini di ciascun corpo professionale, giungendo ad assumere una rilevanza anche verso il consumatore.

Sarebbe auspicabile, per quanto detto, l'introduzione di possibilità di coinvolgimento di soggetti portatori di altri interessi collettivi, che possano venire in contatto con l'attività degli ordini e collegi professionali (come, ad esempio, le associazioni di consumatori, quali rappresentanti della categoria degli utenti destinatari delle attività professionali protette).

Si comprende allora che ordini e collegi, non potendo essere monadi inespugnabili dai germi di innovazione introdotti dal diritto comunitario dovranno sempre in maggior misura orientarsi anche nella considerazione degli interessi dei consumatori, in vista dell'acquisizione di una nuova funzione di equilibrio tra autonomia ed autogoverno della categoria professionale e le esigenze della libera concorrenza del mercato in cui la medesima categoria è destinata a operare e di correttezza delle pratiche commerciali *latu sensu* promozionali che non sono più vietate e che aprono

---

362 Sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici cfr. Giannini, Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1990, 997, Id., Gli elementi degli ordinamenti giuridici, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1958, 219. Sulla partecipazione al procedimento amministrativo Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2007, 13. SANTI ROMANO, *l'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917.

verso nuove sfide sottoponendo anche questa categoria di professionisti più legata alla tradizione al sindacato dell'autorità garante della concorrenza e del mercato.

**§ 4.6 *Le possibili ricadute giuridiche della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sul contratto, ambito non pregiudicato.***

L'analisi della novella al codice del consumo, articoli da 18 a 27, effettuata nelle pagine del presente lavoro, conduce a ritenere applicabile codesta disciplina al rapporto di consumo avente come protagonisti il professionista intellettuale e il cliente - consumatore.

Ed, invero, la normativa di recente introduzione tende a colpire le pratiche commerciali definibili scorrette, ingannevoli o aggressive, al fine di sanzionare il comportamento del professionista che le applica.

E' una normativa che si applica all'atto del consumo, inteso nel suo aspetto dinamico<sup>363</sup> prima, durante e dopo la conclusione del contratto, ma con esclusione proprio della fase negoziale propriamente detta, intesa come fase precontrattuale, di conclusione del contratto, e tutte quelle successive in ordine alle conseguenze ed i rimedi.

Muovendo le mosse dalle precedenti osservazioni in termine di pratiche commerciali scorrette, occorre porre mente sulla portata espansiva della nuova normativa e sulla misura in cui sia destinata a riflettersi sull'interpretazione ed applicazione di quel diritto comune "in materia contrattuale", che pure essa fa espressamente salvo, statuendo all'art. 19, comma 2° lett. a) cod. cons. che *il presente titolo "non pregiudica" l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto*<sup>364</sup>.

Ed, infatti, la nuova disciplina vuole evitare che a causa di una qualsivoglia

---

<sup>363</sup> Sul punto ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali*, cit. 1ss.

<sup>364</sup> BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Rapporto Consumers 2009*, op., cit., "Tralasciando quella del mero contatto sociale, infatti, una pratica commerciale scorretta può porsi in essere durante le trattative, o comunque nella fase strettamente prenegoziale, in quella di conclusione del contratto, ovvero in quella di esecuzione degli obblighi assunti con il contratto".



pratica commerciale scorretta del professionista il consumatore sia in qualsiasi modo condizionato nella sua libertà di decidere in relazione ad un'operazione commerciale ovvero alla vicenda negoziale. Pertanto, in questa prospettiva risulta evidente che le nuove norme produrranno delle ricadute sul contratto che varieranno in relazione alla fase in cui il professionista pone in essere il suo comportamento<sup>365</sup>.

Il legislatore comunitario ha lasciato ad ogni Stato membro la libertà di scegliere i rimedi privatistici per tutelare il singolo consumatore destinatario della pratica commerciale<sup>366</sup>. Ma, il legislatore italiano non ha utilizzato tale margine di discrezionalità permesso dalla direttiva 2005/29/CE<sup>367</sup>, come risulta dal citato art. 19, comma 2, lett. a) cod. cons. che non sceglie la sanzione, non individua i rimedi da applicare ad un contratto conseguente ad una pratica commerciale scorretta<sup>368</sup>.

---

365 BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Rapporto sul Consumers' 2009*, op., cit., "Tralasciando quella del mero contatto sociale, infatti, una pratica commerciale scorretta può porsi in essere durante le trattative, o comunque nella fase strettamente prenegoziale, in quella di conclusione del contratto, ovvero in quella di esecuzione degli obblighi assunti con il contratto".

366 Il Libro Verde del 02/10/01, al paragrafo 4.1, suggerisce l'opportunità di emanare una direttiva quadro volta ad impedire alle imprese l'utilizzo di pratiche commerciali sleali. Suggerisce poi: "Sarebbero escluse le norme nazionali che tutelano unicamente obiettivi di interesse generale, diversi dalla tutela dei consumatori (p. es. pluralismo, protezione della cultura, salute e sicurezza, rispetto della persona), in relazione a determinate pratiche commerciali e le disposizioni del diritto nazionale in materia contrattuale". Tale indicazione viene recepita dalla direttiva e, quindi, inserita sia nel considerando n. 9 ("la presente direttiva...non pregiudica l'applicazione delle disposizioni comunitarie e nazionali relative al diritto contrattuale") sia all'art. 3 comma 2, che dispone: "la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto". Sembra che il legislatore comunitario, consapevole di voler raggiungere con la direttiva una armonizzazione massima non abbia voluto invadere il diritto contrattuale dei diversi Stati membri in quanto estremamente diversificato. BARTOLOMUCCI P., op. cit., *Pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, 130 alla norma comunitaria "deve essere attribuito il significato di richiamo ai legislatori degli stati membri affinché operino un necessario adattamento (...) con le disposizioni nazionali in tema di contratti(...).

367 RICCIUTO V., *sub. Art. 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit. 128ss. L'Autore, in particolare, evidenzia che "Non è stata colta la possibilità di inserire nel corpo del codice del consumo delle ulteriori ipotesi di nullità di protezione, oltre a quelle già proprie della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, ex art. 36 cod.cons.; non sono state introdotte ulteriori ipotesi di annullabilità del contratto, di risoluzione per inadempimento da parte del professionista degli obblighi di informazione, di risarcimento del danno a causa di trattative contrattuali improntate alla scorrettezza", 134. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 408; MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, 266

In argomento si veda G. DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/CE nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., 79, 90 ss.

368 Cfr. Bartolomucci P., *Le pratiche commerciali scorrette*, op. it. "In sede di recepimento questo "invito" rivolto dalla Commissione ai legislatori nazionali, affinché provvedessero ad un raccordo tra le

Tale “atteggiamento rinunciatorio del legislatore”<sup>369</sup>, tale “clamoroso”<sup>370</sup>, “assordante silenzio in relazione alle possibili conseguenze giuridiche di diritto privato della violazione del divieto posto dal comma 1, dell’art. 20, c.cons.”<sup>371</sup>, è stato valutato un’occasione mancata, un “danno” arrecato al singolo consumatore concretamente leso da una pratica commerciale scorretta, per l’incertezza sui rimedi a cui accedere.

Sul problema è altresì stato efficacemente osservato che “mentre il codice del consumo opera dal punto di vista della mera astratta idoneità di una pratica ad indurre i consumatori a prendere una decisione che altrimenti non avrebbero preso, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la trasparenza del mercato attraverso la regolazione delle condotte delle imprese; del tutto diversamente il codice civile opera dal punto di vista della concreta distorsione della volontà negoziale, così assumendo ad oggetto di tutela giuridica la continuità dei traffici commerciali attraverso la garanzia della validità ed efficacia dei contratti e la conservazione dei medesimi, a meno che non sia accertata direttamente l’avvenuta conclusione per effetto di condotte riprovevoli di un contraente”<sup>372</sup>.

Dunque, gli ambiti di applicazione della nuova disciplina contro le “pratiche commerciali scorrette” e della disciplina dell’impugnativa del contratto si pongono su piani diversi, ragione per cui con riferimento al sistema di tutela

---

discipline contrattuali e quella sulle pratiche commerciali, ci si è limitati a riportarlo pedissequamente, lasciando così all’interprete il compito di provvedere a tale complessa operazione”.

369 L’espressione è in C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 408.

370 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*, 2007, 776 ss.

371 L’espressione è in G. DE CRISTOFARO, *L’attuazione della direttiva 2005/29/CE nell’ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., 79ss, in part. 90 ss.

372 Nello stesso senso si afferma: “La nuova tutela non richiede quale presupposto essenziale che dette “pratiche” abbiano causalmente determinato la stipulazione, da parte di un singolo consumatore, di un contratto che lo stesso non avrebbe altrimenti concluso o non avrebbe concluso a quelle condizioni, ma si accontenta del fatto che la “pratica commerciale” sia idonea a cagionare un tale effetto, quand’anche “non ancora portata a conoscenza del pubblico” (art. 27, comma 8°, cod. cons.): e, conseguentemente, quand’anche tale effetto non abbia ancora in concreto cagionato;

delineato dagli artt.18 ss cod.cons. si è parlato di un “doppio binario”<sup>373</sup>.

Ed, invero, per esempio, nella prospettiva del codice civile la fattispecie “professione intellettuale” ossia il presupposto per l'applicazione della disciplina è l'atto<sup>374</sup>, ed invero la legge attribuisce rilevanza al singolo contratto d'opera intellettuale non attribuisce rilevanza giuridica all'attività professionale quale “insieme degli atti, che perciò diventano oggetto come tale (come insieme) di una normativa distinta dalla normativa dei singoli atti”, il riferimento all'attività professionale serve ad indicare “gli atti nel loro insieme pur rimanendo oggetto della disciplina i singoli atti”<sup>375</sup>. Invece, come già rilevato, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette segna il passaggio dalla disciplina dell'atto alla disciplina dell'attività. Con la conseguenza che la prima garantirà la tutela individuale e successiva della parte contraente di un contratto d'opera intellettuale e la seconda appresta una forma di tutela generale e preventiva.

La tematica in quest'ultima parte viene affrontata nei profili generali che evidenziano già le possibili ricadute giuridiche che potrebbero derivare sul contratto di prestazione d'opera intellettuale<sup>376</sup> che eventualmente venga

---

373 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*, 2007, 778.

374 IBBA C., *La categoria «professione intellettuale»*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 8ss.

375 AULETTA G., voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, 982 ss. Citato in IBBA C., *La categoria «professione intellettuale»*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, cit., 12

376 E' un contratto nominato la cui disciplina giuridica mira a garantire la funzione sociale delle professioni intellettuali (su questo aspetto, si rimanda in particolare al capitolo 1, par.1.7, al capitolo 3, par. 3.3. e alla bibliografia ivi citata) Si tratta di un contratto di scambio, a prestazioni corrispettive, con caratteri comuni ad altri rapporti di diritto comune cioè l'intellettualità della prestazione, *l'intuitus personae*, la professionalità, l'onerosità (che però presenta aspetti particolari, evidenziati in tema di pratiche commerciali ingannevoli per omissione al par. 2.12). I soggetti del contratto sono normalmente due: cliente e professionista (si veda par. 2.7 e 2.8 e 2.9. del presente scritto, in ordine alle differenze tra il cliente e il consumatore, alle caratteristiche dei servizi professionali e alla possibilità di applicare il concetto di consumatore medio al consumatore che richieda una prestazione d'opera intellettuale; e il par. 3.3 in ordine agli elementi che distinguono il professionista intellettuale iscritto all'albo di cui agli art. 2229 cod.civ.) L'obbligazione nascente dal contratto è per il professionista quella di prestare la propria opera intellettuale per il cliente quella di pagare il compenso. Sulle obbligazioni nascenti dal contratto vedi D'ANGELO, *Il contratto d'opera intellettuale*, 152 e bibliografia ivi citata; Lega C., *Le libere*

stipulato tra cliente e professionista in conseguenza di una pratica commerciale scorretta posta in essere da questi. Il contratto, in argomento, si caratterizza per la poliedrica natura dell'oggetto dedotto in obbligazione consistente in una prestazione di un'opera intellettuale<sup>377</sup> dietro adeguato compenso<sup>378</sup>, oggetto che viene realizzato mediante un'organizzazione di lavoro facente capo, in via normale, al debitore<sup>379</sup>. Dunque, l'interferenza di elementi pubblicistici non toglie né altera la natura di libera professione contrassegnata dall'adempimento di una determinata attività privata. Peraltro, la nota fondamentale che qualifica il libero professionista si ritrova nel rapporto instaurato con il cliente, nel quale in concreto si attua la funzione della professione che, come efficacemente rilevato dalla dottrina tradizionale, rappresenta il *“fulcro essenziale dell'intera normativa, intorno al quale questa si sviluppa in varie proporzioni e direzioni”*<sup>380</sup>.

---

professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza op.cit. e da ultimo CERDONIO CHIAROMONTE G., *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008.

377 La prestazione può consistere in un risultato obbiettivo (opus), o in un comportamento tecnico, o in un servizio, così Lega C., *le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza op.cit.*

378 Il termine compenso in luogo di corrispettivo utilizzato nel codice secondo la dottrina sottolinea ulteriormente la peculiarità della prestazione d'opera intellettuale, SANTORO-PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, Noviss. Dig. it. cit.

379 Costituisce una specie del contratto d'opera, SANTORO-PASSARELLI, voce (*opera*) *Contratto*, in Noviss. Dig. it., 25 e bibliografia ivi citata, dal quale in parte si diversifica per la natura della professione intellettuale, ma come questo, mantiene, anzi accentua il carattere di attività lavorativa delle prestazioni dedotte in obbligazione. Lega C. sottolinea che la prestazione d'opera professionale è un'attività lavorativa *sub specie* di lavoro autonomo intellettuale che costituisce *“la manifestazione più appariscente dell'esercizio professionale e della funzione della professione”*. Il professionista fornisce a terzi in regime di autonomia, a proprio rischio e servendosi di una sua personale organizzazione del lavoro, prestazioni di opera intellettuale che vengono in rilievo o di per sè, oppure strumentalmente in quanto si traducono in un risultato oggettivo (opus).

In ordine al contenuto dell'obbligazione del professionista si discute se consista nel compimento di un'attività intellettuale o se sia compreso il raggiungimento del risultato complessivo. Il tema si colloca nell'ambito della tematica delle obbligazioni di mezzi e quelle di risultato. La prestazione d'opera intellettuale vien qualificata come obbligazione di mezzi in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato ma non a consegnarlo in concreto. Ripartizione criticata in dottrina sul tema SANTORO-PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, Noviss. Dig. it. cit. 25. Per l'approfondimento del tema CERDONIO CHIAROMONTE G., *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008.

380 Lega C. La prestazione d'opera professionale è un'attività lavorativa *sub specie* di lavoro autonomo intellettuale che costituisce *“la manifestazione più appariscente dell'esercizio professionale e della funzione della professione”*. Il professionista fornisce a terzi in regime di autonomia, a proprio

Tornando alla tematica generale, si evidenzia che nel silenzio del legislatore nazionale sui rimedi individuali è aperto in dottrina il dibattito sulle possibili ricadute che l'accertamento della scorrettezza di una pratica commerciale possa avere sul contratto concluso a seguito dell'induzione determinata dalla medesima, nel quale non c'è uniformità di vedute<sup>381</sup>.

Nel sistema vigente, spetta all'interprete il compito di individuare nel quadro delle tutele individuali previste nel nostro ordinamento quali siano quelle applicabili di volta in volta in caso di pratiche commerciali scorrette, aggressive o ingannevoli, posto che il fatto che non vengano previste dal capo relativo alle pratiche commerciali scorrette delle altre conseguenze oltre all'*enforcement* di carattere amministrativo non significa che non ve ne siano<sup>382</sup>.

---

rischio e servendosi di una sua personale organizzazione del lavoro, prestazioni di opera intellettuale che vengono in rilievo o di per sé, oppure strumentalmente in quanto si traducono in un risultato oggettivo (opus). In ordine al contenuto dell'obbligazione del professionista si discute se consista nel compimento di un attività intellettuale o se sia compreso il raggiungimento del risultato complessivo. Il tema si colloca nell'ambito della tematica delle obbligazioni di mezzi e quelle di risultato. La prestazione d'opera intellettuale vien qualificata come obbligazione di mezzi in quanto il professionista si impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato ma non a conseguirlo in concreto. Ripartizione attualmente criticata in dottrina ove si sono individuate ipotesi in cui il raggiungimento del risultato è contenuto specifico dell'obbligazione del professionista, Santoro-Passarelli, voce Professioni intellettuali, Noviss. Dig. it., 25

381 DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa: il d. legisl. 2 agosto 2007, n. 145*, in *Studium iuris*, 2007, 1188 e dello stesso Autore, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione di pratica commerciale sleale ed i parametri di valutazione della slealtà*, in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, cit., 129, ove pone in evidenza che: «Sarebbe invero irragionevole (...) postulare una assoluta e completa autonomia dei due sistemi normativi escludendo a priori qualsiasi reciproca interferenza fra di essi. Per altro verso, deve negarsi che la qualificazione di una pratica commerciale in termini di "scorrettezza" ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. comporti sempre, necessariamente e automaticamente, la contrarietà a buona fede (a norma e ai fini di cui agli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.) del relativo comportamento».

382 Ove violando il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette si ledano gli interessi economici di una pluralità di consumatori, le associazioni dei consumatori di cui all'art. 137 cod.cons., legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (ex art. 139 cod.cons.) potranno instaurare il procedimento di cui all'art. 140 cod.cons. volto ad ottenere l'inibizione della continuazione della pratica commerciale scorretta e l'adozione delle misure idonee a porre rimedio alle conseguenze pregiudizievoli che ne siano derivate. Con riferimento alla tutela collettiva, pur nel silenzio del legislatore, i primi contributi dottrinali ricavano in via interpretativa la possibilità di ricorrere alla azione inibitoria davanti al giudice ordinario ex art. 139 cod. cons., che recita "le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice", tra le quali figurano ad attuazione avvenuta, anche le pratiche commerciali scorrette. Nel sistema previgente il primo

Nonostante la disciplina abbia una vocazione “generale” e “trasversale” nel senso che abbraccia qualsivoglia pratica commerciale posta in essere dal professionista nei confronti del consumatore dal contatto sociale alla eventuale stipulazione del contratto fino alla fase esecutiva, è altrettanto evidente che “frequentemente assume dei connotati preventivi e finisce per esplicitare i suoi effetti in relazione alla fase antecedente alla stipulazione contrattuale”<sup>383</sup>.

Sul fronte delle conseguenze che discendono dalla violazione delle disposizioni contenute negli artt. 18 e ss. che vietano il ricorso alle pratiche commerciali scorrette sul contratto, i possibili scenari prospettati in dottrina sono: la nullità di protezione o l'annullabilità, nonché il risarcimento del danno cumulabile o non con l'invalidità del contratto.

In dottrina si esclude che i contratti stipulati a seguito di una pratica commerciale scorretta possano “automaticamente” considerarsi invalidi, poiché ai sensi dell'art. 19 cod.cons. in esame, come esposto in premessa, la scorrettezza della pratica resta fuori dal contratto in quanto tale, fino a quando non si accerti il contrario: ovvero che è penetrata nelle sue dinamiche e nel suo regolamento. Dunque, gli interpreti si sono misurati nella lettura della novella alla luce della disciplina codicistica in tema di invalidità contrattuale.

La dottrina ha sostenuto la non applicabilità della nullità ex art. 1418, comma 1, cod. civ. all'ipotesi del contratto concluso in violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette in quanto non inficia la natura e il contenuto del contratto<sup>384</sup>. Questa tesi si fonda sulla tradizionale distinzione tra “regole

---

provvedimento che ha visto la condanna di un ordine professionale e di altre associazione di categoria, tra l'altro, per la limitazione all'uso della pubblicità professionale ha riguardato i farmacisti Prov. n. 10418 del 14 febbraio 2002, 1417 *Selea-Ordine dei Farmacisti*, in Boll.8/2002.

383 RICCIUTO V., *sub. Art. 19*, in *Le modifiche al codice del consumo*, op. cit. 135.

384 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*, cit., 238,

di validità” del contratto e “regole di comportamento” nella formazione di esso; “le prime attinenti alla struttura della fattispecie, e quindi *statiche*, dirette a verificare l’oggettiva conformità del concreto regolamento di interessi, le altre dirette a regolare le modalità della condotta reciproca dei contraenti – e quindi a verificarne la conformità a correttezza e buona fede – nella fase dinamica di esercizio dei poteri loro attribuiti”<sup>385</sup>. Distinzione recentemente confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte<sup>386</sup>.

Posto che dal carattere imperativo del divieto non sembra discendere la nullità del contratto stipulato con il consumatore, la stessa dottrina ha posto in evidenza che il contratto concluso per mezzo dell’induzione cagionata da una “pratica commerciale scorretta” che non sia per ciò solo nullo, possa esserlo per altre – autonome – ragioni<sup>387</sup> alla stregua delle ordinarie

---

239, rileva che la violazione di una norma imperativa può determinare la nullità soltanto se l’illecito penetra nel contenuto del contratto. In generale si veda GRANELLI C., *op. cit.*, 779 ss., in ordine alla tradizionale distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, e per i riferimenti alla giurisprudenza della Cassazione (Cass., S.U., 19.12.2007, n. 26724 e n. 26725, in *Contr.*, 2008, 221, 229);

385 MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, *op. cit.*

386 In particolare la sentenza della Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, ha stabilito che «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell’art. 1418, primo comma, cod. civ., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l’illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi»; questo indirizzo è stato anche ribadito da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, per cui «in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. “nullità virtuale”), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch’esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità»

387 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*, 2007, 776 porta a sostegno di questa tesi condivisa diversi esempi :” così, ad es., se il “prodotto” oggetto di vendita al consumatore dovesse rivelarsi “inesistente”, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, comma 1°, cod. civ.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 21, comma 1° lett. a, cod. cons.) abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì (ex art. 1418, comma 2°, cod. civ.) nella misura in cui il suo “oggetto” dovesse risultare carente del requisito della “possibilità” (art. 1346 cod. civ.); se la vendita del “prodotto” dovesse rivelarsi “illecita”, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, comma 1°, cod. civ.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all’art. 23, comma 1° lett. i, cod. cons.) abbia falsamente affermato o generato comunque l’impressione che detta vendita fosse lecita, bensì (ex art. 1418, comma 2°, cod. civ.) nella misura in cui “illeciti” dovessero risultare la sua “causa” o il suo “oggetto” (artt. 1343 e 1346 cod. civ.); se l’acquisto effettuato dal consumatore dovesse rivelarsi frutto di una violenza fisica che ne abbia annientato la volontà, al punto di rendere solo apparentemente a lui

disposizioni del codice civile.

E, nella stessa prospettiva, che possa risultare, assoggettato ad altri “rimedi”, quale per esempio l'azione di risoluzione, dando, quindi, rilievo al profilo dell'inadempimento<sup>388</sup>. Quest'ultima soluzione non è esente da critiche: l'azione di risoluzione, come noto, a differenza dell'azione di nullità è soggetta a prescrizione ed, inoltre, richiede l'accertamento in giudizio dell'importanza dell'inadempimento. Tali elementi aggravano la posizione del consumatore che dovrà provare in giudizio non solo il carattere non completo dell'informazione ma anche l'importanza di tale condotta scorretta<sup>389</sup>.

Con riferimento all'altra forma di invalidità del contratto: l'annullabilità<sup>390</sup> che presenta diverse assonanze con la conformazione delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive si osserva che non sempre risulta

riferibile la dichiarazione negoziale, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, comma 1°, cod. civ.) perché il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 24 cod. cons.) abbia posto in essere una “pratica commerciale aggressiva” in danno del consumatore, bensì (ex art. 1418, comma 2°, cod. civ.) nella misura in cui detta “pratica” dovesse aver determinato il difetto di quel “requisito essenziale” del contratto costituito dal “consenso” (art. 1325, comma 1° n. 1, cod. civ.); ecc.”.

388 Così 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*, 2007, cit. “ad es., il contratto dal consumatore stipulato in conseguenza del fatto che il professionista (in violazione dell'obbligo di cui all'art. 23, comma 1° n. 5, cod. cons.) non abbia rivelato “l'esistenza di ragionevoli motivi che il [medesimo] professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire” i prodotti “entro un periodo e in quantità ragionevoli”, non sarà nullo (ex art. 1418, comma 1°, cod. civ.), ma risolubile per inadempimento (ex art. 1453 cod. civ.) nella misura in cui il professionista non dovesse essere concretamente in grado di onorare gli impegni assunti; il contratto dal consumatore stipulato in conseguenza del fatto che il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 24, comma 1° n. 17, cod. cons.) abbia falsamente affermato che il prodotto ha determinate capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni, non sarà nullo (ex art. 1418, comma 1°, cod. civ.), ma risolubile per inadempimento (ex art. 1453 cod. civ.) o per mancanza, nel prodotto, delle qualità promesse (ex art. 1497 cod. civ.) nella misura in cui il prodotto stesso dovesse rivelarsi concretamente privo delle capacità curative esaltate dal produttore; ecc. ».

389 BORTONE P. *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, op.cit., 288.

390 GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I contratti*, 2006, 171ss; NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di MINERVINI E. - ROSSI CARLEO L., cit. 235 ss. COSTA A. *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, ibidem, 245 ss., BORTONE P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, ibidem, 286 ss. Propende per la nullità di protezione, DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/ Europa*, n 1/07, 62 ss



accessibile, quale forma di tutela del consumatore vittima di una pratica commerciale scorretta nella fase prenegoziale, per la necessità di rispettare i principi di tipicità e tassatività dei vizi del consenso.

In altri termini le fattispecie di ingannevolezza e aggressività possono difettare dei requisiti che consentono di configurare il dolo o la violenza rilevanti agli effetti dell'annullamento. Ma ciò nonostante tali condotte, omissive e commissive, si caratterizzano per il carattere scorretto nei confronti del consumatore, ed, infatti, "solo una parte delle violazioni della regola di correttezza sarà rilevante in sede di conclusione del negozio sotto il profilo del dolo o dell'errore"<sup>391</sup>. Invece, la nuova disciplina estende il campo delle condotte contrarie al dovere generale di correttezza nell'attività professionale con un ventaglio di sfumature.

Senza poter addentrarsi analiticamente nella complessa tematica, si osserva in relazione alle pratiche commerciali aggressive che i requisiti della "coercizione" e della "molestia" che sembrano evocare la nozione civilistica di violenza di cui all'art. 1435 c.c. con questa non coincidono<sup>392</sup>, così come l'ingannevolezza della pratica non coincide con la nozione di dolo.

In ordine al primo profilo si rileva che la violenza, la più grave tra le forme di lesione della libertà di determinarsi del soggetto, è la minaccia di un male ingiusto e notevole tale da fare impressione su una persona sensata<sup>393</sup>. Per dare rilevanza alla violenza, quale vizio della volontà che determina

---

391 SALV. ROMANO, voce *Buona fede* (dir. priv.) in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, cit., 687" Per esempio un negozio per vizio del consenso, è impugnabile in quanto sia configurabile errore (spontaneo), dolo (errore provocato), violenza. Certe situazioni per così *dire* intermedie, in cui appare difficile rinvenire vero e proprio dolo, finiscono per condurre alla esclusione dell'impugnativa per non esservi gli estremi né di un errore provocato né di un errore spontaneo. Questa rigidità di concetti può essere attribuita al punto di partenza adottati che muove cioè da quelle figure che rappresentano gradi di entità o qualificazioni di un comportamento e non dalla base che è il comportamento stesso in mala fede o eccessivamente abile, se si vuole adottare un eufemismo."Id., 683 nella fase delle trattative la buona fede è intesa come "esigenza di un comportamento corrispondente ad un altro comportamento conforme alla correttezza", implicante, dunque, una valutazione di reciprocità.

392 BIANCA, op.ult.cit. 177

393 SOLINAS C., SUB ARTT. 24, 25 COD.CONSUMO, LE MODIFICHE AL CODICE DEL CONSUMO, op.cit.234 ss.

l'applicabilità della disciplina dell'annullamento del contratto lo stesso legislatore ne detta gli elementi essenziali: la minaccia deve essere seria, grave ed ingiusta e il male minacciato deve essere "ingiusto" e "notevole", tale da indurre il contraente alla stipulazione di un contratto che altrimenti non avrebbe concluso. La valutazione della minaccia deve essere condotta alla stregua del criterio normativo della "persona sensata" in relazione all'età, sesso e condizione delle persone. Invece, il parametro di riferimento in materia di pratiche commerciali scorrette è il consumatore medio.

In ordine al secondo profilo si osserva che l'ingannevolezza, non richiede la sussistenza di un inganno effettivo e, cioè, l'effettiva alterazione del processo formativo della volontà del concreto consumatore considerato *uti singuli*, ma solo l'idoneità della pratica ad ingannare, da valutarsi con riferimento al parametro del "consumatore medio"<sup>394</sup>.

Ai fini dell'impugnativa per dolo è richiesta la specifica intenzione di ingannare (c.d. *animus decipiendi*), invece la "pratica scorretta" ingannevole può essere posta in atto dal professionista anche solo mediante un comportamento negligente che deriva dall'esistenza di un dovere di informazione che si riferisce a tutta l'attività posta in essere dal professionista.

Inoltre, l'impugnativa per dolo richiede che l'errore cagionato dalla condotta del professionista sia "determinante", invece, per attivare la tutela avverso le pratiche commerciali ingannevoli è bastevole che risulti anche solo "incidente": che infici, cioè, la decisione del consumatore in ordine al modo in cui acquistare un prodotto o al specifiche clausole e/o condizioni e non alla decisione sull'*an* (art. 18, comma 1° lett. m, cod. cons.). Ciò in quanto

---

<sup>394</sup> Il parametro del consumatore medio rimane pur sempre una figura astratta, nonostante il riferimento alle tipologie di consumatore o di gruppo di consumatori che la "pratica commerciale" è destinata a raggiungere o a cui è diretta (art. 20, comma 2° e 3°, cod. cons.), e dalla necessità di tener conto della "fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso" (art. 21, comma 2°, cod. cons.). Sul consumatore medio vedi capitolo II.

l'obiettivo perseguito dalla novella è la repressione delle pratiche commerciali scorrette in quanto anche astrattamente idonee ad alterare il comportamento economico del consumatore.

Inoltre, la nuova disciplina prevede e non impone che la “pratica commerciale” posta in essere dal professionista si traduca in un “raggiro”, ma “*si accontenta anche del semplice mendacio*”<sup>395</sup> quale condotta idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio ex art. 20, comma 2°, cod. cons.

Nella disciplina di nuova introduzione è attribuito un particolare rilievo alla pratica ingannevole mediante omissione ex art. 22 cod. cons., che si traduce sia nell'omissione di informazioni rilevanti per il consumatore medio sia nella presentazione delle stessa in modo oscuro incomprensibile o ambiguo.

La dottrina si è interrogata sulla possibilità di configurare un dolo omissivo<sup>396</sup>, sulla rilevanza della reticenza<sup>397</sup>, e anche sugli elementi su cui la reticenza deve cadere<sup>398</sup>. Chiaramente la rilevanza della reticenza deve essere valutata con riferimento all'operazione economica di volta in volta considerata. Su questo aspetto può forse tracciarsi un ponte tra la rilevanza del raggiro omissivo e l'errore dell'altro contraente che sia stato riconosciuto e ciò nonostante taciuto, soprattutto con riferimento alla prestazione d'opera intellettuale.

---

395 GRANELLI, op.cit., L'Autore precisa altresì che non vuol dire che tra le “pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli”, l'art. 23 cod. cons. non siano contemplate “azioni ingannevoli” del primo genere (cfr. art. 23, comma 1° nn. 2, 6 lett c, 11 e 13, cod. cons.).

396 Cfr. Cass. Civ. n. 20260 del 19 settembre 2006 che richiama il dolo omissivo “qualora si inserisca in una condotta che si configuri, in rapporto ad altre circostanze ed al complesso del contegno che determina l'errore del deceptus quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito”. Dunque, per configurare il dolo omissivo sembra che non sia bastevole il semplice silenzio. In questo senso anche parte della dottrina, BIANCA, *Diritto civile III, Il contratto*, 167: “il semplice silenzio (...) non può essere considerato come dolo, e cioè come raggiro (è per altro possibile che il silenzio concorra, assieme ad altri elementi, ad integrare la fattispecie del dolo”.

397 BIANCA C.M., *Diritto civile III, Il contratto*, Milano, 1984. definisce “la reticenza quale violazione del dovere di informazione” 166. L'Autore delimita il contenuto del dovere di informazione nelle trattative “alle circostanze obiettive che lo rendono invalido, inefficace, o inutile”.

398 GENTILI A., voce *Dolo*, in *Enc. Giur.*, Treccani.

L'errore si distingue dagli altri due vizi del consenso poiché “attiene alla sfera del soggetto della volontà”, limite alla sua tutela è il requisito dell'essenzialità e quello della riconoscibilità dall'altro contraente ( art. 1428 cod. civ.).

Consiste in “falsa rappresentazione della parte in ordine al contratto e ai suoi presupposti”, che non è esogena ma endogena<sup>399</sup> e, pertanto, come detto sembra difficile farne derivare un collegamento con le fattispecie di pratica commerciale ingannevole.

Con riferimento all'errore, bisogna interrogarsi sul carattere “essenziale” degli elementi su cui cade la scorrettezza per poter capire se può esserci una area di coincidenza tra la condotta scorretta ingannevole e la fattispecie civilistica e, dunque, una interferenza tra la disciplina civilistica dell'annullamento del contratto eventualmente concluso e quella di matrice comunitaria.

Come posto in evidenza dalla dottrina, l'errore che cade sugli elementi contrattuali, che si presenta come la divergenza tra significato oggettivo del contratto e significato che la parte vi attribuisce, non impedisce la formazione del contratto ma pone il problema della tutela del dichiarante<sup>400</sup>. La tutela dell'affidamento della controparte incontra il suo limite nel requisito della “riconoscibilità”<sup>401</sup>

Secondo il tenore testuale della norma la riconoscibilità è valutata in riferimento ad un criterio di normalità che secondo la dottrina “non richiede uno sforzo valutativo da parte dei contraenti, e che induce a ritenere l'errore

---

399 Cfr. Cass. Civ. Sentenza n. 19138 del 23 settembre 2004.

400 BIANCA C.M., *Diritto civile III, Il contratto*, Milano, 1984, MACIOCE F., *L'obbligazione e il contratto*, Giappichelli, Torino, 2006.

401 BIANCA C.M., *Diritto civile III, Il contratto*, Milano, 1984, 611. La riconoscibilità, ai sensi dell'art. 1431, sussiste quando “in relazione al contenuto e alle circostanze del contratto e alle qualità dei contraenti una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevare l'errore”, cioè avrebbe potuto riconoscere la falsa rappresentazione della controparte.

riconoscibile come palese”<sup>402</sup>. La riconoscibilità dell'errore comporta per ciascun contraente l'onere di verificare l'errore manifesto dell'altra parte e l'obbligo, secondo buona fede, di darne comunicazione. L'errore riconoscibile è causa di annullamento del contratto anche se è inescusabile<sup>403</sup>.

Ma la dottrina ha rilevato che “il fenomeno dell'errore non attiene tanto ad un problema di carattere psichico di divergenza tra realtà e rappresentazione mentale che se ne forma il soggetto quanto piuttosto ad un problema di comunicazione, che assume precise dimensioni nell'ambito del rapporto sociale. Sotto questo angolo visuale l'errore consisterebbe in sostanza nella divergenza tra struttura rappresentativa adoperata dal soggetto per evocare una certa realtà ed “il segno” che la comunità sociale adopera per designare quella medesima realtà”<sup>404</sup>.

Proprio perché la regola di correttezza informa i rapporti interprivati, la parte pone di regola affidamento nella controparte professionale e ove manchino delle informazioni riterrà che non vi siano delle circostanze meritevoli di menzione, perché altrimenti il professionista ne avrebbe data adeguata comunicazione.

Come noto un particolare profilo dell'obbligazione del professionista intellettuale è rappresentato dal principio della personalità dell'esecuzione dell'opera intellettuale posto dall'art. 2232 cod.civ. che deriva dalla natura fiduciaria del rapporto<sup>405</sup>. Tale aspetto comporta che il cliente nell'affidare l'incarico riponga fiducia proprio nelle capacità tecniche e nelle qualità umane di “quello” specifico professionista. In quest'ottica diviene essenziale

---

402 Id. *ibidem.*, 611

403 MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, op. cit. 203; BIANCA C.M., op.cit. 613. La regola della riconoscibilità in questa prospettiva sembra assumere “i contorni di un apprezzamento della condotta del destinatario della dichiarazione in termini di colpa” che si riflette nel sacrificio del suo interesse al mantenimento del contratto” op. Cit. 206.

404 BARCELLONA, voce *Errore*, in *Encicl. del diritto*, 249, citato anche in D'ANGELO, 587

405 L'intuitus personae caratterizza in modo marcato la struttura di questo contratto e l'obbligazione del professionista, D'Angelo, *il contratto d'opera intellettuale*, 159

l'errore sull'identità della persona del professionista ex art. 1429 cod. civ che può cadere tanto la sua identità quanto sulle qualità, per esempio un contratto d'opera stipulato con un professionista nella convinzione erronea che sia abilitato ad esercitare anche all'estero<sup>406</sup>. Ove tra il silenzio e l'errore sussista un nesso di causalità si può parlare di raggiro omissivo. In quest'ottica anche nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette l'errore potrebbe rilevare come indice della violazione della regola di correttezza.

La dottrina ha, poi, evidenziato la relazione esistente tra l'art. 1431 cod.civ. e gli art. 1338 e 1337 nel senso che il comportamento del destinatario della comunicazione che riconosca l'errore della controparte e non lo informi è contrario al dovere di comunicazione di cui all'art. 1338 cod. civ. ritenendo che l'omessa informazione potesse rilevare sotto il profilo del risarcimento del danno anche nel caso di un contratto validamente concluso.

A dissipare il campo dal dubbio che comportamenti difformi o meno gravi corrispondenti ai cd "vizi incompleti", per usare la nota terminologia di Mantovani, rispetto a quelle che determinano l'invalidità del contratto siano lecite o irrilevanti soccorre l'art. 1440 cod. civ. che esclude l'effetto invalidante del dolo incidente ma fa salvo il rimedio del risarcimento del danno<sup>407</sup>.

La condotta scorretta tenuta nella fase delle trattative che ha portato alla conclusione del contratto viene sanzionata solo dal punto di vista del risarcimento, in applicazione dell'art. 1337 cod. civ. ai sensi del quale, come noto le parti nello svolgimento delle trattative devono comportarsi secondo buona fede.

---

<sup>406</sup> ROSSELLO C., *L'errore nel contratto, i contratti in generale*, diretto da G. Alpa M. Bessone, Effetti, invalidità e risoluzione del contratto, IV secondo tomo in giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, 616 MACRÌ, *La responsabilità del professionista*, op.cit.

<sup>407</sup> MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino 1995, 25 ss.

Da quanto detto si può osservare che risulta arricchita la fase non prettamente precontrattuale, di una serie di obblighi di lealtà spesso molto dettagliati in cui il legislatore dice cosa è corretto e cosa non lo è nei rapporti con il consumatore e questo pone sicuramente dei punti fermi su cui fondare una tutela consumeristica più completa.

In dottrina i primi commentatori della direttiva hanno posto in evidenza gli eventuali riflessi che la nuova disciplina possa determinare sulla disciplina generale del codice civile, e in particolare sulla interpretazione ed applicazione dei vizi del consenso<sup>408</sup>. In particolare evidenziando il processo di "oggettivazione" di tali presupposti<sup>409</sup> e solleva la questione della rilevanza generale del cosiddetto dolo omissivo a cui si è fatto un breve cenno. La complessa tematica dei confini tra la disciplina consumeristica e la disciplina cosiddetta generale dei rapporti privati rientrano nell'ambito dei molteplici interrogativi suscitati dalla normativa di recepimento della direttiva sulle pratiche scorrette, che non rientrano nell'economia di questa ricerca.

Ciò che si vuole evidenziare è il profilo della rilevanza generale delle clausole generali, e della buona fede in particolare, quale veicolo di comunicazione tra i due sistemi normativi.

Con riferimento l'ambito delle due tutele in esame conclusivamente si può osservare altresì che la disciplina dell'art. 18 ss. del codice del consumo non può prescindere sotto il profilo soggettivo da precisi requisiti:

- l'essere la pratica commerciale intercorsa tra un professionista o colui che *agisce in nome e per conto del professionista*" (art. 18, comma 1° lett. b, cod. cons.), ed un consumatore;

---

408 GENTILI A., *Codice del Consumo ed Esprit de Geometrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss.

409 GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159.

- l'averne quale parametro di valutazione del carattere decettivo o aggressivo della condotta posta in essere dal professionista la figura del "consumatore medio".

La conseguenza che discende sta nel fatto che ove il singolo consumatore sia ingannato da una pratica inidonea ad indurre in errore il "consumatore medio" non potrà accedere alla tutela; ed invece l'annullabilità per dolo risulta accessibile tutte le volte in cui il consumatore sia stato concretamente indotto in errore determinante, a prescindere dal fatto che la condotta del professionista sia idonea a trarre in inganno un soggetto di una diligenza rapportabile a quella del consumatore medio.

Inoltre, la tutela individuale dell'annullabilità è accessibile al consumatore anche ove il dolo provenga da un terzo, sempre che esso fosse noto al contraente che ne ha tratto vantaggio (nel nostro caso, il professionista). Parimenti con riferimento alla violenza il rimedio dell'annullabilità sarà esperibile dalla vittima della violenza anche ove questa provenga dal terzo.

Un altro profilo di interesse in relazione al tema dei rapporti tra valutazione di scorrettezza della pratica e giudizio di annullamento, su cui occorre soffermarsi.

L'eventuale accertamento della scorrettezza della pratica, effettuato dall'autorità garante con provvedimento amministrativo in relazione al punto di vista del consumatore medio, non è sostitutivo dell'accertamento richiesto dal codice civile al giudice ordinario per annullare un contratto. L'autorità giudiziaria ordinaria, eventualmente adita dal consumatore, nel prendere in esame lo specifico contratto concluso con il professionista, e l'effettiva incidenza della pratica impugnata sul consenso espresso dalla parte, valuterà la concreta ed effettiva posizione di quel consumatore e l'inganno o la violenza effettiva perpetrati dal professionista all'atto della



conclusione del singolo contratto di cui si chiede l'annullamento<sup>410</sup>.

Nell'ambito del giudizio di annullamento il singolo consumatore è tenuto a dimostrare che la pratica commerciale sia qualificabile come comportamento "violento" o "doloso", che abbia provocato una effettiva (e non solo potenziale) distorsione del "suo" consenso e della "sua" capacità di determinarsi alla conclusione di un contratto che "altrimenti" non avrebbe concluso<sup>411</sup>.

Invece, come evidenziato retro, l'Autorità può intervenire sulla pratica anche a prescindere dalla ricorrenza di un'attività contrattuale conseguente e perfino, se la pratica non è stata ancora portata a conoscenza del pubblico, per vietarne la diffusione o la continuazione, se la diffusione è semplicemente iniziata (art. 27 c. cons.).

---

410 C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 408.

411 C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 408.

**§ 4.7 Professioni regolamentate e codici deontologici: le interferenze tra la nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e le misure di liberalizzazione attuate nel settore professionale.**

Da quanto detto nelle pagine di questo lavoro sembra potersi osservare che il legislatore comunitario, in materia di pratiche commerciali sleali sembra scegliere di non influire direttamente sulla disciplina nazionale dei professionisti, sacrificando l'intento di giungere all'armonizzazione totale<sup>412</sup>; al contempo, in materia di tutela della concorrenza, si muove nella direzione di una maggiore liberalizzazione anche delle libere professioni, facendo cadere le manifestazioni di autoregolamentazione più restrittive anche in materia di pubblicità<sup>413</sup>.

Allo stesso modo parrebbe essersi comportato il legislatore domestico. Ed infatti, le ultime modifiche legislative nazionali hanno comportato l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero - professionali e intellettuali, il divieto anche parziale di svolgere pubblicità informativa in ordine a titoli e specializzazioni professionali, caratteristiche del servizio offerto, prezzo e costi complessivi delle prestazioni. E, di conseguenza, molte categorie professionali entro il 1° gennaio 2007 hanno modificato i propri codici

---

412 INCADORNA R., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 375 e nota 15, sostiene che «il legislatore comunitario non riesce ad occuparsi contemporaneamente di aspetti diversi di una stessa problematica; mentre la direzione concorrenza invoca maggiore liberalizzazione nella regolamentazione delle libere professioni, allentando le restrizioni autoregolamentari sulla pubblicità, la Direzione consumatori si guarda bene dall'influire direttamente sulla disciplina nazionale dei professionisti e sottrae le professioni regolamentate all'ambito di applicazione della direttiva (vedasi par. 72 della comunicazione "Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali", COM (2004) 83 definitivo del 9 febbraio 2004».

413 Le ragioni della puntuale regolamentazione sono state oggetto di diversi studi sia a livello comunitario che a livello nazionale. In particolare, a livello comunitario, cfr. PATERSON I., FINK M., OGUS A., ET AL., *L'impatto economico della regolamentazione nel settore delle professioni liberali in diversi stati moderni. Studio realizzato per la commissione europea*, DG Concorrenza, gennaio 2003.

deontologici per adeguarsi alle nuove norme in materia di concorrenza.

L'autorità garante della concorrenza e del mercato, a distanza di oltre dieci anni dall'indagine conoscitiva sul settore degli ordini e collegi professionali, ha recentemente concluso una indagine conoscitiva<sup>414</sup> che si è occupata diffusamente anche delle limitazioni, a parere suo, illegittime pur se di fonte deontologica, alla pubblicità professionale, che costituisce indubbiamente una leva concorrenziale. Nell'indagine menzionata nulla è stato specificato con riferimento al recepimento della direttiva 2005/29/CE nella cui architettura, come noto, la pubblicità è una forma di pratica commerciale salvo che la pubblicità nei servizi professionali rappresenta una leva concorrenziale rilevante non vietata dall'ordinamento giuridico attuale, di cui fanno parte i decreti di attuazione della direttiva 2005/29/CE<sup>415</sup>.

Nell'ambito di applicazione di questa normativa, che come è noto, è amplissimo (riferendosi non soltanto alla pubblicità ma ad ogni pratica commerciale ossia a qualsiasi azione, omissione, condotta, o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori), rientrano, infatti, sia il prodotto "farmaco", pur con le peculiarità di cui si è detto, sia il "professionista" avvocato, farmacista, architetto ecc., pur se la rispettiva attività professionale involge l'amministrazione della giustizia, la tutela della salute ecc.

Tuttavia, l'infelice formulazione del nuovo art. 19, comma 1, lett. d), cod. cons., ai sensi del quale la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette non pregiudica l'applicazione delle norme specifiche o dei codici deontologici che disciplinano le professioni regolamentate per garantire

---

414 Vale la pena segnalare anche l'*Indagine conoscitiva*, IC 34 - provv. n. 16369, riguardante il settore degli ordini professionali con particolare riferimento all'adeguamento dei codici deontologici delle professioni indicate ai principi di concorrenza, aperta il 18 gennaio 2007.

415 Cap. 1 Par. 3, *Pubblicità dei servizi professionali*, 11-12

elevati livelli di correttezza professionale, e la scelta del legislatore comunitario di sottrarre le professioni all'armonizzazione massima che ha inteso raggiungere con la direttiva comunitaria 2005/29/CE, inducono ad interrogarsi sui limiti in cui questo settore, così come tutte le professioni regolamentate, possa costituire un ambito concreto di applicazione della norma.

E' evidente che in un mercato liberalizzato del farmaco, del servizio legale, della prestazione medica e caratterizzato da una forte asimmetria informativa, in quanto il cliente non è spesso in grado di valutare la qualità dei servizi offerti e di porre a confronto le differenti prestazioni, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette potrebbe svolgere un ruolo significativo.

L'AGCM potrebbe sanzionare pratiche commerciali scorrette che possano pregiudicare le scelte di natura economica dei consumatori, poste in essere dai professionisti o anche dall'ordine professionale, valorizzando per esempio, il mancato rispetto degli impegni volontariamente assunti e poi non rispettati, ove ciò possa integrare una pratica commerciale scorretta ingannevole, oppure la clausola generale di scorrettezza.

In quest'ottica la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette perseguendo un modello di condotta commerciale corretto, rafforza il divieto deontologico e contribuisce a reprimere le forme illegittime di promozione della domanda, anche quando non costituiscano degli illeciti disciplinari, ma ciononostante in violazione della diligenza professionale di cui all'art. 18 comma 1, lett. h) esponcano il cliente-consumatore medio ad una possibile deviazione del suo comportamento economico. Inoltre, sembra riequilibrare almeno in parte la provenienza unilaterale delle regole di categoria.

E' evidente, che il processo di liberalizzazione sommariamente descritto, avviato nel settore professionale nel 2006, ha prodotto una maggiore concorrenza e vantaggi per il consumatore-utente che potrebbero essere

massimizzati arricchendo la sua tutela e i suoi diritti con la nuova disciplina che si qualifica quale intervento finalizzato al raggiungimento del buon funzionamento del mercato.

Non può sfuggire, peraltro che l'assetto legislativo delle professioni è, al momento, un cantiere in cui convergono spinte di rinnovamento e tentativi di invertire il senso di marcia delle riforme sul quale avrà una importante influenza il ruolo svolto dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Con riferimento al settore delle attività libero professionali, l'applicazione della nuova normativa sembra modularsi diversamente a seconda delle diverse caratteristiche delle varie figure professionali e, in particolare, del diverso livello di regolamentazione a cui sono soggette nel nostro ordinamento in ragione degli interessi pubblici ad esse sottesi. In particolare, a differenza di altre professioni emergenti che hanno una regolamentazione meno puntuale, le professioni protette sono soggette ad una puntuale regolamentazione, e sono provviste di codici la cui natura oggi si tende a considerare giuridica, e inoltre i liberi professionisti svolgono sia attività riservate che attività atipiche.

Parimenti i codici di comportamento rivestono un ruolo centrale sia per le professioni intellettuali regolamentate sia per quelle non regolamentate; ma, mentre per le prime il codice deontologico proviene da ordini e collegi professionali ai quali la legge ha attribuito un potere disciplinare a cui viene sottoposto il professionista che violi le norme deontologiche, e pertanto ha carattere imperativo, per le seconde i codici sono poste dall'associazione privata rappresentativa della categoria professionale interessata, cui fa capo il potere di natura privatistica di sanzionarne le violazioni<sup>416</sup>. Pertanto, si profila nel settore delle professioni intellettuali una *summa divisio* tra i codici

---

416 TERESI F., *Professioni e codice deontologico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, cit. 8 ss.

deontologici “non imposti” di natura convenzionale derivanti da enti esponenziali di associazioni rappresentative delle professioni non regolamentate, soggetti alla nuova disciplina senza alcuna possibilità di discostarsene e codici deontologici delle professioni protette per le quali, la lettera dell'art. 19 cod. cons. porta a ritenere che sia possibile derogare all'applicabilità della disciplina ma non per sottrazione, come superficialmente si potrebbe ritenere, ma per addizione.

In questa prospettiva si può affermare che esiste una deroga in punto di pratiche commerciali del professionista intellettuale poiché il legislatore consente che in nome dell'Integrità professionale si possa derogare al livello di tutela cristallizzato nella direttiva in modo orizzontale per i diversi settori professionali.

L'interpretazione proposta in relazione all'ambito di applicazione della novella evidenzia lo stretto legame tra la tutela degli elevati livelli di correttezza professionale di cui gelosi custodi sono gli ordini e collegi professionali e l'elevato livello di tutela del consumatore. Il principio di correttezza professionale trova infatti, concretezza al di fuori della categoria professionale proprio nel rapporto di consumo con il cliente-consumatore.

### **Bibliografia**

- AULETTA G., voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, 981 ss.
- AFFERNI V., voce "Professioni", III) *professioni intellettuali (dir. comun)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.
- ALPA G. (a cura di), *Codici deontologici e autonomia privata*, Atti del seminario di studi per il ventennale de La Nuova Giurisprudenza civile commentata, a cura di G. Alpa e P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2006.
- ALPA G., *Autodisciplina e codice di condotta*, in ZATTI P. (a cura di), *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova, 1996, 3 ss.
- ALPA G., *sub art. 1*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa G. e L. Rossi Carleo, Esi, Napoli, 2005, 17 ss.
- ALPA G., *Considerazioni conclusive*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 362 ss.
- AMICO S., *La commissione europea propone di armonizzare la disciplina comunitaria in tema di pratiche commerciali sleali*, in *Contratti*, 2003, 957 ss.
- ANASTASI, voce *Professioni. IV) Professioni intellettuali e subordinazione (dir. lav)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, Roma, 1991, 1 ss.
- AUTORITA' DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, provvedimento n. 5400 (IC 15) settore *Ordini e Collegi Professionali*, 1997.
- AUTORITA' DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, provvedimento n. 16369 (IC 34) riguardante il settore degli ordini professionali, 2007.
- AUTORITA' DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008*.
- BARGELLI 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 DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, 95 ss.
- BARGELLI E., *I codici di condotta*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le pratiche sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007.
- BASSAN F., *sub art. 18-27*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. ALPA E L. ROSSI CARLEO, Esi, Napoli, 2005, 212 ss.
- BASSAN F., *Profili relativi alle liberalizzazioni*, in *Consumerism: Rapporto 2009*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi "Roma Tre", in [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it).
- BATTELLI E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *I Contratti*, 2007, 1103 ss.

- BARCELLONA, voce *Errore*, in *Encicl. del diritto*
- BARTOLOMUCCI P., *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *I Contratti*, 2005, 954 ss.
- BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali scorrette. Profili civilistici*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BIGI E., *L'Unione europea adotta una disciplina quadro volta ad armonizzare le leggi nazionali in materia di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive*, in *I Contratti*, 2005, 728 ss.
- BELLELLI A., *Codice deontologico medico e tutela del paziente*, in ZATTI P. (a cura di), *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova, 1996, 111 ss.
- BERLINGUER A., voce *Professioni legali (dir. comun.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007, 1005 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 1984.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1984.
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto, disc. Priv. (sez. civ.)*, II, Torino, 1958, 154ss.
- BROGGIATO T., *La direttiva n. 2005/29/CE "sulle pratiche commerciali sleali", Commento alla direttiva CE n. 29 dell'11 maggio del 2005*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, 2, 21 ss.
- BORTONE P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 286 ss.
- BORTOLUZZI A., *La "rivoluzionaria" sentenza 9878/08 della Corte di Cassazione e l'interesse oppositivo del notaio a non operare in regime di concorrenza*, in *Vita not.*, 2008, 370.
- CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 63 ss.
- CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 408.
- CAMERA DI COMMERCIO DI LUCCA, PISA, PISTOIA E PROMOFIRENZE, *Il riconoscimento delle qualifiche e delle capacità professionali nella comunità / realizzata da EUROPROJECT*, 1995.
- CAMILLI E.L., *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale di dir. Amm.* 12/2010, 1239 ss.
- CARBONE S.M., MUNARI F., *La tutela dell'Utente tra deontologia professionale e disciplina della concorrenza*, in ZATTI P., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Cedam, Padova, 1996, 91 ss.
- CARLO ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, I contratti in generale, diretto da G. ALPA M. BESSONE, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, IV, II, in *giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*.



- CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 709 ss.
- CASSESE, *La nuova costituzione economica*.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1986, 21 ss.
- CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976.
- CERDONIO CHIAROMONTE GIULIANA, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Cedam, 2008.
- CIATTI A., *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le pratiche sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, 287.
- COLAVITTI G., *Gli interessi sottesi all'ordinamento delle professioni libere: il caso della legge Toscana (nota a Corte cost., 24 ottobre-3 novembre 2005, 405)*, in *Rass. Forense*, 3-4, 2005, 1317 ss.
- CORDINANZI M., *Profili critici dell'impatto del diritto comunitario sul regime delle professioni in Italia*, in *Il processo di integrazione europea: un bilancio*, (a cura di) A. TIZZANO, Giappichelli, Torino, 153ss.
- COSTA A. *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 245 ss.
- DE ANGELIS P., *Il contratto d'opera intellettuale*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987.
- 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*, 2007, 1181 ss.
- DE CRISTOFARO G., *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*, 2007, 1 ss.
- DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Giappichelli, Torino, 2007.
- DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione della «scorrettezza»*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, 125 ss.
- DE CRISTOFARO G., *La nozione generale di pratica commerciale «scorretta»*, in DE CRISTOFARO G. (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, 143 ss.
- DE CRISTOFARO, *Commentario breve al codice del consumo*, 2010.
- DELLA CANANEA G., *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2003, 1139.
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel comm. del cod. civ. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1988, sub. art. 1175-1176.
- DI NELLA L., *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, n 1/07, 62 ss.

- DOCUMENTI CNEL, *Le associazioni rappresentative delle professioni non regolamentate. Primo rapporto di monitoraggio*, Roma, 1994, [www.cnel.it](http://www.cnel.it).
- DOCUMENTI CNEL, *Le associazioni rappresentative delle professioni non regolamentate. Secondo rapporto di monitoraggio*, Roma 1996, [www.cnel.it](http://www.cnel.it).
- DOCUMENTI CNEL, *Le associazioni delle professioni non regolamentate. Terzo rapporto di monitoraggio*, Roma 1998, [www.cnel.it](http://www.cnel.it).
- DOCUMENTI CNEL, *Le associazioni delle professioni non regolamentate. Quarto rapporto di monitoraggio*, Roma, 2000, [www.cnel.it](http://www.cnel.it).
- DOCUMENTI CNEL, *Quinto rapporto di monitoraggio sulle professioni non regolamentate*, Roma, 2005, [www.cnel.it](http://www.cnel.it).
- DONA M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Utet, Torino, 2008, 15 ss.
- DONA M., *L'elenco delle pratiche considerato in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/Ce*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007.
- FABBIO P., *I codici di condotta nella disciplina delle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, 2008, 706 ss.
- FALCE V., *Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole*, in *Dir. industriale*, 2008, 47 ss.
- FIorentino L., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: nuovi scenari di tutela per i consumatori ed imprese*, in Seminario di studio, Roma 27 ottobre 2008.
- FRENI E., *Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 271 ss.
- GENOVESE A., in *La concretizzazione del principio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'AGCM relative al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell'ordinamento*, relazione presentata al II convegno nazionale "Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale", Roma 11-12 febbraio 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).
- GENOVESE A., *L'Enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova 2008, 209 ss.
- GENTILI A., *Codice del Consumo ed Esprit de Geometrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss.
- GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, *Riv.dir.priv.*, 2010, 37 ss.
- GENTILI A., *Dolo*, in *Encicl. Giur. Treccani*.
- GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, 997.
- GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 219.

- 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*, 2007, 776 ss.
- GUERINONI E., *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, I *Contratti*, n.2/2007.
- IANNIELLO, SALICETI, *Le professioni non regolamentate*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. AIANI, G.A. BENACCHIO, VI, Giappichelli, Torino, 241.
- IBBA C., *La categoria «professione intellettuale»*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 8 ss.
- INCADORNA R., *La direttiva n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 375 ss.
- KIRSCHEN S., *sub art. 3, comma 1, lett. c)*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA G. E L. ROSSI CARLEO, Esi, Napoli, 2005, 66 ss.
- KIRSCHEN S., *sub art. 18, comma 1, lett. a)*, in E. MINERVINI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, 41ss.
- LA ROCCA L., *sub art. 24*, in *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di) V. Cuffaro, II ed., Giuffrè, Milano, 2008.
- LAZZARA P., *Concorrenza e Codici deontologici nel diritto comunitario*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2002.
- LAZZARA P., *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei consumatori: innovazioni e problematiche attuali*, in *Rapporto sul Consumerism 2010*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito <http://www.consumersforum.it/>.
- LEGA C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1974.
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di A. Genovese, Cedam, Padova, 2008, 28 ss.
- LIBERTINI M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, *Scritti in onore di Pavone La Rosa*, II Milano, 1999, 511ss.
- LIBERTINI M., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive.*, relazione presentata al II convegno nazionale "Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale", Roma, 11-12 febbraio 2011, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).
- LOMBARDI, *Principi di deontologia professionale ed efficacia normativa dell'ordinamento giuridico statale*.
- MACIOCE F., *L'obbligazione e il contratto*, Giappichelli, Torino, 2006.
- MACRÌ, LA RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987.
- MAGNO M.L., *Ruolo e funzione della pubblicità nell'ambito della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le*

- pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 103 ss.
- MASUCCI T., *Le professioni protette. L'associazione tra professionisti*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, II ed., I, Cedam, Padova, 2003, 8 ss.
- MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti in I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette* a cura di A. Genovese, Cedam, Padova, 2008, 266 ss.
- MAZZÙ C. E MINERVINI L., *sub art. 18, comma 1, lett. n)*, in *Le modifiche al codice del consumo*, Giuffrè, Torino, 2009.
- MELI V., in *"Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, relazione presentata al II convegno nazionale *"Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale"*, Roma 11-12 febbraio 2011, consultabile sul sito [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).
- MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali sleali*, a cura di GENOVESE A., Cedam, Padova, 2008.
- MELUSI F., *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente o «quasi vigente»*, in *Rass. Forense*, 2005, 1101-1123.
- MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al Codice del consumo*, Giuffrè, Torino, 2009.
- MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino.
- MINERVINI E., *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007.
- MINERVINI L., *Il coordinamento tra la competenza generale della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette e la competenza delle autorità di settore : gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa*, in *Consumerism: Rapporto 2010*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", in [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it).
- MINERVINI L., *Farmacie*, in *Consumerism: Rapporto 2009*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", in [www.consumersforum.it](http://www.consumersforum.it).
- MINERVINI L., *Tutela dei consumatori e libera concorrenza nel nuovo approccio dell'unione europea: significato ed implicazioni dell'armonizzazione massima in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Foro amministrativo C.D.S.*, anno IX, 6, 2010.
- MIRANTE S., *Ordini e collegi professionali: i poteri normativi e disciplinari*, in *Giur. It.*, 6, 2010.
- NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o*

- annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini E. - Rossi Carleo L., cit. 235 ss.
- NUZZO M., *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme-soggetti-attività*, Giappichelli, Torino.
- NUZZO M., *sub art.18, comma 1, lett. f)*, in *Le modifiche al codice del consumo*.
- NUZZO M., *sub art.18, comma 1, lett.g)*, in *Le modifiche al codice del consumo*.
- NOGLER L. (a cura di), *Le attività autonome*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, VI, Giappichelli, Torino, 2006.
- ORLANDI M., *Direttiva relativa alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del consiglio e la direttiva 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del parlamento europeo e del consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del consiglio*, in *Guida dir.*, 2005, n. 4, 32 ss.
- PARROTTA D., *Con le modifiche al Codice del Consumo più tutele contro i comportamenti sleali*, in *Guida dir.*, 39, 2007, 14-39.
- PATERSON I., FINK M., OGUS A., ET AL., *L'impatto economico della regolamentazione nel settore delle professioni liberali in diversi stati moderni. Studio realizzato per la commissione europea, DG Concorrenza*, gennaio 2003.
- PERFETTI U., *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche in Codici deontologici e autonomia privata*, a cura di G.ALPA e P.ZATTI, Giuffrè, 2006, 16 ss.
- PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 1117 ss.
- PIRAS P., *Gli albi professionali*, in IBBA C., LATELLA D., PIRAS P., DE ANGELIS P., MACRÌ C., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987.
- PORCELLI G., *Il lavoratore autonomo e le professioni non protette*, in *Trattato di diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, II ed., I, Cedam, Padova, 2003, 568 ss.
- RODOTÀ, *Diligenza, (dir.priv.)* in *Enc. Dir.*, Milano, 1959.
- ROMANO S., voce *Buona fede (dir.priv.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, 677ss.
- ROSSI CARLEO L., *La revisione dell'acquis comunitario sui consumatori*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 3, 2007, 111 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 1 ss.
- ROSSI CARLEO L. *sub art. 18, comma 1 lett. d)*, MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, Giapichelli, Torino 2009, 56 ss.
- ROSSI CARLEO L., in *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2010, 709.
- SACCOMANI A., *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio*, in MINERVINI

- E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007, 141 ss.
- SANDULLI A.M., *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. Civ.* 1961,I, 616 ss.
- SANDULLI M., *sub art. 39*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Esi, Napoli, 2005, 287 ss.
- SANDULLI M. - SPAGNUOLO D., *Il rapporto tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori, nel Rapporto sul Consumerism 2009*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito: <http://www.consumersforum.it/>.
- SANDULLI M. - SPAGNUOLO D., *L'attribuzione di competenze in tema di tutela del consumatore tra AGCM e le altre Autorità indipendenti, nel Rapporto sul Consumerism 2010*, curato da Consumers' Forum in collaborazione con l'Università degli studi di "Roma Tre", pubblicato sul sito: <http://www.consumersforum.it/>.
- SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917.
- SANTORO - PASSARELLI F. voce *Opera(contratto di)* in *Novissimo digesto italiano*, 983.
- SANTORO - PASSARELLI F. voce *Professioni intellettuali* in *Novissimo digesto italiano*, 23.
- SCALI M., *sub art. 18, comma 1, lett. h* in MINERVINI E., ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo op.cit.*, 76 ss.
- SCARSELLI G., *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, in *Foro it.*, 2009, 1, 3167 ss.
- SOLINAS C., *sub art. 25*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit. 252- 253.
- TACCHI, voce *Professioni. I) Professioni, arti e mestieri (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991.
- TERESI F., *Professioni e codice deontologico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, TORIELLO F., *L'uso delle comunicazioni commerciali nelle professioni regolamentate*, in ROSSELLO C., FINOCCHIARO G., TOSI E. (a cura di), *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Giappichelli, Torino, 2003, 79 ss.
- TRIALE, *Codici deontologici e autonomia privata. Il procedimento disciplinare*, in *Rass. Forense*, 2005.
- TROIANI U., *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 1, 2008, 68 ss.
- TRICOMI I., *Un intervento normativo ad ampio raggio per armonizzare le pratiche commerciali*, in *Guida dir.*, 49, 2007, 41 ss.
- TUVERI C., *sub art. 19*, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, (a cura di) A. CATRICALÀ -P. TROIANO, Utet, 2010.
- VACCÀ C., *Sogni di laurea e pubblicità ingannevole*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 3, 2007, 19 ss.
- VIGORITI L., *Verso l'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in

*Europa dir. priv.*, 2007, 521 ss.  
VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.